



# REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

---

Volume 8 - nº 1 - Tomo I (A/K) - jan.-jun. 2016

---



**Elaborado no 1º Semestre 2016**







REVISTA DE  
**ARTIGOS**  
**CIENTÍFICOS**  
DOS ALUNOS DA EMERJ

---

Volume 8 - nº 1 - Tomo I (A/K) - jan.-jun. 2016

---



**Elaborado no 1º Semestre 2016**



© 2017 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

Semestral

ISSN 2179-8575

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

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

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

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

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

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

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

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

**1º Semestre de 2016**

## **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.





**Álana Alves Pereira Russo**

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO ..... 13

**Alice Christina Castricini do Amparo**

O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CARGOS COMISSIONADOS EM EMPRESAS ESTATAIS ..... 29

**Aline Deodato Camilo**

O CRITÉRIO RACIAL DAS COTAS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS..... 44

**Amanda da Rocha Lima**

FEMINICÍDIO NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A IMPORTÂNCIA TRAZIDA PELA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA MATÉRIA ..... 60

**Ana Carolina Henriques Figueiredo**

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CORRELAÇÃO ENTRE TRIBUTAÇÃO, MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL..... 74

**Ana Carolina Trindade da Silva**

EXPROPRIAÇÃO DE BENS IMÓVEIS COM EXPLORAÇÃO DE TABALHO ESCRAVO: UMA ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 81/2014 ..... 91

**Ana Claudia Toledo de Carvalho Silva**

OS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA INDEPENDENTE DA METRAGEM MÍNIMA ESTABELECIDADA PELAS DIRETRIZES MUNICIPAIS..... 105

**Ana Karla de Jesus Barbosa da Cunha**

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA NOVA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO..... 123



**Andressa Collares Xavier**

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 141

**Andressa Magalhães Menezes**

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA DA LEI Nº 11.977/09 ..... 156

**Anna Cássia dos Reis da Silveira**

O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 171

**Anna Luiza Vitor de Moraes**

O JUDICIÁRIO COMO SOLUÇÃO PARA TODOS OS PROBLEMAS ..... 189

**Bárbara Teixeira Guedes**

LÓGICA ADVERSARIAL E O NOVO CPC ..... 203

**Bianca Interlandi da Costa de Godoy**

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DO DIREITO A SAÚDE ..... 221

**Bianca Veloso de Lacerda Abreu**

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO VALORIZADOR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS..... 238

**Bruno de Oliveira Lima**

CONTROVÉRSIA ACERCA DA REDUÇÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI..... 252

**Bruno Santos Vilela**

O CONFLITO ENTRE O SUPREMO E A CORTE INTERAMERICANA NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: A VALIDADE DA LEI DE ANISTIA..... 268

**Camile Valladares**

VISÃO CRÍTICA SOBRE A PENHORABILIDADE DO BEM RESIDENCIAL DO FIADOR LOCATÍCIO À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL ..... 288





**Caroline Barreto Oliveira Prado**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO TABELIÃO E DO ESTADO POR USO DE DOCUMENTO ORIGINAL QUE CONTÉM DADOS FALSOS..... 305

**Caroline Meireles de Brito**

DA EFETIVIDADE DA MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO: COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO, NOS PRAZOS E CONDIÇÕES FIXADAS PELO JUIZ, PARA INFORMAR E JUSTIFICAR ATIVIDADES ..... 323

**Césio Caetano Ribeiro Júnior**

OS ATOS PRATICADOS PELOS PODERES DA REPÚBLICA COMO LIMITADORES DO PODER REGULATÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS..... 338

**Clarisse Tavares de Lira Gondin da Fonseca**

MEDIDA DE SEGURANÇA E PSICOPATIA ..... 355

**Claudia Rodrigues Almeida de Azevedo**

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ..... 373

**Cristiana Campos Mamede Maia**

DANO SOCIAL: UMA VISÃO TRIPARTIDA DA TEORIA DA REPARAÇÃO DO DANO NO ÂMBITO CÍVEL COMO MECANISMO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL NAS DEMANDAS RECORRENTES ..... 392

**Débora Rodrigues de Paula**

LEGALIDADE DA INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ ATÉ A 12ª SEMANA DE GESTAÇÃO ..... 413

**Demétrius Amaral Leitão**

O IMPACTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 NO ACESSO À JUSTIÇA COMO UMA EFETIVA GARANTIA ..... 432

**Eliz Peres Silva**

PORTADORES DE INCAPACIDADE LABORATIVA POR DOENÇAS CONGÊNITAS E O DESAMPARO DA SEGURIDADE SOCIAL NO QUE TANGE AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA ..... 449



**Ericka Carvalho Jacomo de Oliveira**

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA ..... 471

**Estela Delibero Tatsch**

A PERDA DE MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA PARA OS CARGOS ELETIVOS MAJORITÁRIOS ..... 485

**Felipe Miranda da Silva Assis dos Santos**

DA RELAÇÃO ENTRE O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL E O PRINCÍPIO DA Celeridade NA SISTEMÁTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: REFLEXÕES E CRÍTICAS ..... 503

**Fernanda da Mota Labanca**

A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL ..... 524

**Fernanda de Aguiar Cunha**

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA EM PRESÍDIOS - UM NOVO MODELO DE GESTÃO ..... 547

**Fernanda Fernandes de Araujo**

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E COMBATE À ELUSÃO FISCAL NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL ..... 565

**Gabriela Pereira Viannay Belloni**

A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A SOBERANIA DOS VEREDICTOS NO TRIBUNAL DO JURI E A REVISÃO CRIMINAL ..... 581

**Gabriela Pruner Marques**

PRISÃO DOMICILIAR COMO MODALIDADE DE CUMPRIMENTO DE PENA ..... 597

**Gabriela Riente Lima Mendes**

A MASSIFICAÇÃO DAS DEMANDAS CONSUMERISTAS E OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: UMA ANÁLISE PRÁTICA DA “LOTERIZAÇÃO” DA JUSTIÇA ..... 618

**Giuliana Carvalho dos Santos Serrão**

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS NO CASO DE ABANDONO AFETIVO ..... 634



**Guilherme Fank Keller**

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA ESTATAL: DIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA A ACUSAÇÃO. RELEITURA DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO.... 655

**Isabela Salgado Santos de Oliveira**

NECESSIDADE DE OUTORGA DA COMPANHEIRA NA ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS .... 671

**Janaira Ferreira**

UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA CRIMINAL ..... 688

**Jéssica de Paula Costa Marcelino**

FRONTEIRAS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE ..... 704

**Jessica Paim C. de Abreu**

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E LOTAÇÃO CARCERÁRIA ..... 722

**Jéssica Santos e Souza Dias**

OBSTÁCULOS AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA BRASILEIRA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS INTERNACIONAIS..... 736

**João Carlos França Soares**

PROJETO DE LEI DO SENADO N. 236/2012 - NOVO CÓDIGO PENAL: EQUÍVOCOS AO SE POSITIVAR A TEORIA DO DOMINIO DO FATO..... 750

**Jorge Vinicius da Paixão Ribeiro**

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE... 766

**Juliana Mamede Wiering de Barros**

ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS: APLICABILIDADE DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 782

**Juliana Souza Farias**

EMBARGOS INFRINGENTES E A SUSPENSÃO AUTOMÁTICA DE ACÓRDÃOS NÃO UNÂNIMES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 799

**Karen Calábria Alves**

DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL NAS AÇÕES INDIVIDUAIS NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR..... 814



## A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Álana Alves Pereira Russo

Graduada pela Universidade Cândido Mendes – UCAM Campos Ipanema. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A federação é a forma de estado adotada no Brasil. Uma das características de conservação desse modelo de estado é a existência de órgão competente para controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. No ordenamento jurídico brasileiro esse controle é feito com base em dois sistemas diferentes. Há o modelo difuso, de origem americana, realizado por qualquer juiz de maneira incidental dentro de um processo subjetivo. E também existe o modelo concentrado, de origem austríaca, realizado pelo Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta. Cada um desses sistemas tem efeitos diferentes, o que será abordado ao longo do presente artigo. Para ocorrer a abstrativização do controle difuso seria necessário que houvesse a mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB/88. Isso faria com que um dos requisitos do controle difuso para tornar a decisão *erga omnes* não fosse mais necessário. Ao longo do estudo será explicado o porque da necessidade dessa mutação e quais os fundamentos que existem para ele não tenha ocorrido até agora.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Modelo Difuso.

**Sumário:** Introdução. 1. Fundamentos que Constituem, em tese, Empecilho para a Abstrativização no controle Difuso 2. Mutações Constitucionais do Artigo 52, X. 3. Desnecessidade do Senado para a Decisão de Tornar *Erga Omnes*. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO:

A presente pesquisa científica pretende demonstrar que no ordenamento jurídico atual não deveria mais que se esperar a resolução do Senado para que a decisão do Supremo, em sede difusa, seja considerada vinculante e tenha efeito *erga omnes*. O objetivo será de mostrar a relevância da teoria da abstrativização do controle difuso. E que sua adoção suscitaria benefícios ao ordenamento jurídico pátrio.

Quando em sede de controle de constitucionalidade incidental uma norma é declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ela apenas tem efeitos *inter partes*



e não vinculantes. Consequentemente, os juízes estão autorizados a não seguirem o que foi decidido pelo Supremo, logo, traz uma insegurança jurídica para as partes.

A presente temática tem grande importância, pois, em uma demanda que tenha como objeto a mesma norma que foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte, pode em um outro processo o juiz declarar a norma constitucional.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando quais seriam os fundamentos que constituem, em tese, empecilho para a abstrativização no controle difuso. Procura-se comprovar que o atual fundamento de que o controle de inconstitucionalidade, realizado de maneira incidental pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, deveria produzir efeitos *inter partes* e não vinculantes poderá ser mudado.

Procede-se, no segundo capítulo, ponderando se teria ocorrido a mutação constitucional diante da necessidade da releitura do artigo 52, X da CRFB a luz de novos fatos. Pretende-se defender que ocorreu a mutação, e dessa forma, o dispositivo deveria ser interpretado no sentido de que o atual papel do Senado seria apenas o de dar publicidade à decisão do Supremo.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se realmente haveria a necessidade da resolução do Senado para tornar a decisão do Supremo, em via incidental, *erga omnes* e vinculante. A intenção será de expor que uma vez ocorrido à mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB o Senado não necessitará suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão do Supremo, ele apenas iria conferir publicidade ao ato.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo qualitativa, explicativa e bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

## 1. FUNDAMENTOS QUE CONSTITUEM, EM TESE, EMPECILHO PARA A ABSTRATIVIZAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO

O ordenamento jurídico brasileiro adota o modelo híbrido, também chamado de misto acerca o controle de constitucionalidade. Diante disso tanto incorporou-se o controle difuso - sistema americano, quanto o controle concentrado - sistema continental europeu. O presente trabalho científico, a respeito da teoria da abstrativização, foca no controle de constitucionalidade na modalidade difusa.

O controle difuso nasceu com o caso *Madison X Marbury*, em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirma que a ação proposta por Marbury teve como base uma lei que ampliou a competência da Suprema Corte. Para ele, quem determina a competência da Suprema Corte seria a Constituição e não uma lei infraconstitucional. Logo, como a lei estava de encontro com a Constituição deveria ser afastada. Foi adotada, pela primeira vez, a tese de que havendo conflito entre a Constituição e a legislação ordinária, a Constituição teria que ser aplicada, pois, é hierarquicamente superior as outras legislações.

Esse julgamento teve importante repercussão no direito, “[...] foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais”<sup>1</sup>.

O controle judicial incidental de constitucionalidade é exercido por qualquer órgão judicial no curso de processo de qualquer natureza, e poderá ser suscitado pelos seguintes sujeitos: réu, autor, Ministério Público (seja quando for parte ou *custos legis*), e pelo juiz ou Tribunal de ofício.

A inconstitucionalidade poderá ser arguida em qualquer momento do processo, mesmo que não tenha sido feita no primeiro grau, ela poderá ser efetuada no segundo grau. Somente no âmbito do recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal, que há

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.



uma exceção, pois, necessita-se do prequestionamento acerca da questão constitucional para a sua admissibilidade.

Pode ser objeto desse controle as normas emanadas de todos os entes federativos, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Tais normas podem conter conteúdo de qualquer natureza jurídica. Inclusive poderá ser anterior à Constituição Federal, caso em que o órgão julgador se pronunciará acerca da sua recepção ou não.

É característica essencial dessa modalidade de controle que haja um processo subjetivo, com conflitos de interesses e que alguém suscite a dúvida acerca da constitucionalidade de determinada lei ou norma. Evidencia-se que o objetivo principal da causa não é declarar inconstitucional a norma e sim reconhecer ou não ao autor seu pedido do caso concreto. Percebe-se que a questão constitucional, portanto, é uma questão prejudicial ao prosseguimento do julgamento da causa principal.

Quando o reconhecimento de inconstitucionalidade for no âmbito dos Tribunais, deverá ser observado o princípio da reserva do plenário. Esse princípio, previsto no artigo 97 da CRFB/88, enfatiza que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Diante disso, a ação que *a priori* encontra-se no órgão fracionário do Tribunal, ao ser suscitada a inconstitucionalidade de determinada norma, caso ela seja admitida, deverá operar uma cisão funcional de competência, ou seja, será enviado ao órgão especial somente a remessa quanto a questão prejudicial. Vale ressaltar que embora o órgão fracionário do Tribunal não possa declarar a inconstitucionalidade, ele poderá reconhecer a constitucionalidade de uma norma.

Eventual recurso sobre o julgamento da arguição de inconstitucionalidade não poderá ser da decisão do órgão especial, que resolve o incidente, mas sim da decisão da turma que





prolatará o acórdão do processo, vide súmula 513 do STF. Quanto aos embargos infringentes, estes também serão vedados da decisão do órgão fracionário, como consta na súmula 293 do STF.

O controle incidental no âmbito do Supremo Tribunal Federal, também respeitará a regra da reserva de plenário. Portanto, será submetido a arguição de inconstitucionalidade ao plenário pela turma. Para o julgamento, necessitará da presença mínima de oito ministros e para que seja declarada a inconstitucionalidade, precisa da decisão nesse sentido de seis ministros, vide art. 143 e 173 do RISTF<sup>2</sup>.

Outra peculiaridade do controle feito pelo Supremo, é que essa decisão do plenário acerca a constitucionalidade ou não da norma terá efeito somente entre as partes do processo e, portanto, não será vinculante aos outros órgãos judiciais. Somente se o ocorrer a suspensão da norma pelo Senado é que a decisão poderá tornar *erga omnes*.

Um dos fundamentos que constituem, em tese, empecilho para a abstrativização no controle difuso é o efeito subjetivo da decisão. A sentença do processo prolatada pelo órgão judicial, que contém o reconhecimento de inconstitucionalidade do ato normativo, será revestida pela eficácia *inter partes*. Ou seja, diante desse efeito subjetivo, a questão resolvida será limitada para somente as partes do processo.

A concepção da eficácia subjetiva no controle incidental é compreendida por Barroso<sup>3</sup>:

Transitada em julgado a decisão, isto é, não sendo mais impugnável por via de recurso, reveste-se ela da autoridade da coisa julgada. Sua eficácia subjetiva, no entanto, é limitada às partes do processo, sem afetar terceiros (CPC, art. 472). Por outro lado, o objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial estender-se além dele. Portanto, a eficácia objetiva da coisa julgada é limitada ao que foi pedido e decidido, sendo certo que é a parte dispositiva da sentença (CPC, art. 458), na qual se contém a resolução das questões postas, que recebe a autoridade da coisa julgada.

<sup>2</sup> BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 105.



O principal óbice à aceitação da teoria a ser estudada é esse efeito *inter partes* da decisão do STF em sede de controle difuso. Segundo o art. 52, X da CRFB/88<sup>4</sup> somente com a suspensão da norma pelo Senado é que poderá surgir o efeito *erga omnes*. Isso faz com que numa demanda que tenha como objeto a mesma norma que foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte, pode em um outro processo o juiz declarar a norma constitucional.

Foi o que ocorreu na Reclamação 4335/AC do STF<sup>5</sup>. No HC 82959/SP o Plenário do Supremo, declarou inconstitucional o parágrafo 1º do art. 2º da Lei 8.072/90<sup>6</sup>, autorizando a progressão de regime em crimes hediondos e equiparados. Logo após, um juiz da vara de execuções penais de Rio Branco indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de um condenado. Alegou o juiz que a Lei 8.072/90 proibia tal progressão e que a decisão do STF somente teria eficácia *erga omnes* se o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo. A presente situação motivou o réu a formular a reclamação ao STF.

Esse exemplo ilustra o contexto em que se encontra o ordenamento jurídico no caso do controle na via incidental. Mostrando que seria importante que a decisão do Supremo, em sede incidental, viesse a ser vinculante.

Portanto, é preciso que haja mudança no atual fundamento de que o controle de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, realizado de maneira incidental pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, deva produzir efeitos *inter partes* e não vinculantes.

E essa mudança poderá ser feita através da reanálise do texto constitucional a luz de novos fatos, sem haver alteração formal no dispositivo constitucional. Dessa forma, haveria uma mutação constitucional do art. 52, X.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2016

<sup>5</sup> BRASIL. STF. Rcl n. 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24.SCLA.+E+4335.NUME.%29+OU+%28Rcl.ACMS.+ADJ2+4335.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 8.072/90, de 25 de julho de 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

## 2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X

A Constituição não pode ser considerada imutável, de modo que fique engessada com ideias de determinada época. É preciso que haja um mecanismo apto a fazer uma reanálise do texto à luz de novos fatos. Isso irá permitir que a Constituição fique sempre alinhada com a realidade fática do país. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “[...] as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos”<sup>7</sup>.

No Brasil, é o instituto da mutação constitucional o utilizado para mudar informalmente o texto constitucional, alterando assim somente o sentido do texto. Esse fenômeno, também conhecido como interpretação evolutiva ou transição constitucional, que permite a releitura da Constituição com base em fatos novos, faz com que a Carta Constitucional fique sempre conectada com a evolução da sociedade e seus novos anseios.

Apesar da evolução no entendimento da norma constitucional ser possível, é preciso haver um limite. “A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional”<sup>8</sup>. A nova forma de interpretar não poderá gerar um grande desvio do original sentido dado a norma pelo Constituinte Originário.

Dois acontecimentos distintos podem ocasionar uma mutação constitucional. O primeiro deles é a transformação da sociedade, e o segundo, a mudança no entendimento jurídico de determinada norma. Conforme expressa Gilmar Mendes<sup>9</sup>:

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 122.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 220.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 220.



[...] em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro.

Haveria necessidade de ocorrer a mutação do artigo 52, X<sup>10</sup> da Constituição da República para que a decisão do Plenário do STF, em sede de controle difuso, possa ganhar efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* sem a atuação do Senado.

O mencionado artigo tem raízes históricas e com a evolução do ordenamento jurídico sua função deixou de ser imprescindível. O relator Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto na Reclamação 4.335<sup>11</sup>, de modo minucioso, aborda a origem e o desenvolvimento desse artigo no ordenamento pátrio. Demonstra que desde o momento de sua criação já merecia receber críticas:

Embora a doutrina pátria reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais americanos, no sentido da inexistência jurídica ou da ampla ineficácia da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo. [...] Quando o instituto foi concebido no Brasil, em 1934, dominava uma determinada concepção da divisão de poderes, há muito superada. A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.

A indignação contra esse artigo 52, X da CRFB/88 é que aumentou consideravelmente o número de situações em que a Suprema Corte pode desde já ter a sua decisão oponível contra todos. Isso ocorre principalmente em sede de controle concentrado, com o manejo da ação direta de inconstitucionalidade e com a ação declaratória de constitucionalidade. Mas não são somente essas ações, na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, também, a decisão proferida pelo Supremo terá força vinculante e eficácia *erga omnes*. Contudo, se o mesmo tema for julgado pelo Supremo

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>11</sup>BRASIL. STF. Rcl n. 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24.SCLA.+E+4335.NUME.%29+OU+%28Rcl.ACMS.+ADJ2+4335.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>. Acesso em: 27 fev. 2016.



de maneira incidental dentro de um processo subjetivo, não receberá esses mesmos efeitos, o que demonstra uma verdadeira inconsistência no presente ordenamento jurídico.

O mesmo fenômeno ocorre nas ações de processo coletivo, como a ação civil pública, ação popular e no mandado de segurança coletivo. Nelas, quando o pedido formulado pelo autor seja julgado procedente, ou quando o pedido seja julgado improcedente por inexistência de fundamento a decisão dessas ações constitucionais adquirirá a eficácia de coisa julgada, sendo também oponível *erga omnes*. Somente nos casos de improcedência por falta de provas é que a decisão não fará coisa julgada e terá sua eficácia *inter partes*. Nesse caso, caso haja novas provas pode-se ajuizar novamente a ação.

Outro exemplo ocorre quando o Supremo utiliza da técnica de interpretação conforme à Constituição e a declaração de nulidade sem redução de texto. Na primeira, o Supremo declara que uma norma somente será tida como constitucional se observada determinada interpretação. Na última, determinada hipótese de aplicação da norma é excluída por ser vista como inconstitucional. Essas técnicas de decisões do Supremo podem ser utilizadas em processo subjetivo e não precisam do Senado para obter a eficácia *erga omnes*.

Ademais, haverá dispensa na utilização da regra da reserva do plenário, se o órgão fracionário entender que a norma é constitucional; se houver decisão anterior do plenário do próprio Tribunal a respeito da mesma matéria; e se houver decisão anterior do Supremo (art. 949, parágrafo único do CPC/15<sup>12</sup>). Nesse caso, uma decisão do Supremo proferida em sede de controle incidental vinculará o órgão fracionário para que ele possa julgar do mesmo modo. Ocorreu uma transcendência dos efeitos da decisão sem a necessidade da suspensão da norma pelo Senado.

A adoção do mecanismo das súmulas vinculantes evidencia que o STF, por meio da aprovação de dois terços de seus membros, poderá aprovar súmula que terá efeito vinculante

---

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2016.



em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, municipal e distrital, vide art. 103-A CRFB/88<sup>13</sup>. Percebe-se aqui mais um exemplo vinculante da declaração de inconstitucionalidade sem a necessidade de interferência do Senado Federal.

É preciso refletir a respeito de tal acontecimento, qual seria o motivo de uma decisão prolatada pelo Supremo em controle difuso não adquirir a eficácia geral, enquanto que a decisão proferida pelo próprio Supremo, diante de um eventual recurso dessas ações mencionadas anteriormente, adquiriria a eficácia geral? Isso parece ocorrer por razões históricas que precisam ser superadas. O instituto do controle de constitucionalidade difuso é anterior ao mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade e também das ações constitucionais anteriormente citadas. Pode ser que ele receba esse tratamento mais rígido por ser mais antigo, de qualquer modo, não há necessidade para que continue assim.

Portanto, verificou-se que a razão do artigo 52, X estar presente na Constituição se deu por um motivo histórico e que, diante disso, poderia ocorrer a releitura do papel do Senado diante do controle de constitucionalidade feito pela via incidental.

### **3. DESNECESSIDADE DO SENADO PARA A DECISÃO SE TORNAR *ERGA OMNES***

Uma vez aceita a possibilidade de ocorrência da interpretação evolutiva do art. 52, X da CRFB/88<sup>14</sup>, não haveria mais a necessidade do Senado Federal para tornar vinculante e *erga omnes* a decisão prolatada pelo Supremo em sede de controle difuso.

Um dos pilares do Estado de Direito é o princípio da separação dos Poderes, previsto expressamente na Constituição da República em seu art. 2º<sup>15</sup>. Defende-se que a essência do

---

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>14</sup> Ibid.



art. 52, X seria a de justamente proteger tal princípio. Entretanto, o surgimento de extensão ampla do controle de constitucionalidade concentrado e com o advento de várias ações constitucionais, fizeram com que o Supremo pudesse proferir sua decisão com eficácia geral sem violar ao consagrado princípio.

Diante desse artigo constitucional, o não emprego de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo, em sede difusa, dependeria exclusivamente da vontade de um órgão de caráter político. Enquanto o próprio órgão guardião da Constituição não poderia tornar a sua decisão com efeitos contra todos.

Havendo mutação, não seria o Senado que conferiria eficácia geral à decisão prolatada pelo Supremo, a própria decisão em si já nasceria com essa força. O Senado, a partir dessa nova visão, teria a missão de simplesmente dar efeito de publicidade à decisão.

Há controvérsia a respeito de se a suspensão da execução da lei ou ato normativo pelo Senado seria discricionária ou obrigatória. Apesar da controvérsia, a jurisprudência do Supremo defende a facultatividade do Senado. Ou seja, ele não está vinculado ao órgão jurisdicional, contendo plena liberdade de proceder ou não à edição da resolução suspensiva.

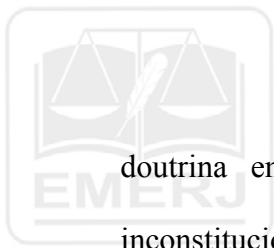
Esse entendimento somente amplia a necessidade da ocorrência da interpretação evolutiva do instituto, pois, por meio desse, quem decidirá em última instância sobre a aplicação da decisão do Supremo de maneira geral será o Senado, o que deveria incumbir ao Poder Judiciário. Além disso, por ser tratar de ato de natureza discricionária, somente diante de juízo de oportunidade e conveniência pelo Senado é que haveria a suspensão da norma.

Caso fosse evidenciada a mutação proposta, a inércia do Senado não traria danos, pois, não teria o condão de impedir que a decisão do STF já tenha sua eficácia geral.

Como atualmente o Senado ainda dispõe do poder de suspender a execução de lei ou ato normativo, é importante saber qual seria a extensão dessa suspensão. Há controvérsia na

---

<sup>15</sup> Ibid.



doutrina em saber se o Senado poderia restringir os efeitos da decisão declarada inconstitucional. A jurisprudência do STF é no sentido de negar tal possibilidade, inclusive já teve a oportunidade de declarar inconstitucional resolução do Senado que modificou a decisão prolatada pelo Supremo. Tal entendimento se verificou também no julgamento da Reclamação 4.335<sup>16</sup>:

O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Com isso, o panorama do Senado passa ser o seguinte: ele tem a discricionariedade de editar a resolução suspensiva da norma, todavia, em caso afirmativo ele não poderá modificar a decisão original do Supremo.

Uma vez editada a resolução pelo Senado é preciso saber se há possibilidade ou não de sua posterior revogação. Não obstante haja divergência, o entendimento da Suprema Corte é no sentido da impossibilidade de sua revogação. Como salienta Guilherme Peña de Moraes, “[...] a resolução suspensiva do Senado Federal é irrevogável, ao argumento de que este exaure a sua competência constitucional no momento em que edita aquela”<sup>17</sup>.

Verifica-se que uma determinada questão resolvida, em sede incidental, pelo Supremo não terá eficácia geral enquanto não suspensa esse ato normativo pela resolução do Senado Federal. Isso enseja falta de segurança jurídica no ordenamento jurídico, pois, mesmo havendo uma decisão do Supremo sobre determinada questão, um juiz poderá decidir de forma contrária.

Essa aparente contradição faz com que todo o trabalho de levar a questão ao julgamento pelo Supremo somente beneficie as partes do processo. Enquanto o mais salutar

---

<sup>16</sup> Ibid., p. 25.

<sup>17</sup> PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 177.





para a sociedade seria esse próprio julgamento servir para todos, já que o Senado não tem a obrigatoriedade de suspender a norma.

Enquanto não houver a alteração dessa orientação, diante de um problema já resolvido pelo STF, continuarão a serem prolatadas decisões em sentido contrário, porque nenhum órgão *a quo* estará vinculado à decisão proferida. Como o acórdão do Supremo não terá efeito vinculante, não será possível o manejo do instituto da Reclamação, caso órgão hierarquicamente inferior julgue em sentido contrário.

Vale ressaltar que somente os legitimados previstos na Constituição Federal possuem a legitimidade para ingressar com ação direta de inconstitucionalidade. O cidadão, ao se deparar com uma inconstitucionalidade, somente tem a opção de utilizar o mecanismo de controle de forma incidental, ou seja, dentro do processo subjetivo. Poderá ocorrer a situação de uma questão envolvendo um mesmo ato normativo já declarado inconstitucional anteriormente, de forma incidental pelo Supremo, e que não teve sua execução suspensa pelo Senado chegar novamente a Corte Suprema. Esse procedimento vai de encontro ao princípio da celeridade, pois, haverá a movimentação na máquina judiciária para decidir algo que já poderia ter sido resolvido de forma ampla, mas que não o foi, já que o papel do Senado é discricionário.

É por isso que se apoia a tese de que o papel precípua do Senado Federal, no controle difuso de constitucionalidade, seria o de apenas dar publicidade ao ato. Nas palavras de Gilmar Mendes<sup>18</sup>:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a

<sup>18</sup> BRASIL. STF. Rcl n. 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24.SCLA.+E+4335.NUME.%29+OU+%28Rcl.ACMS.+ADJ2+4335.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>. Acesso em: 27 fev. 2016.



decisão[...], não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, [...], mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais [...].

Portanto, seria desnecessária a atuação do Senado para que a decisão prolatada em sede incidental, que ocorre principalmente em julgamento de recursos extraordinários, já nasce com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.

## CONCLUSÃO

Como se pode observar ao longo deste estudo, o controle de constitucionalidade brasileiro é formado por duas vertentes, uma de caráter abstrato e outra de caráter incidental. O controle de constitucionalidade concentrado é feito no âmbito de um processo objetivo, direcionado diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Enquanto o controle concreto é feito de maneira incidental dentro de um processo subjetivo, sendo possível sua aferição por qualquer juiz competente.

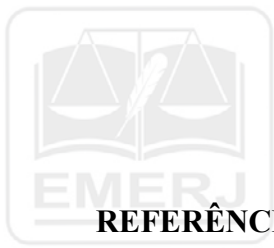
Foi visto que por serem institutos diferentes suas decisões tem efeitos distintos. No caso do Supremo, diante de uma ADI, julgar uma norma inconstitucional o seu efeito será vinculante a todos os órgãos administrativos e judiciais e terá eficácia *erga omnes*. Contudo, se o Supremo julgar uma lei inconstitucional, de maneira incidental, o efeito desse julgamento não será vinculante e sua eficácia será *inter partes*. Este é o maior fundamento que constitui, em tese, empecilho para a abstrativização do controle difuso.

Analisou-se que diante do artigo 52, X da CRFB/88 somente se o Senado Federal suspender a execução da norma declarada inconstitucional, de maneira incidental, pelo Supremo é que ela poderá ter eficácia *erga omnes* e vinculante. Defende que o melhor seria

que esse dispositivo sofresse de uma mutação constitucional, ou seja, uma nova leitura a partir dos fundamentos da sociedade atual.

Ocorrendo a interpretação evolutiva do artigo constitucional, não seria necessária a atuação do Senado para que a decisão prolatada, em sede incidental, pelo Supremo se torne vinculante e *erga omnes*. No caso, o Senado teria o papel precípua de dar publicidade ao ato.

Defende que diante do princípio da segurança jurídica, o melhor seria que uma decisão proferida pelo Supremo em sede incidental tenha desde já o mesmo efeito do que a decisão em sede abstrata. Caso contrário, acontecerá o que já vem ocorrendo, que é o Supremo decidir pela inconstitucionalidade de determinada norma num processo subjetivo, e como não tem efeito vinculante, um juízo *a quo* discorda de tal entendimento e julga constitucional a própria norma. A parte prejudicada terá que utilizar de recursos para conseguir levar a questão novamente ao STF para declará-la inconstitucional novamente. Não se vê célere esse procedimento. Por isso, arguiu-se que se a decisão do STF já fosse vinculante, caso o juízo *a quo* julgasse de outra forma poderia utilizar-se da Reclamação Constitucional.



## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. STF. Rcl n. 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24.SCLA.+E+4335.NUME.%29+OU+%28Rcl.ACMS.+ADJ2+4335.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

MENDES, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

## O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CARGOS COMISSIONADOS EM EMPRESAS ESTATAIS

Alice Christina Castricini do Amparo

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Funcionária Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O tratamento dado aos cargos comissionados em empresas estatais se mostra incerto e por vezes controverso dentro das mencionadas entidades. Tal fato se dá pela sucinta previsão do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, bem como pela ausência de regramento que discipline a matéria, o que torna o tema bastante fluido no que se refere à sua aplicação prática. Consequentemente surgiram interpretações equivocadas acerca dos direitos atinentes a cargos comissionados, levando à indistinta submissão de tais cargos ao regime celetista. No entanto, as incompatibilidades existentes entre as normas próprias do direito do trabalho e a essência precária do cargo comissionado culmina em interpretações contraditórias, inclusive no âmbito jurisprudencial, acarretando, invariavelmente a concessão de direitos que acarretam gasto indevido do dinheiro público. O objetivo desse trabalho é esclarecer a natureza dos mencionados cargos e situá-los como figura própria do direito administrativo de maneira a afastar a aplicação dos regimes próprios das entidades nos quais estejam inseridos, seja estatutário ou celetista, haja vista sua natureza *sui generis* dentro do Direito Administrativo, conforme pretendeu a Constituição da Federal.

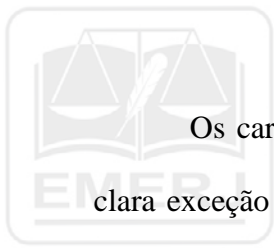
**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Cargo Comissionado. Empresas Estatais. Regime Jurídico Administrativo. Justiça Comum.

**Sumário:** Introdução. 1. A necessidade de descompatibilizar o cargo comissionado do cargo e do emprego público. 2. Da jurisprudência acerca do tema. 3. Da legislação aplicável aos empregados em comissão. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a natureza jurídica do vínculo havido entre ocupantes de cargo em comissão em empresas estatais. Objetiva-se com isso estabelecer o regime jurídico aplicável a tal relação, que vem se mostrando objeto de controvérsia entre a Justiça Comum e a Justiça Trabalhista.

Para tanto, serão abordados os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial, de modo a demonstrar a natureza jurídico-administrativa de tal encargo público, motivo pelo qual não admitem sujeição ao regime celetista.



Os cargos comissionados são previstos no art. 37, inciso II, da Constituição Federal como clara exceção à regra da aprovação em concurso público para o ingresso no quadro de pessoal da Administração Pública Direta e Indireta. No entanto, a controvérsia que se destaca nesse tema diz respeito ao tratamento jurídico efetivamente pretendido pelo constituinte quanto aos cargos comissionados inseridos dentro de entidades públicas vinculadas ao regime celetista.

Isso é devido, principalmente, ao fato de que a mencionada norma constitucional, após fazer menção a cargos e empregos públicos, utilizou apenas a expressão “cargo em comissão”, aparentemente excluindo a figura do emprego da hipótese excepcional. Assim, abriu-se a possibilidade para a jurisprudência interpretar a mesma figura de forma contraditória e inconstante.

Inicia-se o primeiro capítulo abordando a previsão constitucional acerca dos cargos comissionados e os conceitos que podem ser extraídos de sua leitura, tal como o seu caráter excepcional e independente das figuras de cargo e emprego público.

Segue-se discutindo, no segundo capítulo, as consequências prejudiciais que a divergência no tratamento dessa figura pública podem causar. Uma delas é a insegurança jurídica, haja vista a oscilação da jurisprudência entre a aplicação e a não aplicação da CLT; e a outra é o dano ao erário, já que, diante dessa inconstância, acabam sendo concedidas verbas de caráter indenizatório, tais como multa de FGTS e aviso-prévio, incompatíveis com a essência precária dos cargos em comissão.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a aplicação do regime jurídico-administrativo a que se sujeitam os cargos comissionados dentro de entidades públicas regidas pela CLT e analisar os direitos efetivamente garantidos a essa categoria, a exemplo do FGTS e da contribuição previdenciária.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva-exploratória, tendo em vista que se buscará, por meio de legislação, doutrina – livros e artigos científicos – e jurisprudência, descrever e analisar o conceito base acerca do cargo comissionado e, assim, expor a problemática jurídica por ele gerada.

## 1. A NECESSIDADE DE DESCOMPATIBILIZAR O CARGO COMISSONADO DO CARGO E DO EMPREGO PÚBLICO

O ordenamento jurídico brasileiro, conforme expressamente autorizado pela Constituição Federal em seu art. 37, inciso II, exige a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. No entanto, no mesmo dispositivo, o constituinte optou por excepcionar essa regra criando a figura do cargo em comissão, nos seguintes termos:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;<sup>1</sup>

A exceção justifica-se pelo fato de que determinados cargos dentro da Administração Pública exigem a existência de relação de confiança entre o nomeado e o agente público responsável pela nomeação. Contudo, com vistas a garantir que tal espécie de cargo não se tornasse instrumento de burla à exigência de concurso público, a Constituição Federal consignou expressamente serem os seus ocupantes passíveis de livre nomeação e exoneração, atribuindo-lhe, portanto, caráter precário e afastando qualquer estabilidade a tais agentes.

A despeito disso, é certo que entre cargos e empregos públicos, ambos mencionados no art. 37, inciso II, da CRFB, há inolvidável diferença no que concerne ao grau de estabilidade. Isso porque apenas com relação aos primeiros a Constituição Federal previu em seu art. 41 o direito a manutenção no cargo após três anos de efetivo exercício, a partir de quando o servidor somente pode ser exonerado ou demitido nas hipóteses expressamente previstas na referida norma.

Por outro lado, os empregos públicos, apesar de dependerem de aprovação em certame público para serem ocupados – tais quais os cargos públicos –, não possuem qualquer garantia de estabilidade. Assim, como estão submetidos às regras da Consolidação das Leis Trabalhistas, fazem jus tão somente aos direitos previstos neste diploma legal.

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao/htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao/htm)>. Acesso em 20 out. 2015.



Entretanto, é sabido que a Administração Pública submete-se aos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da CRFB, importando, especialmente, na hipótese aqui tratada, o princípio da legalidade. Tal princípio, dentro do Direito Administrativo, reflete a ideia de que, ao contrário do que ocorre no direito privado – no qual se permite todo comportamento que não esteja vedado pelo ordenamento jurídico –; ao Administrador Público somente se autoriza a prática de atos previstos expressamente em lei.

Por consequência, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho, mesmo quando o ocupante de cargo público ainda não ostenta a condição de estável (período denominado estágio probatório), a exoneração *ex officio* (por interesse da administração) ou a demissão (de caráter punitivo) de tais agentes necessitam não apenas de observância do contraditório e da ampla defesa, mas também de motivação expressa para que se possibilite o controle da legalidade do ato<sup>2</sup>:

Logicamente, a Administração não é inteiramente livre para promover a exoneração *ex officio*. Poderá fazê-lo em três casos:

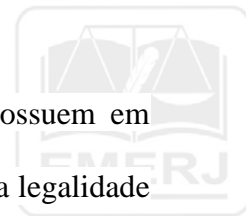
- a) quando o servidor, ocupante de cargo efetivo, não satisfizer as condições do estágio probatório;
  - b) quando esse mesmo servidor, tendo tomado posse, não entra em exercício no prazo legal;
  - e
  - c) a juízo da autoridade competente, no caso de cargo em comissão.
- (...)nos dois primeiros casos acima apontados: neles, além da garantia do contraditório conferida ao servidor, a justificativa (ou motivo) deve vir expressa, possibilitando-se, assim, eventual controle do ato.

Com base no mesmo entendimento, apesar da diferença no que se refere à estabilidade nos cargos públicos, a demissão de empregados públicos deverá obedecer a mesma necessidade de motivação prévia exigida para a exoneração ou demissão dos servidores em estágio probatório. Portanto, ainda que regidos pelos regimes celetista – que permite a demissão do empregado sem justa causa –, por se tratar de ato a ser emanado da Administração Pública exige-se que “o ato administrativo que determina a rescisão contratual tenha motivação, vale dizer, a justificativa formal do desfazimento.”<sup>3</sup>

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 683-684.

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 689.





Assim, é lícito concluir que tanto os cargos quanto os empregos públicos possuem em comum o fato de que o provimento e a vacância de ambos vinculam-se à observância da legalidade da motivação de tais atos, sob pena de invalidação.<sup>4</sup> Dessa forma, tais agentes públicos ocupam posição bem diversa dos titulares de cargos comissionados, haja vista a expressa vontade do constituinte, com relação a estes últimos, de destacar a precariedade no que concerne à liberdade de nomeação e exoneração destes, desvinculados, portanto, da exigência de fundamentação.

A descompatibilização das figuras acima analisadas é importante porque a leitura do art. 37, inciso II, da CRFB tem possibilitado diversas interpretações, quais sejam:

a) O cargo em comissão seria espécie de cargo público em que se dispensaria o concurso público, excluída a possibilidade de sua existência no âmbito de empresas estatais, por ausência de previsão constitucional acerca do emprego em comissão;

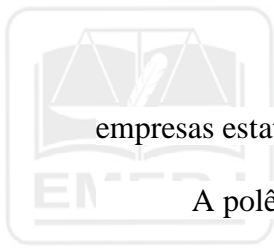
b) a figura do cargo em comissão possibilitaria, por meio de interpretação sistemática, a figura do emprego em comissão, que se submeteria ao regime celetista tais como os empregados públicos;

c) o cargo em comissão seria admitido em qualquer âmbito da administração pública, seja de direito público ou privado, porquanto a Constituição Federal não o vinculou a nenhuma figura antes mencionada no art. 37, inciso II, tratando-se de figura inconfundível com cargo público e incompatível com o regime celetista, atribuído aos empregos públicos, haja vista o caráter precário e a relação de fidúcia na qual se baseia.

O presente artigo afasta a primeira interpretação, haja vista não haver restrição expressa no texto constitucional quanto à utilização dos cargos em comissão em empresas estatais.<sup>5</sup> O cerne da questão é determinar a que regime jurídico se submetem os cargos comissionados inseridos em

<sup>4</sup> Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a motivação das decisões administrativas é obrigatória, uma vez que é fundamental para a garantia da moralidade e para facilitar o controle do ato (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 157.)

<sup>5</sup> A respeito de uma análise minuciosa acerca da constitucionalidade dos cargos em comissão dentro de empresas estatais, entendidos como emprego em comissão: EVANGELISTA, Lucimar de Oliveira Gonçalves. *Emprego em Comissão nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista: Constitucionalidade*, 201. Monografia (Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho) – Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP, 2011. Disponível em <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/213/Monografia\\_Lucimar%20de%20Oliveira%20Gon%C3%A7alves%20Evangelista.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/213/Monografia_Lucimar%20de%20Oliveira%20Gon%C3%A7alves%20Evangelista.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 20 out. 2015.



empresas estatais: seria o regime celetista ou o jurídico-administrativo?

A polêmica que surge é com base no fato de que as normas aplicáveis aos empregados são fundamentadas na hipossuficiência do trabalhador, encontrando-se, por isso, cercadas de elementos normativos que fornecem as mais diversas garantias à relação empregatícia. No entanto, esse cenário não se coaduna com a realidade do cargo comissionado, já que alicerçado no subjetivismo da relação de fidúcia<sup>6</sup> havida entre nomeante e nomeado, e não em direitos sociais voltados à proteção do trabalhador.

A relevância dessa conclusão não se situa meramente no âmbito dos direitos a serem efetivamente conferidos a esses agentes públicos, mas principalmente na fixação da competência para a apreciação de pleitos levados ao judiciário, uma vez que, a depender da relação jurídica que se reconheça, haverá a competência ou da Justiça do Trabalho ou da Justiça Comum, com base no art. 114, inciso I, da CRFB/88<sup>7</sup>.

O fato é que, atualmente, a jurisprudência não encontra lugar seguro para se situar, variando não só quanto ao regime jurídico aplicável, mas também quanto às exceções a aplicação da CLT em cada caso. No próximo capítulo abordar-se-á pormenorizadamente como o Supremo Tribunal Federal e a Justiça do Trabalho vem se posicionando sobre a questão.

## 2. DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO TEMA

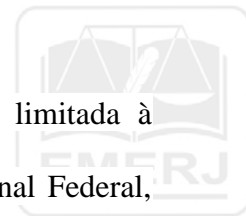
A principal dificuldade do presente trabalho é o fato de a discussão acerca do tema não ser

---

<sup>6</sup> “Os cargos em comissão, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, 11, CF).” CARVALHO FILHO, op. cit., p. 617.

<sup>7</sup> “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 22 out. 2015.)



explorada na doutrina, o que torna a sua análise, senão exclusiva, extremamente limitada à jurisprudência. Apesar disso, o estudo de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Tribunal Superior do Trabalho, apesar de não apaziguar as controvérsias, permitiu o estabelecimento de um norte interpretativo com vistas, principalmente, a estabelecer a competência para ações envolvendo cargos comissionados.

É importante esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, na ADIN-MC 3395<sup>8</sup>, em sede de liminar, decidiu por excluir da interpretação do art. 114, inciso I, da Constituição Federal, a competência da Justiça do Trabalho para julgar relação estatutária havida entre o Poder Público e seus servidores. No entanto, restou também assentado no voto vencedor o seguinte:

Ora, ao atribuir à Justiça do Trabalho competência para apreciar “ as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o art. 114, inciso I, da Constituição, não incluiu, em seu âmbito material de validade, as relações de natureza jurídica-administrativa dos servidores públicos.

Como já dito, a Constituição Federal, em seu art. 37, inciso II, tratou da figura do cargo comissionado, sem, contudo, especificar regime próprio a que se vincularia, mas tornando claro seu caráter excepcional e distinto do cargo e do emprego público. Portanto, em virtude de sua característica *sui generis*, sem regramento específico, e por ter sido inserido dentro do capítulo da CRFB que trata da Administração Pública, o cargo comissionado pode ser definido como espécie de relação jurídico-administrativa estabelecida com os entes públicos.

Esse entendimento é referendado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em diversas decisões<sup>9</sup>. No entanto, possui especial relevância para o presente trabalho o Agravo

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3395 MC. Relator: Min. Cezar Peluso, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <.....>. Acesso em: .....

<sup>9</sup> \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4069 MC-AgR. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623768>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agr na Rcl. 4626. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623616>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 5989 AgR, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623086>>. Acesso em: 14 abr. 2016.



Regimental na Reclamação 16400 - SP<sup>10</sup>, assim ementado:

RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DO JULGAMENTO PROFERIDO, COM EFICÁCIA VINCULANTE, NO EXAME DA ADI 3.395-MC/DF – SERVIDOR PÚBLICO NOMEADO PARA OCUPAR CARGO EM COMISSÃO – EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM – PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.(Rcl 16400 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014)

A relevância do julgado acima se dá porque neste caso em específico a Reclamação havia sido ajuizada por ocupante de cargo comissionado de empresa pública, a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM. Com isso, o Supremo Tribunal Federal acabou por confirmar o que já se extraía do texto constitucional: o fato de que cargos comissionados submetem-se a regime jurídico-administrativo, mesmo que inserido dentro de empresas estatais.

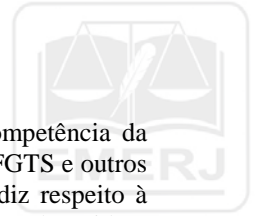
Tal conclusão traz como consequência o fato de que, independentemente do tratamento formal que se dê ao comissionado no que tange a celebração ou não de contrato de trabalho, é inafastável a sua conexão com as regras do direito administrativo. Por conseguinte, se torna inviabilizada qualquer tentativa de atrair a análise desse tipo de relação para o Justiça do Trabalho, qualquer que seja a esfera da Administração Pública em que ele esteja inserido.

Observe-se que, ainda que se entenda pela sujeição ao regime celetista, é certo que tal fato não inviabiliza a sua apreciação pela Justiça Comum. Assim, apesar de compreensível o estranhamento, o Supremo Tribunal Federal já assentou em mais de um julgado a inexistência de impedimento da Justiça Comum em analisar pedidos comumente apreciáveis pela Justiça Trabalhista, tal como FGTS e verbas rescisórias.

Nesse sentido, confira-se o julgado abaixo:

EMENTA Agravo regimental na reclamação. Administrativo e Processual Civil. Dissídio entre servidor e o poder público. ADI nº 3.395/DF-MC. Cabimento da reclamação. Incompetência da Justiça do Trabalho. (...) 2. Compete à Justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público

<sup>10</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 16400 AgR, Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6638860>>. Acesso em: 14 abr. 2016.



fundadas em vínculo jurídico-administrativo.(...) 3. Não descaracteriza a competência da Justiça comum, em tais dissídios, o fato de se requererem verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza símile, dada a prevalência da questão de fundo, que diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, ainda que desvirtuada ou submetida a vícios de origem. 4. Agravo regimental não provido.<sup>11</sup>

Ressalta-se que, apesar de se tratar de tema reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, são recorrentes a decisões advindas da Justiça Trabalhista em que se rechaçam as alegações de incompetência. Isso se extrai da grande quantidade de reclamações que chegam ao STF por conta de decisões contrárias ao decidido na ADIN 3395 (v. nota 9).

Dessa forma, além da insegurança jurídica gerada com esse cenário, a Administração Pública é submetida à condição de grande desvantagem. Isso porque o tratamento protetivo despendido ao trabalhador na justiça laboral acarreta invariavelmente dano ao erário, tendo em vista a aplicação indevida de princípios trabalhistas a relações tipicamente administrativas, sem se falar na extrema prejudicialidade na violação de regras de competência previstas na CRFB/88.

### **3. DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AOS EMPREGADOS EM COMISSÃO**

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a existência de questões atinentes a verbas rescisórias ou FGTS, por exemplo, não representam óbice capaz de afastar a competência da Justiça Comum quando se tratar de relação havida entre cargos em comissão e entidades públicas, incluídas aí as empresas estatais. Apesar disso, resta indagar se os comissionados inseridos nestas últimas deveriam se submeter à CLT, a despeito de se reconhecer o caráter jurídico-administrativo dessa relação.

A doutrina, como já salientado, não aborda essa questão, conquanto seja possível afirmar que paira uma presunção de que o titular do cargo comissionado deve submeter-se aos mesmos ditames a que se vinculam os empregados públicos. A essa figura é comum encontrar-se a

---

<sup>11</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7857 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3447691>>. Acesso em: 14 abr. 2016.



denominação de emprego em comissão, tal como leciona José dos Santos Carvalho Filho<sup>12</sup>:

“Embora a Constituição não tenha feito expressa alusão, é lícito afirmar, com suporte em interpretação sistemática, que a inexigibilidade de concurso abrange também os empregos em comissão (ou de confiança) das pessoas administrativas de direito privado – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado.”

No entanto, reconhecida a constitucionalidade da existência do emprego em comissão, advinda da interpretação sistemática da Constituição Federal, que atrai a consequente aplicação da CLT, surge um problema para o aplicador do direito: como compatibilizar um norma de direito privado a uma relação reconhecidamente de natureza-jurídico administrativa, tal como se concluiu no capítulo anterior?

Veja-se que o cargo comissionado é, em geral, previsto e regulamentado expressamente no estatutos de servidores públicos, a exemplo da Lei Federal 8.112/90 e do Decreto-Lei 220/75 do Estado do Rio de Janeiro. Já no que se refere ao emprego em comissão, por razões óbvias, não sofre qualquer regulamentação na CLT, já que inexistente no setor privado.

Vale mencionar que não se desconsidera aqui o fato de os empregados públicos também se sujeitarem a exceções advindas do direito administrativo, quais sejam, a aprovação em concurso público e a motivação de dispensa sem justa causa. Contudo, tal fato não se apresenta como um obstáculo à aplicação do regime celetista, pelo mesmo motivo que não gera a incompetência da Justiça do Trabalho: as referidas exceções são objetivas e sem maiores repercussões na relação empregatícia.

O mesmo não se pode dizer da ocupação de emprego em comissão, cuja precariedade atinge um dos principais pilares do contrato de trabalho: o princípio da continuidade da relação empregatícia<sup>13</sup>. Obviamente, não se objetiva neste trabalho a análise minuciosa acerca das

<sup>12</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 638.

<sup>13</sup> “A relação de emprego, como regra geral, tende a ser duradoura, em face da própria natureza humana que impulsiona o homem na busca do equilíbrio e da estabilidade de suas relações em sociedade. Imagina-se que o empregado, quando aceita um emprego, pretenda neste permanecer por tempo indefinido. Esta é a noção de engajamento do empregado na empresa. Em virtude disto, a regra geral quanto ao prazo do contrato de emprego é que este é indeterminado e a exceção é o contrato a termo. Por isto, o contrato a termo deve ser expresso (art. 29 da CLT). Não havendo prova do ajuste de vigência do pacto, a presunção é de que o contrato de trabalho é indeterminado.” CASSAR, Voglia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015, p. 233.

disposições da CLT que iriam de encontro à natureza precária garantida pela constituição no art. 37, inciso II.

Contudo é possível de antemão concluir que uma relação estabelecida necessariamente pela confiança não pode estar submetida à obrigatoriedade de aviso-prévio, por exemplo, ou mesmo à indenização de 40% do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS. Esse inclusive é o entendimento do Tribunal de Contas da União<sup>14</sup>:

O ocupante de cargo em comissão, mesmo contratado sob o regime da CLT, não tem direito ao recebimento dos valores relativos à multa de 40% sobre o FGTS e ao aviso-prévio indenizado, porquanto se trata de contratação a título precário, sem nenhuma garantia, sendo o cargo de livre nomeação e exoneração.

Além da necessária compatibilização a ser feita entre as regras celetistas e a precariedade própria do comissionado, que justificam o seu necessário afastamento da Justiça Trabalhista, é possível identificar direitos plenamente reconhecíveis a essa categoria, independente do regime jurídico que se entenda aplicável. O primeiro dele é o direito ao recolhimento previdenciário pelo empregador, amparado pelo art. 195 da CRFB, inciso I, alínea “a”, que assim estabelece:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

Assim, conclui-se que a aposentadoria do empregado em comissão se dará pelo regime geral, tal como o empregado público. Além disso, apesar de já destacado o fato de não se tratar de relação empregatícia comum, tendo mitigado direitos basilares tais como o aviso-prévio e a multa de 40% do FGTS, é certo que o depósito do FGTS é garantido por lei, independente do tipo de relação de trabalho havida, conforme prevê a Lei 8.036/80:

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 000.572/2011-0. Relator Weder de Oliveira. Disponível em <[www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140829/AC\\_4575\\_30\\_14\\_1.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140829/AC_4575_30_14_1.doc)>. Acesso em: 22 out. 2015.



Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

(...)

§ 2º Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio.

Como se vê, é inevitável a mistura de regime jurídicos ao se admitir a figura do emprego em comissão. Uma das grandes consequências dessa mescla é a competência da Justiça Comum para pleitos de verbas próprias da seara trabalhista.

Consequentemente, é esperado que esse caráter híbrido acarrete uma responsabilidade maior ao aplicador do direito, que deverá delimitar as zonas de conteúdo negativo e positivo no que diz respeito aos direitos próprios da relação empregatícia, bem como interpretar caso a caso aquelas em que o regime jurídico administrativo deverá prevalecer. Daí porque ser inevitável o reconhecimento da incompetência da Justiça Trabalhista para a relação aqui tratada.

## CONCLUSÃO

Como constatado, a figura do cargo comissionado dentro de empresas estatais não foi tratada com detalhes pela Constituição Federal, tampouco foi objeto de regulamentação no ordenamento jurídico. Sua previsão em geral fica restrita aos regramentos estatutários, fato que não impediu que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, submetidas ao regime celetista, aplicassem este também aos contratados sem prévia aprovação em concurso público, com vínculo precário, nomeados, por vezes, como empregados em comissão.

Essa condição, no entanto, não encontra amparo na Constituição Federal, haja vista que a figura do cargo comissionado foi prevista de maneira isolada e deve ser interpretada de maneira restrita, por importar em afastamento da regra geral da prévia aprovação em concurso público. Por



tal motivo, não se pode admitir a adaptação desse cargo para as empresas estatais.

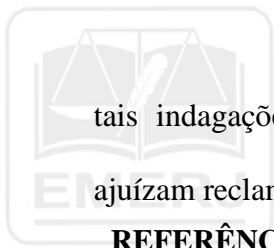
No entanto, entende-se cabível a existência de cargo comissionado em quaisquer das entidades da Administração Pública, inclusive naquelas submetidas às regras de direito privado. Todavia, exatamente por se tratar de figura *sui generis* distinta do emprego público, a sua utilização no âmbito das estatais deve levar em consideração sua natureza jurídico-administrativa, principalmente por conta da inexistência de similar espécie precária de relação empregatícia no âmbito privado.

Esse entendimento leva à conclusão lógica de que, não se tratando de relação empregatícia, mas sim de relação jurídico-administrativa estabelecida entre entidade da Administração Pública Indireta e o comissionado, não cabe à Justiça do Trabalho decidir conflitos eventualmente existentes nesta relação. Assim, tratando-se de modalidade de contratação submetida ao direito administrativo, sem igual tratamento na legislação de direito privado, é forçoso reconhecer a competência da Justiça Comum para apreciação dessas demandas.

A questão que advém dessa conclusão é a problemática quanto aos direitos atribuídos ao comissionado nessas empresas estatais. Pelo que se extrai da jurisprudência, não há impedimento para que a Justiça Comum analise pleitos relativos a verbas rescisórias, no entanto, por inexistir regramento específico, e diante da impossibilidade prática de não se aplicar regime algum, caberá ao magistrado compatibilizar as regras do regime celetista à natureza precária desta relação, que vai de encontro ao princípio da continuidade da relação empregatícia, base de muitas normas da CLT.

O tema, apesar de tratar de figura recorrente na Administração Pública, não é objeto de grandes indagações na doutrina e inclusive na jurisprudência, o que vem permitindo grande liberdade às empresas estatais, culminando na concessão de direitos indevidos, tais como indenizações de FGTS e aviso-prévio. Esse quadro não apenas viola o direito à livre exoneração garantida constitucionalmente, como também gera dano ao erário.

Dessa forma é necessário que se dê maior atenção a esse tema, em especial à questão da competência da Justiça Comum, já que a Justiça do Trabalho, por não ser incumbida da análise de



tais indagações, acaba por aplicar indevidamente direitos trabalhistas aos comissionados que ajuízam reclamações nesta especializada.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.036 de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8036/consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036/consol.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agr na Rcl. 4626. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623616>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7857 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3447691>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 3395 MC. Relator: Min. Cezar Peluso, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4069 MC-AgR. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623768>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 5989 AgR, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623086>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 16400 AgR, Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6638860>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. TC 000.572/2011-0. Relator Weder de Oliveira. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=572&p2=2011&p3=0>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº1405-24.2012.5.15.0094. Relator Fernando Eizo Ono. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR-1405-24.2012.5.15.0094&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAGqsAAO&dataPublicacao=20/03/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CASSAR, Voglia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.

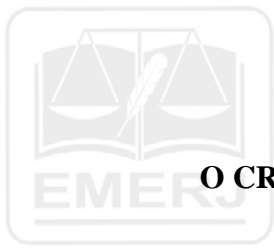
EVANGELISTA, Lucimar de Oliveira Gonçalves. *Emprego em Comissão nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista: Constitucionalidade*, 201. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Processado Trabalho) – Instituto Brasileiro de Direito Público-IDP, 2011.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



Disponível em <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/213/Monografia\\_Lucimar%20de%20Oliveira%20Gon%C3%A7alves%20Evangelista.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/213/Monografia_Lucimar%20de%20Oliveira%20Gon%C3%A7alves%20Evangelista.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009



## O CRITÉRIO RACIAL DAS COTAS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Aline Deodato Camilo

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A convivência harmoniosa no âmbito social e a erradicação das desigualdades são aspirações e metas de todo país que busca assegurar ao seu povo os direitos oriundos da dignidade da pessoa humana, destacando-se a isonomia. Nesse cenário complexo, surgem mecanismos com a pretensão de minimizar as disparidades historicamente existentes, entre eles, as ações afirmativas. Entretanto, nem todos os métodos utilizados são constitucionais e eficazes no combate às desigualdades. A essência desse artigo é demonstrar as incompatibilidades que o sistema racial de cotas possui frente aos princípios estabelecidos pela Constituição Federal, e apontar o critério que melhor se amolda a estes: as cotas sociais.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Princípio da Igualdade. Violação. Cotas Raciais.

**Sumário:** Introdução. 1. Direitos e Garantias Fundamentais. Princípio da Igualdade. 2. Ações afirmativas e aspectos conflitantes. 3. O critério social como substituto do racial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica versa sobre a constitucionalidade e a eficácia das medidas adotadas para proteção das minorias, destacando-se o sistema de cotas raciais, que é empregado com a pretensão de reparar desigualdades historicamente existentes na sociedade. Procura-se demonstrar que o método utilizado promove, na verdade, uma secção social, e que há outras medidas mais eficazes para a promoção da igualdade no País.

Com o fim de alcançar o objetivo proposto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a discutir se o princípio da igualdade abarcaria tratamento privilegiado a determinados grupos ou raças, e se tal proteção é razoável e eficaz diante de uma Lei Maior que repudia o tratamento disforme ao seu povo.



A Constituição Federal estabelece como direito e garantia fundamental o tratamento igualitário, independente de raça, cor, sexo, ou quaisquer outros meios discriminatórios. Embora as ações afirmativas tenham o objetivo nobre de promover a inserção de vítimas de disparidades históricas em posições de destaque na sociedade, surge o questionamento quanto à discriminação provocada e à falta de razoabilidade nos critérios adotados: Qual o limite para que o tratamento desigual seja considerado proporcional e razoável?

O tema merece atenção porque suscita controvérsias no âmbito social e no mundo jurídico, uma vez que a proteção deferida a uma determinada etnia busca promover a inclusão desta por meio da divisão da sociedade em grupos, concedendo determinados privilégios em detrimento dos demais indivíduos que, por mérito, são merecedores de assumir as vagas pelas quais se propuseram concorrer.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “igualdade” ou “isonomia” e compreender como a Constituição prevê sua aplicação, dentro das propostas apresentadas pelas ações afirmativas. Pretende-se, ainda, sugerir a adoção do critério social (ou financeiro) como medida protetiva apta a promover a igualdade, sem provocar desequilíbrio de interesses.

Inicia-se o primeiro capítulo discorrendo sobre os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição, com enfoque no princípio da igualdade e seu conceito.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a sustentabilidade de aplicação das chamadas “ações afirmativas”, em especial, direcionadas às cotas raciais. Destaca-se o conceito *lato sensu* daquelas e seus aspectos conflitantes com a Carta Maior, quando da realização, em caráter compulsório, de atividades empregadas em benefício de uma classe de indivíduos.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de substituir o critério racial pelo “social”, ou seja, privilegiar o hipossuficiente financeiro, independente de raça ou cor.



Procura-se explicitar que é possível harmonizar os interesses da sociedade no combate às desigualdades existentes, apresentando um meio mais igualitário e eficaz de inserção das classes prejudicadas. Para tanto, foi necessário refletir sobre os limites constitucionais impostos ao que se denomina “isonomia”, seja em seu aspecto formal ou material.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa, e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes a legislação, a doutrina, artigos científicos e a jurisprudência.

## **1. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Os Direitos e Garantias Fundamentais são conhecidos e invocados pela população, ainda que de forma genérica e pouco técnica, quando diante de um contexto fático se acham ameaçados ou lesionados determinados direitos assegurados pela Constituição Federal, notadamente os elencados em seu art. 5º.

Conceituar esse universo de garantias não é tarefa fácil, tendo em vista que uma das principais problemáticas é a busca por um fundamento absoluto capaz de respaldá-lo, a fim de garantir seu correto cumprimento em face dos demais indivíduos ou do Estado.

Sob uma perspectiva clássica, os direitos fundamentais consistem em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado.<sup>1</sup> Saliente-se que as intervenções estatais podem ser efetivadas de inúmeras formas, inclusive com as chamadas “ações afirmativas”, das quais as cotas raciais são corolário.

---

<sup>1</sup> PFAFFENSELLER, Michelli. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_85/artigos/MichelliPfaffenseller\\_rev85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/MichelliPfaffenseller_rev85.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.



Partindo dessa premissa, há que se ressaltar que o princípio da igualdade, direito fundamental, surge como instrumento hábil para garantir deferência ao tratamento igualitário a todos, conforme art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)<sup>2</sup>:

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

Por “igualdade”, no sentido puramente léxico, entende-se qualidade ou estado de igual, paridade, uniformidade, identidade, equidade, justiça.<sup>3</sup> Inicialmente, o direito da igualdade surge como antítese dos privilégios, impondo igual dignidade aos seres humanos, o que obrigou o Estado a editar normas impessoais de caráter geral.

Nesse sentido, Bandeira de Mello<sup>4</sup> conceitua o princípio da igualdade como uma maneira digna de viver em sociedade, ressaltando que não pode a lei conceder tratamento específico vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiares de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

Guardadas as devidas considerações, deve-se destacar que para uma correta análise do princípio em comento, é necessário ressaltar que há uma dicotomia no que diz respeito à sua forma de aplicação. Nesse ensejo, surge a isonomia material e a formal, ambas abarcadas na CRFB, em contextos distintos, como o já citado art. 5º e o art. 7º, inciso XXXI<sup>5</sup>.

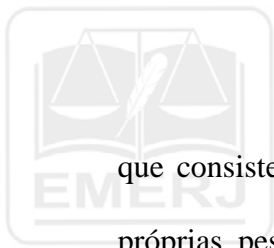
Por “isonomia formal”, entende-se o direito de todo cidadão de não ser desigualado pela lei, em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional. De outro lado, tem-se a “isonomia material” como a igualdade

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 20 out. 2015.

<sup>3</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico*. Pernambuco: Nova Fronteira, 1988, p.349.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 52.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Art. 7º, XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do portador de deficiência.



que consiste em sopesar as desigualdades existentes entre os grupos de pessoas e entre as próprias pessoas entre si, para que as situações dessemelhantes sejam tratadas de forma desigual.<sup>6</sup>

Após discorrer de forma bem sucinta sobre os direitos e garantias fundamentais, e, em especial, sobre a isonomia e suas diferentes formas de aplicação, surgem os seguintes questionamentos: É possível sustentar a constitucionalidade do critério racial frente aos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal? Qual o limite para que o tratamento desigual seja considerado proporcional e razoável?

Em resposta à primeira questão, verifica-se que o critério puramente racial vai de encontro à vontade do legislador constituinte, uma vez que atribui privilégios a um determinado grupo, buscando, ainda que de forma contraditória, promover a igualdade na sociedade, seccionando-a.

Destaca-se que tratamento desigual, por si, não viola o princípio da igualdade, visto que a Carta Maior previu a isonomia material em seu contexto. No entanto, devem essas diferenças serem apreciadas dentro da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse sentido, tem-se como exemplo de aplicabilidade razoável a proteção concedida aos deficientes físicos, visto que a questão trata de pessoas que possuem uma desvantagem evidente no mercado de trabalho, o que torna legítima a ação do Estado com fim de amenizar essas desigualdades.

Desse modo, constata-se que a problemática no que diz respeito às cotas raciais não reside no fato de serem cotas, mas sim no critério adotado para a contemplação das benesses oferecidas.

---

<sup>6</sup> PINTO, Douglas S. da Costa Sarquis. *Ações afirmativas e a inconstitucionalidade das cotas raciais*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=13927](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13927)>. Acesso em: 22 set. 2015.





Embora as ações afirmativas necessitem preencher determinados requisitos para sua implementação, relevância social e provisoriedade, resta cristalina a inadequação do critério racial ante à falta de razoabilidade, principalmente se considerar o fato de que a população brasileira é eminentemente miscigenada.

A proporcionalidade também deve ser observada porque, segundo Gilmar Mendes<sup>7</sup>, sua aplicação se dá quando ocorre restrição a determinado direito fundamental ou conflito concreto entre distintos princípios constitucionais. Estabelece, ainda, que a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são máximas que integram o mencionado princípio.

Assim, quando o direito fundamental da igualdade é restringido, como no caso de se implantar qualquer medida que implique exceção à isonomia, há que se analisar se foram observadas, conjuntamente, a razoabilidade e a proporcionalidade, de modo a coibir o exercício ilegítimo do Estado no sentido de mitigar garantias asseguradas pela CRFB.

## **2. AÇÕES AFIRMATIVAS: CONCEITO E ASPECTOS CONFLITANTES**

As ações afirmativas nasceram da necessidade de se promover a igualdade material em uma sociedade historicamente dividida sob diversos aspectos, principalmente no que toca a questões econômicas. É corriqueira a associação, pelos indivíduos que não possuem conhecimento técnico sobre a matéria, dessas ações com a aplicação, tão somente, do critério de cotas raciais, o que acaba por limitar, equivocadamente, o alcance dessas políticas públicas.

---

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição 2002-2010*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27-28.



Como é cediço, as ações afirmativas possuem um campo de atuação mais abrangente, pois buscam a promoção da igualdade material como um todo, irradiando seus efeitos para além das fronteiras referentes às desigualdades relacionadas à raça.

Nesse ritmo, o conceito que exprime o verdadeiro alcance da matéria é no sentido de defini-la como políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão socioeconômica no passado ou no presente<sup>8</sup>.

Em sede de julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186<sup>9</sup>, o então Ministro Joaquim Barbosa destacou a discriminação como componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos, e segue conceituando as ações afirmativas como políticas públicas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos perversos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.

Dos conceitos destacados, é possível evidenciar que o objetivo de tais políticas públicas é a inserção da parcela discriminada nas posições de elite da sociedade, de modo a promover uma composição mais representativa e igualitária. Nota-se, então, que o cerne da questão está relacionado ao caráter econômico, à distribuição de riquezas e de oportunidades que permitirão aos segregados, de modo geral, alcançarem posições e cargos com melhores remunerações.

Isso posto, em um país com histórico não só de escravidão sofrida por negros, mas também marcado pelo trabalho de imigrantes europeus que se submeteram a condições análogas à escravidão em solo brasileiro, há que se ponderar a eficácia, a proporcionalidade e

---

<sup>8</sup> GRUPO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES DA AÇÃO AFIRMATIVA. *O que são ações afirmativas?* Disponível em: <[http://gema.iesp.uerj.br/index.php?option=com\\_k2&view=item&layout=item&id=1&Itemid=217](http://gema.iesp.uerj.br/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=1&Itemid=217)>. Acesso em: 05 mar. 2016.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF julga constitucional política de cotas na UnB*. Notícias STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>>. Acesso em 17 mar. 2016.



a razoabilidade das cotas raciais direcionadas exclusivamente a negros, sobretudo considerando que a pretensão das ações afirmativas é a promoção da isonomia material.

Dessa feita, o critério de inserção de grupos discriminados baseado tão somente na cútis não é seguro, visto que, historicamente, no Brasil, negros e brancos foram submetidos a condições de extrema pobreza, trabalho forçado, à supressão de direitos e à discriminação. Assim, se o que se persegue é a igualdade de condições, sobretudo fundada na reparação de um histórico arraigado de segregações, nada mais conflitante do que estabelecer um critério baseado em uma única raça.

Fato que reforça a tese é a miscigenação predominante no país. Como já exposto, o Brasil tem suas raízes históricas originadas de diversos fatores, quais sejam, a colonização por europeus, os índios que já habitavam a região quando da chegada da família real, os escravos que abarrotavam as senzalas, e, posteriormente, a vinda dos imigrantes europeus para suprir a necessidade de trabalhadores nas lavouras após a abolição da escravidão.

Não há como negar que, diante desse quadro, muitas famílias nasceram da mistura dessas diferentes raças, o que torna extremamente difícil detectar, com exatidão, a cor de um indivíduo ou sua raça. Ressalte-se que, a essa altura, a cor da pele já não era mais um sinal incontestável de riqueza ou posição social, visto que havia negros, pardos, índios e brancos trabalhando nos mais diversos seguimentos.

A dificuldade de aplicar o critério de cotas raciais é tão assente que, objetivando efetivar a medida, as bancas responsáveis por promover concursos públicos, como por exemplo a Fundação Getúlio Vargas - FGV<sup>10</sup> recorrem, em regra, à autodeclaração, que consiste na manifestação do candidato, por ocasião da inscrição, se autodeclarar negro ou pardo, sob pena de ser excluído do certame, ou, se já nomeado, ter sua admissão anulada em caso de declaração falsa.

---

<sup>10</sup> Secretaria Municipal de Educação. Cuiabá. *Edital nº 01 retificado*. Disponível em: <[http://netstorage.fgv.br/prefeituracuiaba\\_educacao/Edital\\_no\\_01\\_-\\_Ensino\\_Superior\\_retificado\\_2015\\_10\\_02.pdf](http://netstorage.fgv.br/prefeituracuiaba_educacao/Edital_no_01_-_Ensino_Superior_retificado_2015_10_02.pdf)>. Acesso em: 17 mar. 2016.



Destaque-se que a autodeclaração como forma adotada para diferenciar negros e brancos é temerária, visto que a maneira como um indivíduo se enxerga possui alta subjetividade. Assim, que medidas serão adotadas acaso um cidadão moreno claro, de cabelos lisos, se autodeclarar negro? Como aferir tal critério num País marcado pela mistura de raças? Seria razoável puni-lo?

Além de não ser eficaz na promoção da isonomia material, conforme já explicitado, o critério racial de cotas suscita discussões, incita práticas racistas e segrega uma população que, de modo geral, é atingida por fatores comuns como a pobreza, a falta de recursos, a escassez de investimentos relacionados à política pública, entre outros.

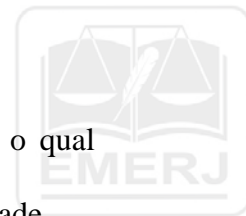
Desse panorama, exsurge-se a necessidade de se aprimorar o método utilizado para inserção das camadas discriminadas. Nesse ponto, o critério econômico se revela um método mais equânime de se promover a tão desejada igualdade estabelecida como princípio pelo legislador constituinte. Ora, se o que aflige a população brasileira é problema que é comum a todas as raças, as cotas para os comprovadamente pobres é a medida que atende com real isonomia, sendo perfeitamente aferível e passível de comprovação.

Dessa forma, tratar os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade, conforme destacou Aristóteles<sup>11</sup>, é garantir à pluralidade de seguimentos sociais o acesso às oportunidades de ascensão profissional, usando como parâmetro o que realmente impede um indivíduo de prosperar: a falta de recursos para investimento em sua formação estrutural e acadêmica.

Assim, a política das ações afirmativas deve se voltar para a propagação de incentivos aptos a beneficiar a todos que, por ocasião de falta de recursos financeiros, não tiveram as mesmas oportunidades que os mais abastados, pouco importando as cores de suas peles. Incentivar um cidadão que demonstra interesse em melhorar sua condição de vida

---

<sup>11</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martim Claret, 2004, p. 12-16.



através do trabalho e da educação é, certamente, medida que se impõe ao Estado, o qual deverá lançar mão de meios eficazes para promover o bem comum no seio da coletividade.

### **3. O CRITÉRIO SOCIAL DE COTAS COMO SUBSTITUTO DO RACIAL**

Após discorrer sobre as premissas que devem ser observadas no que diz respeito ao princípio da igualdade e seus corolários - ocasião em que foram pontuadas as violações que o sistema de cotas raciais ocasiona ao beneficiar uma parcela da sociedade com base em um critério desproporcional e não razoável -, e apresentar considerações sobre os verdadeiros objetivos que se pretendem alcançar com a aplicação das ações afirmativas, passa-se a tratar sobre o critério social (ou econômico) de cotas para a promoção da isonomia material.

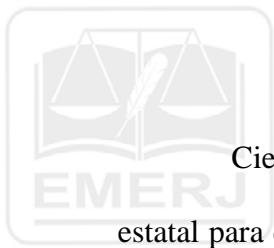
Com a entrada em vigor da Lei 12.711/12<sup>12</sup>, muito se discutiu sobre a eficácia do sistema racial de cotas como instrumento para promoção da igualdade no âmbito social. Da insatisfação dos indivíduos que se viram prejudicados por tal medida, e do repúdio à violação aos direitos e garantias fundamentais, nasceu a opção que mais se amolda às aspirações daqueles que desejam promover a isonomia material: o critério social de cotas.

Definido de um modo bem simplório como critério de aferição objetiva - ao contrário do sistema racial - baseado nas desigualdades sociais econômico-financeiras, o sistema social de cotas fomenta o ingresso de hipossuficientes financeiros que comprovadamente estejam abarcados nessa condição, no ensino e serviço públicos.

Conforme já explicitado, o que se busca reparar é a desigualdade atrelada à falta de oportunidades que atinge tanto a negros quanto a brancos em razão da pobreza, o que revela fator eminentemente econômico como causa das disparidades existentes.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n. 12. 711, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2016.



Ciente dessa realidade, a população brasileira não recebeu pacificamente a imposição estatal para que os negros fossem tratados de forma mais benéfica no ingresso em faculdades públicas e concursos públicos. De acordo com pesquisa citada pelo portal G1 da Rede Globo de Comunicações<sup>13</sup>, as cotas sociais têm maior aceitação, chegando a 48% de adesão dos entrevistados, em um universo de mil pessoas abordadas sobre o tema, maiores de 16 anos.

Outra fonte de pesquisa, dessa vez encomendada pela Gazeta do Povo<sup>14</sup>, aponta que as cotas sociais detêm o percentual de 74% de aprovação dos entrevistados, notadamente ouvidos no âmbito das universidades.

Analisando o contexto histórico acerca da população negra do país, há se considerar que não houve medidas expressas - após a abolição da escravatura - a fim de impedir os negros de alcançarem posições de prestígio na sociedade, como ocorreu nos Estados Unidos da América.<sup>15</sup>

Relata-se que no final da década de 60, motivado pela situação de caos e violência instalados à época, o então presidente dessa nação, Richard Nixon, usou como base para a legislação do país a segregação racial. Assim, os negros, independentemente de serem ricos ou pobres, eram proibidos de assumirem posições de destaque. Nesse cenário nasceu a política de cotas raciais, usadas para estabelecer limites de convivência entre brancos e negros.

Destaca-se que até os dias de hoje, os Estados Unidos carregam as consequências por terem consentido que a nação fosse dividida por raça, estabelecendo limites e tratamento disforme no seio da sociedade. Prova disso são os persistentes conflitos que ocorrem nos

---

<sup>13</sup> PORTAL G1. *Cotas sociais têm aprovação maior do que raciais - aponta pesquisa*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/07/cotas-sociais-tem-aprovacao-maior-do-que-raciais-aponta-pesquisa.html>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

<sup>14</sup> PORTAL GAZETA DO POVO. *Vida e cidadania: cotas sociais têm mais apoio popular do que as raciais*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/cotas-sociais-tem-mais-apoio-popular-do-que-as-raciais-bmouv15e0zyjkuphxdcpg5la>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

<sup>15</sup> SANTOS, Jean. *As cotas sociais*. Disponível em: <<http://jean2santos.jusbrasil.com.br/artigos/114622366/as-cotas-sociais>>. Acesso em 24 mar. 2016.



diversos Estados daquela federação, motivados pelo ressentimento arraigado no que outrora foi estabelecido como legal.

Embora seja costume no Brasil copiar modelos de política pública originados de outros países, fato é que, em solo brasileiro, ser negro não significa uma barreira intransponível no caminho para quem deseja voos maiores, notadamente se considerar que a maioria da população é negra ou mista. O impedimento predominante é a pobreza que atinge indistintamente a maior parcela populacional.

Nesse contexto, as ações afirmativas, que são instrumentos de inserção das camadas menos favorecidas e discriminadas nas posições de prestígio, devem atentar para promoção da justiça social, o bem estar da sociedade como um todo, unindo-a no combate à pobreza e à marginalização, de modo a possibilitar a redução de desigualdades sociais e regionais, conforme determina o art. 3º da CRFB.<sup>16</sup>

Ora, se a redução das desigualdades inegavelmente existentes no Brasil constitui mandamento constitucional, forçoso concluir que o sistema racial de cotas vai na contramão do que se entende por justiça e isonomia material, em se tratando de uma nação com histórico de humilhações, trabalho forçado e condições desumanas que atingiu tanto negros quanto brancos, em situações distintas, é bem verdade, porém ligadas ao mesmo fato, que era e continua sendo a falta de recursos financeiros.

Diante do exposto, é necessária a substituição do critério racial de cotas pelo social ou econômico, visto que, conforme efetivamente demonstrado sob diferentes aspectos atuais e históricos, o sistema que considera a situação econômica do indivíduo como fator determinante para implementação de fomentos estatais é o mais recomendado, seja pela maior aceitação da sociedade - o que diminui a ocorrência de intolerância -, seja por respeitar os direitos e garantias fundamentais outorgados a todos.

---

<sup>16</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Art. 3º, III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.



Ressalte-se que um critério estabelecido objetivamente, com base em dados ou informações que poderão ser acessados pela entidade pública quando da verificação dos requisitos para a concessão do benefício das cotas, revela-se mais seguro no ato de provimento dos cargos públicos e de vagas em universidades públicas.

Com efeito, a segurança que esse critério proporciona se mostra eficaz, visto que, como forma de comprovar as afirmações do candidato, a declaração de bens e de rendas - a título de exemplo - se mostra instrumento fidedigno, pois incorre em crime contra a ordem tributária aquele que fizer declaração falsa ou omitir declaração sobre renda, bens ou fatos, conforme art. 2º da Lei 8137/90.<sup>17</sup>

Ainda que nem mesmo a tipificação da conduta como crime seja capaz de elidir eventuais declarações falsas a respeito da real situação econômica do candidato, outros meios de verificação se mostram eficazes, como o depoimento de testemunhas, ou até mesmo cruzamento de informações declaradas com perfis em redes sociais, método atualmente utilizado pela Receita Federal do Brasil.

Nesse ritmo, respeitadas as restrições quanto ao acesso de dados acobertados pelo direito à intimidade, o critério social de cotas tem sua aplicabilidade assegurada sob as mais diferentes formas de se comprovar uma declaração, motivo que aumenta a credibilidade e aceitação das ações afirmativas.

Por fim, aduz-se que o sistema de cotas sociais e as demais formas de efetivação das ações afirmativas não estão isentos de falhas. Na busca pela promoção da igualdade, o que se pretende alcançar é um método que melhor atenda aos anseios de uma sociedade que almeja ver consolidados os ideais traçados na Constituição Federal, não bastando somente suas previsões expressas sem efetividade.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Lei n. 8137, de 27 de dezembro de 1990. 21. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016.





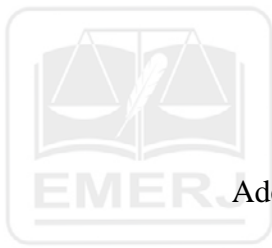
Zelar pela correta aplicabilidade das normas constitucionais é dever de todo indivíduo que se considera sujeito dotado de direitos. Certo é que esses também são sujeitos passíveis de obrigações, o que muitas vezes é esquecido ou ignorado quando o que se está em discussão é de seu interesse. Observar mandamentos éticos já previstos há tantos séculos, como o respeito ao próximo e a assistência mútua, já seria um ótimo ponto de partida rumo à tão desejada isonomia material, paridade essa que encontra nas ações afirmativas *lato sensu*, razoavelmente aplicadas, a chance de, um dia, existir de fato e de direito.

## CONCLUSÃO

Assim, após demonstrar que o critério racial de cotas, embora seja encampado pelas ações afirmativas, mostra-se inconstitucional por não assegurar a isonomia - seja ela formal ou material -, dadas as flagrantes violações aos direitos e garantias fundamentais; e ineficaz, pois o que realmente promove é a diferenciação de grupos na sociedade; chegou-se à conclusão de que tal medida de inserção deve ser adaptada levando-se em consideração o fator determinante responsável pela disparidade no meio social: o critério social ou econômico.

Nesse passo, destaca-se que ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha entendido constitucional a concessão de tais incentivos a um determinado seguimento, ficou comprovado que a população, em sua maioria, não concorda com a medida adotada, gerando embates e sentimento de injustiça oriundos do que justamente se busca afastar, que é a segregação racial.

Portanto, a insistência na ideia de que as cotas raciais proporcionam igualdade já encontra óbice em sua própria nomenclatura, pois o art. 5º da Constituição Federal, em seu *caput*, rechaça toda forma de tratamento baseado em critério racial, entre outros elencados.



Ademais, conforme já explicitado neste artigo, não há como o sistema racial de cotas obter sucesso em um país eminentemente miscigenado. A fragilidade na aferição desse critério inviabiliza a segurança jurídica que se espera de uma medida altamente interventiva nos direitos e garantias dos cidadãos.

Logo, para que haja êxito no combate às desigualdades, é preciso adotar medidas que sejam compatíveis com as diretrizes estabelecidas pela Carta Maior, e que correspondam aos anseios da sociedade.

Nesse ritmo, conclui-se que o sistema de cotas sociais é o que melhor se amolda aos interesses da população brasileira, porque o cerne da disparidade não reside na etnia, mas na desproporcional distribuição de riqueza que afeta diretamente as oportunidades de melhores empregos e posições de destaque.

Desse modo, proporcionar incentivos a uma classe que sofre pela falta de recursos financeiros é efetivar a justiça social, é promover o bem comum na sociedade e garantir a todos, sem discriminação, o acesso à educação e o sucesso na vida profissional.

O tratamento desigual, pautado na razoabilidade e na proporcionalidade, como as cotas sociais é ferramenta hábil, reconhecida e aceita no combate às injustiças predominantes no Brasil, devendo a cada dia ser aprimorada para que atinja a eficácia que se espera, reparando, assim, as injustiças historicamente cometidas em face dos hipossuficientes financeiros, independentemente de raça ou cor.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martim Claret, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12. 711, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8137, de 27 de dezembro de 1990. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *STF julga constitucional política de cotas na UnB*. Notícias STF, 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>>. Acesso em 17 mar. 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição 2002-2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PFAFFENSELLER, Michelli. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_85/artigos/MichelliPfaffenseller\\_rev85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/MichelliPfaffenseller_rev85.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico*. Pernambuco: Nova Fronteira, 1988.

PINTO, Douglas S. da Costa Sarquis. *Ações afirmativas e a inconstitucionalidade das cotas raciais*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=13927](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13927)>. Acesso em: 22 set. 2015.

PORTAL G1. *Cotas sociais têm aprovação maior do que raciais - aponta pesquisa*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/07/cotas-sociais-tem-aprovacao-maior-do-que-raciais-aponta-pesquisa.html>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

PORTAL GAZETA DO POVO. *Vida e cidadania: cotas sociais têm mais apoio popular do que as raciais*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/cotas-sociais-tem-mais-apoio-popular-do-que-as-raciais-bmouv15e0zyjkuphxdcpgf5la>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

SANTOS, Jean. *As cotas sociais*. Disponível em: <<http://jean2santos.jusbrasil.com.br/artigos/114622366/as-cotas-sociais>>. Acesso em 24 mar. 2016.

SECRETARIA Municipal de Educação. Cuiabá. *Edital nº 01 retificado*. Disponível em: <[http://netstorage.fgv.br/prefeituracuiaba\\_educacao/Edital\\_no\\_01\\_-\\_Ensino\\_Superior\\_retificado\\_2015\\_10\\_02.pdf](http://netstorage.fgv.br/prefeituracuiaba_educacao/Edital_no_01_-_Ensino_Superior_retificado_2015_10_02.pdf)>. Acesso em: 17 mar. 2016.



## FEMINICÍDIO NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A IMPORTÂNCIA TRAZIDA PELA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA MATÉRIA

Amanda da Rocha Lima

Graduado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** A introdução da causa de aumento do feminicídio no Código Penal, por meio da Lei nº 13.104/15, veio a concretizar a política de afirmação da mulher na sociedade brasileira. No entanto, muito ainda tem que se discutir sobre a abrangência de sua aplicação, de maneira que os direitos fundamentais sejam sempre protegidos. O presente estudo busca analisar de forma crítica o âmbito repúdio da violência de gênero e as condições de sexo feminino.

**Palavras-chave:** Constitucional. Feminicídio. Código Penal. Abrangência. Implementação Legislativa. Evolução.

**Sumário:** Introdução. 1. Contexto Histórico da Violência de Gênero no Brasil. 2. A inovação trazida pela Lei 13.104/15: a figura do feminicídio. 3. Quem poderá ser protegido pela causa de aumento. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende discutir os impactos trazidos do ponto de vista jurídico com a implementação da qualificadora do feminicídio ao delito de homicídio. Busca-se demonstrar que os benefícios trazidos pela Lei nº 13.104/15, de forma a proteger de maneira mais específica as mulheres da violência pautada no gênero.

Para tanto, serão abordados os aspectos efetivos trazidos pela referida implementação, com especial enfoque na abrangência de sua aplicação.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando o contexto da violência de gênero no Brasil até a promulgação da Lei nº 13.104/15, desde o momento em que não havia qualquer lei específica para incluir a violência contra as mulheres de forma específica, passando pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), chegando aos dias atuais.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o tema merece atenção, com a caracterização da figura do feminicídio, dentro do contexto da violência de gênero, esclarecendo sua necessidade de especificação, principalmente na violência em face da mulher. Além disso, trazer discussões sobre a possibilidade de aplicação da referida qualificadora do delito de homicídio no âmbito da diversidade sexual, tema ainda sem posição firmada de forma pacificada pela jurisprudência.

O terceiro capítulo destina-se a examinar os impactos trazidos pela Lei nº 13.104/15, no âmbito jurídico, com o objetivo de comprovar os ganhos tanto no âmbito penal como em outras áreas do direito, como, principalmente, o alcance maior do princípio da igualdade, em seu sentido material.

O quarto capítulo pesquisa a possibilidade de mais mudanças nesse contexto, de forma a alcançar uma maior efetividade na proteção dos direitos das mulheres.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, exploratória e qualitativa.

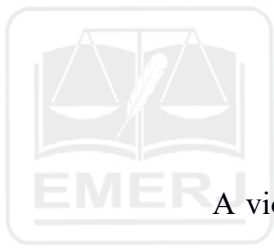
## **1 – O CONTEXTO HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL**

O direito à igualdade está assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil como direito fundamental. O artigo 5º, *caput*, dispõe que:

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:<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014.



A violência de gênero é fruto de um processo histórico, que possui como origem nas categorias de gênero, classe, raça e suas relações com o poder.

O conceito de violência de gênero perpassa por toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou que seja passível de causar morte, dano ou sofrimento. Tal conduta pode ser tanto no âmbito físico, sexual, bem como no psicológico, tanto na esfera pública como na privada.

Os esforços contra essa forma de violência tem por início a Organização das Nações Unidas (ONU), na década de 50, em que houve a criação da Comissão de Status da Mulher, a qual deu origem, entre os anos de 1949 e 1962, a uma série de tratados baseados em provisões da Carta das Nações Unidas – que afirma expressamente os direitos iguais entre homens e mulheres e na Declaração Universal dos Direitos Humanos – que declara que todos os direitos e liberdades humanos devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza<sup>2</sup>.

No caso brasileiro, é nos anos 70 que começam a surgir os primeiros movimentos em prol das mulheres organizados e politicamente vinculados com o fim de defender os direitos da mulher em face do sistema social opressor – já conhecido como machismo.

No entanto, a política existente até então deixava impunes muitos crimes relacionados à violência de gênero, muitas vezes sob o fundamento da legítima defesa da honra.

O movimento feminista abordado ganhou a seguinte definição:

A expressão refere-se a situações tão diversas como a violência física, sexual e psicológica cometida por parceiros íntimos, o estupro, o abuso sexual de meninas, o assédio sexual no local de trabalho, a violência contra a homossexualidade, o tráfico de mulheres, o turismo sexual, a violência étnica e racial, a violência cometida pelo Estado, por ação ou omissão, a mutilação genital feminina, a violência e os assassinatos ligados ao dote, o estupro em massa nas guerras e conflitos armados.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> PINAFI, Tânia. *Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade*. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/ anteriores/ edicao21/materia03/texto03.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>3</sup> GREGORI, M. F., 1993. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS.

Neste sentido, surge, em 1981, no Rio de Janeiro, o SOS Mulher. O objetivo desse movimento era construir um espaço de atendimento às mulheres vítimas de violência, além de ser um espaço de reflexão e mudanças das condições de vida destas mulheres envolvidas em acontecimentos tão impactantes.

Tal movimento acabou por ser implementado em outras capitais, como São Paulo e Porto Alegre.

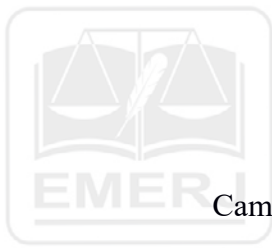
Com a cooperação desses dois movimentos, quais sejam, de mulheres feministas, buscou-se parcerias com o Estado, a fim de serem implementadas políticas públicas efetivas. Assim, houve a criação do Conselho Estadual da Condição Feminina.

Depois, em 1985, houve a implementação do Conselho Nacional de Direitos da Mulher. E, na mesma data, fora criada a primeira Delegacia de Proteção à mulher, iniciativa pioneira, que culminou na cópia por outros países da América Latina.

Com a promulgação da CRFB, em 1988, incorporam-se os direitos e garantias individuais expressamente em seu contexto original.

Em 1993, houve a Declaração de Viena, em que foram discutidos os vários graus de manifestação de violência, estando incluídas as resultantes do preconceito cultural, bem como o tráfico de pessoas. Além disso, houve o marco ao se considerar a violência contra a mulher violação aos Direitos Humanos, ocorrendo geralmente no âmbito privado.

O Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará. Tal Convenção representa um marco para conceituação da violência de gênero, pois definiu em seu artigo 1º o que compreenderia a violência contra a mulher.



Caminhando para o desenvolvimento de políticas de proteção, o Brasil acabou por conquistar uma série de parcerias ao longo dos anos. Nesse contexto, houve a promulgação da Lei nº 11.340/06<sup>4</sup>, a qual entrou em vigência no dia 22 de setembro de 2006.

A apreciação da lei, mais conhecida como Lei Maria da Penha, envolveu o compromisso de ONGs que já trabalhavam na defesa das mulheres, por meio de audiências públicas, em assembleias legislativas, que ocorreram em vários estados brasileiros.

Além disso, a implementação da Lei nº 11.340/06 veio para dar efetividade aos Tratados e Convenções já ratificados pelo país, além de regulamentar a Constituição Federal.

A lei é composta por medidas protetivas à mulher vítima de violência doméstica e familiar, e, no que se refere à esfera punitiva, proíbe a aplicação das chamadas penas alternativas, especificamente a impossibilidade de se ter benefícios da Lei nº 9.099/95, como a transação penal, as multas que eram convertidas em cestas básicas, e a suspensão condicional do processo.

Outro ponto marcante foi a instituição dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A lei ganhou seu espaço e apresenta-se como um importante instrumento normativo, bem como político e jurídico, com o fim de se construir uma sociedade justa e sem desigualdades vinculadas às questões de gênero.

Por oportuno, resta claro que a problemática da violência de gênero está longe de ser solucionada. No entanto, os modelos que vêm sendo buscados têm trazido avanços efetivos na sua desconstrução.

Cabe lembrar que o combate ao fenômeno da Violência contra Mulher não é função exclusiva do Estado. A sociedade como um todo também precisa se conscientizar sobre sua responsabilidade, com o escopo de repudiar este tipo de violência.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014.





Assim, surge o cenário para criação da Lei nº 13.105/15<sup>5</sup>, trazendo a figura do feminicídio.

## 2 – A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.104/15: A FIGURA DO FEMINICÍDIO

No dia 09 de março de 2015 entrou em vigor a Lei nº 13.104/15, a qual altera o art. 121, do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, bem como o art. 1º da Lei nº 8.072, incluindo tal circunstância no rol dos crimes hediondos.

Assim, o art. 121, do Código Penal, passou a ser redigido:

Art. 121. Matar alguém:

(...)

Homicídio qualificado

(...)

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104/15)

VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104/15)

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142/15)

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104/15)

I – violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104/15)

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104/15)<sup>6</sup>

O parágrafo 2º-A foi adicionado como norma explicativa do termo “razões da condição de sexo feminino”, determinando que ocorrerá em dois casos: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A lei

<sup>5</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014.

<sup>6</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2016.



acrescentou ainda o parágrafo 7º ao art. 121, do Código Penal, estabelecendo causas de aumento de pena para o crime de feminicídio.

A pena será aumentada de 1/3 até a metade, se for praticado: (a) durante a gravidez ou nos 3 meses posteriores ao parto; (b) contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência; (c) na presença de ascendente ou descendente da vítima.

Por fim, a lei alterou o art. 1º, da Lei nº 8.072/90<sup>7</sup>, lei dos crimes hediondos, para incluir a alteração, deixando claro que o feminicídio é nova modalidade de homicídio qualificado, entrando, portanto, no rol dos crimes hediondos.

Tal alteração veio em decorrência de todo o contexto da violência voltada de forma específica contra a mulher, no contexto da violência doméstica.

A partir daí se discute se ocorrerá a diminuição dos registros de violência contra a mulher, já que agora é prevista como delito hediondo.

Será a medida capaz e eficiente para alterar o contexto em que vive a sociedade? Muito recente a implementação da circunstância para concluir de forma incisiva, mas o ponto que se destaca é o avanço tanto da sociedade como dos legisladores acerca do debate sobre a maior proteção à mulher.

A figura do feminicídio nada mais é do que o homicídio de uma mulher pela condição única de ser mulher. São delitos que ocorrem normalmente na intimidade das relações e com frequência são marcados por extrema violência e crueldade.

É visto como a última fase do controle da mulher pelo homem, qual seja, o controle da vida e da morte. De fato, tal situação ensejava tratamento diferenciado para a hipótese de homicídio qualificado.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014

Analisa-se que a inclusão de qualificadora ao delito do homicídio por si só não terá impacto suficiente para diminuir os índices de violência sem a implementação de políticas públicas capazes de efetivar a mudança legislativa.

Quanto à alteração, podem ser listadas as finalidades: qualificar a hipótese de homicídio qualificado; eliminar o termo “crime passionai”, o qual transparece a ideia da dominação patriarcal; modificar a mentalidade patriarcal dos julgadores, uma vez que estes têm o dever de fundamentar suas decisões de acordo com que está descrito no delito; permitirá reconhecer a real magnitude dessa conduta criminosa.

Insta destacar que não é possível cumular a qualificadora do feminicídio com o privilégio do delito de homicídio.

Há que se discutir o conceito jurídico de mulher para caracterizar a figura do feminicídio. Há três posições que a doutrina aplica para caracterizar a figura da mulher.

A primeira posição defende o critério cromossomial para identificar como mulher, toda aquela em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino.

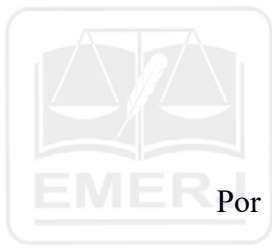
Por esse viés, cometer homicídio em face de alguém que fez o procedimento neocolpovulvoplastia ou que, psicologicamente, acredita ser uma mulher, será aplicada a qualificadora do feminicídio<sup>8</sup>.

A segunda posição utiliza o critério cível. Nesse sentido, será considerado o que está previsto no registro civil da pessoa.

No entanto, se houver modificação tão somente do documento de identidade, com a simples alteração do nome, aquela pessoa que tenha realizado procedimento de mudança de sexo deverá se considerada pertencente ao gênero masculino. Agora, se tiver sido determinada a modificação do registro de nascimento, alterando-se o sexo do pleiteante, recairá em um novo conceito de mulher, o qual terá natureza jurídica, determinado pelos julgadores.

---

<sup>8</sup> BARROS, Franciso Dirceu. *Estudo Completo do Feminicídio*. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-feminicidio>>. Acesso em: 02 mar. 2016.



Por fim, a terceira posição utiliza o critério biológico. Nessa orientação, a identificação entre homem e mulher pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino.

Critério sexomorfológico ou somático é resultado da soma das características genitais, dentre órgãos genitais externos e internos, e extragenitais somáticas, caracteres secundários.

Sexo genético ou cromossômico é responsável pela determinação do sexo do indivíduo através dos genes ou pares de cromossomos sexuais.

Por fim, o sexo endócrino é identificado nas glândulas sexuais, testículos e ovários, que produzem hormônios sexuais (testosterona e progesterona) responsáveis em conceder à pessoa atributos masculino ou feminino<sup>9</sup>.

Ressalte-se que o critério psicológico não é o mais recomendável para conceituar a figura da mulher, pois recai a uma subjetividade que não é compatível com o direito penal atual.

Alheio à realidade social, o legislador, mesmo sabendo que existem outros gêneros sexuais, não incluiu os transexuais, homossexuais, gays ou travestis, sendo ainda uma linha controvertida de entendimento da doutrina e jurisprudência.

Cabe frisar, por oportuno, que o feminicídio, em sendo uma das modalidades de homicídio qualificado, pode ser praticado por qualquer pessoa, seja ela do sexo masculino, ou mesmo do sexo feminino.

Dessa forma, não existe impedimento à aplicação da qualificadora se, numa relação homoafetiva feminina, uma das parceiras, vivendo em um contexto de unidade doméstica, vier a causar a morte de sua companheira.

### **3 – QUEM PODERÁ SER PROTEGIDO PELA CAUSA DE AUMENTO**

---

<sup>9</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 4. ed. rev. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 231-257.

A questão que se discute com a implementação da Lei nº 13.104/15 engloba a limitação da qualificadora no caso concreto. Há que se ter cuidado a não generalizar situações que possuem um limiar de distinção muito sensível.

Isto porque o legislador, ao tratar do feminicídio, não abordou como mera hipótese de homicídio de mulheres, mas sim quando esta conduta é realizada por razões da condição de sexo feminino.

Assim, resta claro que o dispositivo não trata de questão apenas relacionada ao sexo, categoria pertencente à biologia, mas sim relacionada ao gênero (envolvendo a sociologia e os padrões sociais observados na sociedade). A questão que se quer discutir possui um viés mais social, com o objetivo de abarcar a proteção jurídica aos casos em que a sociedade ainda não conseguiu conter.

O estudo sobre a violência de gênero envolve a determinação social dos papéis desempenhados por homens e mulheres na sociedade, bem como ampliar a situação fática para realidade da diversidade sexual.

Inegavelmente, na sociedade atual, os papéis de homens e mulheres possuem pesos com importâncias diferenciadas. No caso específico da sociedade brasileira, os papéis masculinos ainda são considerados supervalorizados em detrimento dos femininos.

Neste sentido, caracteriza-se desproporcional o equilíbrio de poder entre os sexos, prevalecendo a aparência de hierarquia autoritária, e não uma interdependência entre homens e mulheres. Tal cenário permite que o homem sinta-se (e reste) legitimado a fazer uso da violência, e permite compreender o que leva a mulher vítima da agressão a ficar muitas vezes inerte, e, mesmo quando toma algum tipo de atitude, acabe por se reconciliar com o companheiro agressor, após reiterados episódios de violência.



Para configurar o feminicídio, não basta que a vítima seja mulher. A morte tem que ocorrer por “razões da condição de sexo feminino”. Elas foram elencadas no § 2º-A, do art. 121 do Código Penal<sup>10</sup>.

A primeira condição elencada no dispositivo penal trata do homicídio na perspectiva da violência doméstica e familiar. A partir de uma interpretação sistemática, isto é, considerando ordenamento jurídico como um conjunto global, chegamos à Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/06, e percebe-se que lá a expressão “violência doméstica e familiar” é fartamente utilizada. Em seu art. 5º ela é conceituada como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”<sup>11</sup>.

Diante do que se infere no dispositivo, para que se configure a violência doméstica e familiar justificadora da qualificadora, faz-se imprescindível verificar a motivação que levou à agressão, isto é, se baseada ou não no gênero.

A violência doméstica e familiar que configura uma das razões da condição de sexo feminino (art. 121, §2º-A, II) e, portanto, feminicídio, não se confunde com a violência ocorrida dentro da unidade doméstica ou no âmbito familiar ou mesmo em uma relação íntima de afeto.

Neste sentido, há casos em que a violência ocorrida no âmbito doméstico envolva, inclusive, uma relação familiar (violência do marido contra a mulher dentro do lar do casal, por exemplo), mas que não configure uma violência doméstica e familiar por razões da condição de sexo feminino. A elementar necessária para que se possa configurar o feminicídio, portanto, é a existência de uma violência baseada no gênero.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2016.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de Agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2016.

Outra razão estabelecida na inovação trazida ao dispositivo vincula-se ao menosprezo à condição de mulher. Nessa condição, pode ser avaliado o menosprezo quando o agente executa a conduta tipificada, nutrindo pouca ou nenhuma estima ou apreço pela vítima. Exemplificam esse desprezo o desdém, o desprezo, a falta de apreciação, isto é, própria desvalorização da mulher.

Por fim, a razão baseada na discriminação da figura feminina. Com base nessa condição, a discriminação pode ser definida como toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo. Tal conduta tem como finalidade ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, a apreciação ou exercício pela mulher dos seus direitos humanos e dos direitos fundamentais, tanto nos campos político, social, cultural, civil e em qualquer outro campo<sup>12</sup>.

Tal comportamento vai ser independente do estado civil da mulher, sempre em perspectiva da igualdade de direitos em relação ao gênero<sup>13</sup>.

## CONCLUSÃO

Assim, à luz de todo o exposto, percebe-se a evolução legal e jurisprudencial acerca do tema, destacando a implementação da causa de aumento do feminicídio como repúdio da sociedade com relação ao homicídio praticado em decorrência de violência de gênero.

O que se pretende com o presente trabalho é tentar demonstrar que a jurisprudência e as leis vêm tentando se amoldar aos anseios sociais dentro de uma razoabilidade jurídica.

---

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 269.

<sup>13</sup> ANDRADE, Léo Rosa. Feminicídio, monogamia, violência contra as mulheres. Disponível em: <<http://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/172692529/feminicidio-monogamia-violencia-contra-mulheres>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

O estudo sobre a violência de gênero envolve a determinação social dos papéis desempenhados por homens e mulheres na sociedade, bem como ampliar a situação fática para realidade da diversidade sexual. A implementação da figura do feminicídio, assim, vem a corroborar a busca do equilíbrio da situação das mulheres na sociedade.

Destaca-se, também, a ampliação promovida pela implementação da qualificadora da figura do homicídio, de forma a abarcar os diversos cenários de violência pautados no descriminação de gênero. Isto significa uma tímida evolução para a diversidade sexual.

Dessa forma, também cabe à sociedade consumidora exercer seu papel e se manter vigilante e atenta a seus direitos, e exigir o cumprimento da norma, quer administrativamente, quer judicialmente, pois só assim será obtido o respeito que se espera nessa modalidade de relação de gênero tão afeita a abusos e desmandos contra as mulheres.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Léo Rosa. Feminicídio, monogamia, violência contra as mulheres. Disponível em: <<http://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/172692529/femicidio-monogamia-violencia-contra-mulheres>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BARROS, Franciso Dirceu. *Estudo Completo do Feminicídio*. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-femicidio>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 20 de out. de 2015.

\_\_\_\_\_. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 de out. 2015.

\_\_\_\_\_. Código Penal de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.





\_\_\_\_\_. Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 07 de Agosto de 2006. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GREGORI, M. F., 1993. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS.

PINAFI, Tânia. *Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade*. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/antecedentes/edicao21/materia03/texto03.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



## UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CORRELAÇÃO ENTRE TRIBUTAÇÃO, MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Ana Carolina Henriques Figueiredo

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** Atualmente, há grande atuação do Poder Judiciário no sentido de garantir direitos sociais previstos na Constituição. No entanto, assunto pouco abordado ou considerado é o custo que tais decisões podem ter nas finanças públicas. Num cenário jurídico no qual o administrador público deve obedecer à Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/00, é necessário que se analise os impactos de tais decisões no orçamento, de modo a viabilizar uma melhor tomada de decisões na hora de garantir os direitos sociais.

**Palavras-chaves:** Direito Financeiro. Direitos Fundamentais. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Teoria das Escolhas Trágicas.

**Sumário:** Introdução. 1. Mínimo existencial. 2. Reserva do possível. 3. *Leading cases*. 4. Legitimidade do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa uma vertente do ativismo judicial muito presente nos dias de hoje. Procura-se examinar em qual contexto o juiz tem agido de modo a garantir o mínimo existencial e o que exatamente seria esse mínimo existencial que se visa a proteger. Além disso, procura-se questionar se o juiz, agente público que não é eleito, teria legitimidade para tomar essas decisões e, antes disso, se teria conhecimentos e informações suficientes.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a indagar se o princípio do mínimo existencial seria apto a embasar decisões que podem causar grandes danos aos cofres públicos, prejudicando o direito ao mínimo existencial de outros cidadãos que não ingressaram em juízo.

A Constituição Federal prevê que todos terão direito, por exemplo, à saúde. No entanto, como será analisado nos capítulos 3 e 4, é muito costumeiro que a jurisprudência

decida no sentido de garantir tratamentos de alto custo de doenças raras que, por serem raras, atingem pouquíssimas pessoas – e, por isso mesmo, não fazem parte da lista do SUS –, em detrimento de pessoas que têm doenças comuns e que sofrem com a falta de infraestrutura da saúde pública. Por óbvio que não se nega que todos têm direito à saúde, mas é importante uma análise criteriosa a partir de uma visão da reserva do possível.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a definição do que vem a ser mínimo existencial.

Segue-se trazendo, no segundo capítulo, a definição do que vem a ser, por outro lado, reserva do possível.

O terceiro capítulo destina-se a examinar um dos *leading cases* que podem ser encontrados na jurisprudência dos Tribunais, em especial a dos Tribunais Superiores. Esse capítulo tem como objetivo trazer dados relevantes para a discussão da questão.

O quarto capítulo analisa a legitimidade do Judiciário para tomar decisões que influenciam na discricionariedade da Administração Pública. Teria o magistrado conhecimento e informações suficientes sobre a arrecadação e alocação dos recursos públicos para poder tomar esse tipo de decisão? Essa pergunta vai além do mero debate sobre de onde advém a legitimidade do Judiciário para resolver os conflitos que lhe são trazidos. Isso porque não mais se discute que essa legitimidade advém da fundamentação das suas decisões.

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

## 1. O MÍNIMO EXISTENCIAL

Um dos princípios basilares da CRFB/88 é a dignidade humana, sendo elencado de pronto no seu art. 1º, III. Mas não há dúvidas de que a sua definição é uma tarefa árdua, quiçá



impossível. Isso porque se trata de um conceito extremamente aberto, passível de modificação com o passar do tempo. Não é que o conceito em si seja modificado conforme as sociedades evoluem. O que ocorre é que a evolução faz com que certos conhecimentos sejam descobertos. Ou seja, o conceito intrínseco de dignidade humana sempre existiu<sup>1</sup> e sempre será o mesmo. O que varia é a noção acerca desse conceito que é descoberta com o passar do tempo. Pode-se ter como exemplo as gerações dos direitos humanos: com a progressão das gerações, novas facetas foram sendo descobertas como partes integrantes da dignidade humana. Conhecer é um procedimento de descobrir.

Nesse sentido, o conceito de dignidade humana evoluiu e varia de acordo com o local e o tempo, podendo essa variação se dar de acordo com os elementos que lhe são agregados: direito à saúde, à educação, moradia, etc. No entanto, sempre é possível averiguar a existência de um núcleo, um mínimo de elementos agregados que compõem essa noção de dignidade humana<sup>2</sup>. Nas palavras da professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ Ana Paula de Barcellos<sup>3</sup>:

A conclusão, portanto, é que há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que a 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 ponderar ou otimizar, ao modos dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Para além desse núcleo, o enunciado 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.

De maneira simplificada, pode-se definir mínimo existencial como sendo os recursos mínimos que uma pessoa necessita para viver uma vida minimamente decente, levando em consideração não apenas o aspecto físico, mas também espiritual e intelectual. Ou seja, são

---

<sup>1</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 219: "Assim como a liberdade religiosa, a dignidade humana pode ser descrita como um desses fenômenos cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado."

<sup>2</sup> É esse núcleo que gera uma interminável controvérsia jusfilosófica, na medida em que, a depender da teoria filosófica e do modelo econômico-teórico adotado, tal núcleo pode sofrer variações.

<sup>3</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 226.



recursos que a pessoa necessita ter ou, ao menos, ter fácil acesso a eles. Tal conceito leva a duas indagações: (i) como especificar esse mínimo na realidade brasileira?; (ii) o que pode ser considerado “fácil acesso”?

Para responder a primeira indagação, pode-se adaptar a pergunta feita pela filósofa americana Martha Nussbaum<sup>4</sup>: “quais atividades caracteristicamente praticadas por seres humanos são tão central que parecem ser constitutivas de uma vida que é verdadeiramente humana?”

Em resposta, pode-se utilizar como fundamento o art. 7º, IV da CRFB/88<sup>5</sup>, que prevê o salário mínimo:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Assim, nos termos da própria CFRB/88, é um direito social dos trabalhadores receber um salário que seja capaz de atender as suas necessidades vitais básicas, sendo que o dispositivo elenca tais necessidades: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Apesar do dispositivo tratar do que o salário deve ser capaz de atender, deve-se entender que essas necessidades elencadas fazem parte do núcleo da dignidade humana, configurando uma série de direitos que devem ser garantidos pelo Estado: direito a educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Como determinado pelo dispositivo, as pessoas necessitam de tais direitos para sobreviver<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> NUSSBAUM apud WHITE, Stuart. *Social Minimum: The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/social-minimum/>>. Acesso em 13 out. 2015.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 14 de março de 2016.

<sup>6</sup> Em seu artigo para The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Stuart White, citando Martha Nussbaum, elenca as seguintes capacidades: “1. the capability for physical survival; 2. the capability for bodily health; 3. the capability for bodily integrity; 4. the capability for exercise of imagination; 5. the capability for emotional response and exploration; 6. the capability for practical reason; 7. the capability for love and friendship; 8. the capability for connection with nature and other species; 9. the capability for play; 10. the capability for the exercise of control over environment, including political control.” (1. a capacidade de sobrevivência física; 2. a capacidade de saúde do corpo; 3. a capacidade de integridade do corpo; 4. a capacidade do exercício da



Mas mesmo com essa delimitação, a questão ainda fica em aberto. O que exatamente configuraria o direito à saúde, por exemplo? Bastaria a construção de hospitais ou também seria necessário o fornecimento de medicamentos previamente listados por um sistema único de saúde? E mesmo havendo essa listagem, todos os remédios deveriam estar presentes ou só alguns? Stuart White<sup>7</sup> vai dizer que esse é o problema de se estipular limites: o problema de se determinar, de modo justo e legítimo, qual o nível de cobertura que é satisfatório, dado ao compromisso de garantir que todos tenham acesso aos recursos necessários para uma vida minimamente decente.

Já para responder a segunda pergunta – “o que pode ser considerado ‘fácil acesso’?” –, deve-se ter em mente que o objetivo da expressão “fácil acesso” é justamente deixar em aberto o seu conceito. O que será considerado “fácil acesso” vai depender das políticas e instrumentos do momento em que é feita a determinação do seu conceito. Um exemplo seria as políticas governamentais do “Bolsa Família” e similares. Nesse caso, o Estado não prestou às famílias de baixa renda nenhum serviço de saúde ou educação, por exemplo. Na própria definição constante da *webpage* do Bolsa Família no *site* da Caixa Econômica Federal<sup>8</sup>, o Bolsa Família “é um programa de transferência direta de renda”, que “busca garantir a essas famílias o direito à alimentação e o acesso à educação e à saúde”.

Há uma crítica social generalizada ao Bolsa Família e similares, no sentido de que para garantir os direitos, o Estado deveria garanti-los diretamente e não por meio da facilidade de acesso. No entanto, como visto anteriormente, no conceito de mínimo existencial, não apenas são previstos os direitos, mas a facilidade de acesso a eles. Isso porque o conjunto de direitos que compõem o mínimo existencial pode mudar; ou o conceito desses direitos pode

---

imaginação; 5. a capacidade de resposta e exploração emocional; 6. a capacidade de prática da razão; 7. a capacidade de amor e amizade; 8. a capacidade de conexão com a natureza e outras espécies; 9. a capacidade de brincar; 10. a capacidade de exercer controle sobre o ambiente, incluindo controle político) (Ibid.)

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> BOLSA Família. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>>. Acesso em 13 out. 2015.



mudar. Um exemplo seria a de um tratamento não ser oferecido pelo SUS em determinado momento. Ora, o Estado, por meio do SUS, está garantindo o direito à saúde, em que pese a discussão sobre o limite dos direitos. No entanto, por meio de programas que visam a garantir o acesso aos direitos, o Estado garante que, mesmo em relação a tratamento não previsto no SUS, a pessoa terá acesso à saúde, mesmo que ela mesma arque por isso.

Por tudo que foi exposto no presente capítulo, pode-se perceber que o preenchimento de um mínimo existencial exige uma série de prestações positivas por parte do Estado. Isso se deve ao fato de que, na maior parte, trata-se de direitos sociais, os quais inegavelmente são direitos que exigem uma atuação positiva por parte do Estado. É nesse momento que cabe a análise dos dispêndios e do impacto econômico-financeiro de tal atuação, com a discussão da Teoria da Reserva do Possível.

## 2. A RESERVA DO POSSÍVEL

Por mais relevantes que sejam os direitos fundamentais previstos na Constituição, ou sociedade utópica na qual nada falta a nenhum dos cidadãos, tudo lhes sendo garantido pelo Estado, não se deve esquecer que os deveres fundamentais prescritos pela Constituição também devem ser interpretados à luz da realidade fática.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, fala em “insinceridade normativa”. Diz o Ministro que<sup>9</sup>:

Ao nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o *dever-ser* tipificado na norma e o *ser* da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre. É precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o Direito deve se limitar a expressar a realidade de fato. Isto seria sua negação. De outra parte, é certo que o Direito se forma com

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 60-61.



elementos colhidos na realidade e seria condenada ao insucesso a legislação que não tivesse ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento socialmente eficaz. (...)

Não é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido.

Ainda sobre tema, o Ministro trata sobre os motivos pelos quais uma norma deixa de ser cumprida. E um dos casos é o tema em estudo no presente capítulo: algumas normas não são aplicadas porque desde o primeiro momento elas são irrealizáveis.

Em relação a esse motivo, Barroso diz que há “manifesta ausência de condições materiais para o seu cumprimento”<sup>10</sup>. Aplicando tal pensamento no presente estudo, tem-se que os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua geração, devem ser interpretados de modo a terem a maior eficácia e efetividade possível. É justamente esse “possível” que traduz a necessidade de uma interpretação desses direitos dentro da realidade fática.

É nesse ponto que se pode aplicar a Teoria da Reserva do Possível, sendo a expressão que procura “identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.”<sup>11</sup>

No entanto, é necessário indagar em que momento deve ser aplicada a Teoria da Reserva do Possível: se no momento da edição das leis, ou se apenas na sua aplicação no caso em concreto.

Segundo o Modelo Teórico da Verificação da Limitação dos Recursos<sup>12</sup> a exigibilidade de prestações positivas encontra limites de cunho econômico e político – escolha das medidas a serem adotadas. Os limites econômicos derivam da “reserva do

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 261.

<sup>12</sup> São cinco modelos sugeridos por Flávio Galdino em sua dissertação de Mestrado na UERJ “Direitos não nascem em árvores”: (i) modelo teórico da indiferença; (ii) modelo teórico do reconhecimento; (iii) modelo teórico da utopia; (iv) modelo teórico da verificação da limitação dos recursos; (v) modelo teórico dos custos dos direitos.



possível”, *Vorbehalt des Möglichen*, ou seja, da disponibilidade do erário. Apesar disso, a ausência da prestação será sempre considerada inconstitucional e sancionável<sup>13</sup>.

Nesse modelo, a reserva do possível assume uma feição meramente limitativa. Ou seja, as condições reais e concretas de efetivação dos direitos não integram o próprio conceito de direito. Trata-se de um conceito externo que só será analisado no caso concreto.

Há, ainda, o Modelo dos Custos dos Direitos, utilizado por Cass Sunstein e Stephen Holmes na sua obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Segundo esse modelo, o elemento “custo” é parte integrante da definição de direitos e, portanto, ele deve ser levado em consideração já no momento de elaboração da norma, de modo a se evitar que as normas sejam natimortas: já nascem sem qualquer possibilidade de concretização.

Ainda sobre a teoria, Ana Paula de Barcellos diz que se trata de gênero que possui duas espécies<sup>14</sup>. A primeira espécie trata da inexistência fática de recursos – reserva do possível fática. A segunda espécie trata da reserva do possível jurídica, ou seja, a falta de previsão orçamentária para determinado gasto.

De qualquer maneira, a Teoria da Reserva do Possível leva à percepção de que, por conta da escassez relativa dos recursos, escolhas trágicas terão que ser feitas. Trata-se de uma questão complexa e de caráter político também. Isso porque alguém terá que fazer essas escolhas e, no atual panorama político-administrativo, cabe ao Executivo, com aprovação do Legislativo, fazer tais escolhas por meio de dotações orçamentárias e distribuição dos recursos arrecadados.

A sua complexidade é decorrente do fato de que, para usar expressão popular, “o cobertor é curto”. Ou seja, cobre-se a cabeça, mas descobre-se os pés. Ana Paula de Barcellos apresenta essa complexidade<sup>15</sup>:

---

<sup>13</sup> BARROSO, op. cit., p. 105.

<sup>14</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 262-263.

<sup>15</sup> Ibid., p. 265.



A questão é extremamente complexa, pois exige o estabelecimento de prioridades e de critérios de escolha caso a caso, que poderão variar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais prementes: por que aplicar os recursos na despoluição da Baía de Guanabara e não na pesquisa científica sobre doenças tropicais, ou na expansão da rede de ensino médio? Além de decidir em que gastar, é preciso também saber o quanto deverá ser investido em cada uma das áreas escolhidas, já que as alternativas envolvem não apenas o binômio investir/não investir, mas também investir menos ou mais, de modo a tornar viável o atendimento de um maior número de necessidades. Por que razão, por exemplo, se deve proteger irrestritamente, em toda sua extensão, o direito de propriedade, e abandonar completamente determinados direitos sociais por falta de recursos?

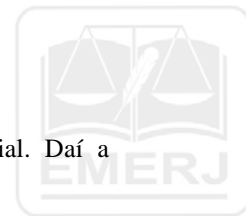
Guido Calabresi e Philip Bobbitt, em seu livro *Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resource*, acreditam que a análise em abstrato não consegue determinar o melhor método de escolha. Para os autores, as escolhas devem variar de acordo com o bem em questão. Assim, a escolha “correta” vai depender de conceitos extraídos da própria sociedade em um determinado local e em um determinado tempo. De qualquer forma, a escolha deve se basear em normas sociais existentes.

Já Ana Paula de Barcellos argumenta que o conteúdo das despesas deve estar vinculado juridicamente às prioridades eleitas pelo constituinte originário<sup>16</sup>. Isso porque a Constituição não submete apenas a arrecadação a seus preceitos – legalidade, anterioridade, etc. –, mas também submete as despesas. Assim, já que os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis devem ser aplicados naquilo que a Constituição considera como essencial, mínimo existencial. Sobrando recursos, eles devem ser distribuídos de acordo com as opções políticas de cada momento histórico.

Dito de outro modo, é correto afirmar que, nos termos constitucionais, garantir condições materiais essenciais à dignidade humana (o mínimo existencial) é a prioridade do Estado brasileiro. Essa prioridade constitucional haverá de refletir na forma como são gastos os recursos públicos, que deverão ser canalizados prioritariamente para a prestação dos serviços e/ou a entrega de bens necessários a produzir, no mundo dos fatos, a assertiva referida: garantir condições materiais essenciais à dignidade humana. E, se é assim, a discussão sobre a reserva do possível não deveria ser sequer substancialmente relevante nesse ambiente, já que se está cuidando da prioridade 1; a não ser, é claro, que sequer haja recursos suficientes

---

<sup>16</sup> Ibid., p. 267-272.



para atender aquilo que se tenha considerado como mínimo existencial. Daí a importância da pergunta: qual o conteúdo, afinal, do mínimo existencial?<sup>17</sup>

Em relação ao conteúdo do mínimo existencial, tal questão já foi abordada no capítulo 1. E, como visto, foi utilizado os parâmetros do salário mínimo para determinar que as necessidades vitais básicas do cidadão compreende moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

No entanto, tal conceito não deixa de ser extremamente amplo. O que se poderia entender por saúde, por exemplo? Seria a prestação de todo e qualquer serviço de saúde, mesmo que o tratamento seja experimental e caro? Essas questões já foram debatidas no capítulo 1. O que se propõe é justamente trazer, nesse momento, uma análise com base na Teoria da Reserva do Possível.

Ou seja, é certo que a Constituição prevê certos direitos que vão compor o mínimo existencial e, portanto, tais direitos são essenciais à uma vida digna. Mas será que é possível, dentro do mínimo existencial, estabelecer-se uma hierarquia entre essencialidades? Explique-se: seria possível dizer que o direito a hospitais decentes e aparelhados para atender a maior parcela da população seria mais essencial do que o direito de um bebê a ter tratamento raro e caro em outro país?

Ou seja, os recursos devem ser destinados às essencialidades, mas essas essencialidades, por si sós, são amplas e, dentro delas mesmas, ainda subsiste a necessidade de se realizar escolhas trágicas. É isso que será analisado no próximo capítulo por meio de um *leading case*.

### **3. LEADING CASE**

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 272.



No dia 02 de julho de 2014<sup>18</sup>, bebê Sofia e sua mãe, Priscila, desembarcaram em Miami para a realização de um transplante multivisceral pago pelo governo brasileiro. Sofia sofria de Síndrome de Berdon, uma doença rara que causa problemas no intestino, na bexiga e no estômago. O tratamento é o transplante de vários órgãos, que, no SUS, ainda é feito de maneira experimental. Por conta disso, a família optou por realizar a operação nos EUA, onde é feita há mais tempo. O procedimento custou R\$ 2,4 milhões e foi custeado pela União, que foi obrigada pela Justiça a pagar o tratamento e outras despesas. Após desembarcar em Miami, Sofia ainda teve que esperar os resultados de exames para, só depois, ingressar na lista de transplantes e esperar um doador.

Após 9 meses de espera<sup>19</sup> e de algumas outras cirurgias, como para tratar do sopro no coração e para desobstrução da uretra, o transplante foi realizado, custando R\$ 3,69 milhões. Sofia ainda ficou no hospital depois de receber alta, por conta de problemas na liberação do dinheiro para pagamento de *home care*, com o governo pagando uma diária de R\$ 6,8 mil<sup>20</sup>, dez vezes mais o que pagaria normalmente.

Infelizmente, no dia 14 de setembro de 2015<sup>21</sup>, Sofia faleceu em decorrência de uma parada cardíaca. O quadro dela tinha se agravado por conta de uma infecção no pulmão pelo vírus citomegalovírus e o bebê não conseguiu mais resistir.

O caso de Sofia ficou famoso depois que a mãe da menina criou uma campanha na *internet*, mobilizando pessoas de todo o país. Por meio de um *website*, a pessoa podia se cadastrar e doar o valor que quisesse. E, em junho de 2014, a Justiça determinou o depósito de R\$ 2,2 milhões para custear o período de tratamento, inclusive pré e pós-operatórios.

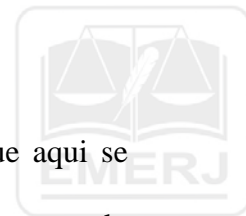
---

<sup>18</sup> Matéria no UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/07/02/bebe-sofia-chega-aos-eua-para-fazer-transplante-pago-pelo-governo.htm#fotoNav=24>>. Acesso em 26 fev. 2016.

<sup>19</sup> Matéria no UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/04/10/bebe-sofia-passa-por-transplante-de-orgaos-nos-eua-apos-9-meses-de-espera.htm?debug=true>>. Acesso em 26 fev. 2016.

<sup>20</sup> Matéria no UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/08/24/governo-gasta-dez-vezes-mais-para-manter-bebe-sofia-no-hospital.htm?debug=true>>. Acesso em 26 fev. 2016.

<sup>21</sup> Matéria no G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2015/09/apos-parada-caraiaca-bebe-sofia-morre-nos-eua.html>>. Acesso em 26 fev. 2016.



A utilização de um caso concreto é de suma importância para a tese que aqui se pretende desenvolver. Isso porque discutir as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível é fácil na teoria. Mas o que importa, de fato, são os casos concretos. São pessoas como a bebê Sofia e os milhares de doentes que dependem do serviço público de saúde que passam por situações de vida ou morte. No próximo capítulo, será analisada as consequências de decisões como a tomada no caso Sofia, em especial no orçamento público.

#### 4. A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

No dia 12 de novembro de 2015, a Carta Capital publicou matéria com a seguinte manchete: “Quando o juiz vira médico - Decisões da Justiça sobre medicamentos, tratamentos e até insumos básicos sangram os cofres federais em 1 bilhão de reais”<sup>22</sup>. A matéria traz os seguintes dados: (i) em 2010 o Ministério da Saúde gastou R\$ 139,6 milhões para atender a decisões da Justiça; (ii) em 2014, o gasto foi de R\$ 838,4 milhões, um aumento de 500% em cinco anos; (iii) 50% dos remédios ou tratamentos liberados pela Justiça com maior impacto no Orçamento não possuem registro na ANVISA.

Segundo a matéria, uma das decisões paradigmas que possibilitaram esse quadro foi a proferida pelo STF em 2010, concedendo medicamento de rara doença neurodegenerativa, que, apesar de ter registro na ANVISA, não estava na lista do SUS. Isso porque, depois dessa decisão, os gastos do Ministério da Saúde com ações na justiça variaram em quase 60%.

A matéria informa, ainda, qual foi o remédio mais custoso aos cofres públicos, sendo o *Soliris*, remédio para combater a hemoglobinúria paroxística noturna (HPN) e que não tem registro na ANVISA e custa US\$ 440 mil ao ano por paciente. Desde 2010, o gasto com esse remédio foi de R\$ 554,5 milhões.

---

<sup>22</sup> Matéria na Carta Capital. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/revista/874/quando-o-juiz-vira-medico-6392.html>>. Acesso em 26 fev. 2016.



Em relação ao *Soliris*, a matéria ainda informa que o SUS oferece o tratamento por meio de transplante de medula. O custo é de R\$ 50 mil e o tratamento cura ao menos metade dos pacientes. O *Soliris* não cura os pacientes, nem elimina o risco de complicações futuras.

A notícia traz outros dados, dos quais se recomenda a leitura, mas, para a proposta desse artigo, os dados apresentados já são suficientes para mensurar o impacto que as decisões judiciais em relação à saúde têm tido no orçamento.

Deve-se, num primeiro momento, deixar claro que não se discute, aqui, o direito à saúde. Esse é um direito fundamental, importantíssimo para a manutenção da sociedade e o respeito ao princípio da dignidade humana, sendo um dever fundamental do Estado a sua prestação. Ou seja, o Estado não tem escolha no que se refere ao serviço público de saúde: ele deve prestá-lo.

O que se discute aqui, no entanto, é justamente a amplitude dessa prestação. É óbvio que o Estado deve ser obrigado a garantir tratamentos contra doenças comuns. Ninguém irá discutir ou colocar à prova a legitimidade de uma decisão que determina que o Estado, por exemplo, preste o serviço de atendimento de emergência em casos acidente, de tratamento a pacientes com câncer, dengue e outras doenças que, de fato, afligem a maior parte da população.

O Sistema Público de Saúde, prescreve o art. 196 da CRFB/88<sup>23</sup>, é direito de todos e dever do Estado, sendo o seu acesso universal. Isso quer dizer que, ao contrário do que acontecia antes do Lei Maior de 1988, não é necessário qualquer contribuição para se ter acesso ao serviço público de saúde, que é financiado por recursos provenientes de tributos não vinculados – em regra, impostos.

Impostos são pagos por todos e, com isso, o sistema pode ser usufruído por todos. Mas o sistema não é calculado para possibilitar tratamentos que têm pouquíssimas chances de

---

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 14 de março de 2016.



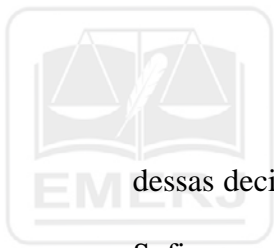
ocorrer, sob pena de onerar excessivamente a coletividade. É financeira e economicamente inviável que a sociedade arque com todos os tratamentos raros e caros. Como foi dito em capítulos anteriores, os recursos são limitados e escolhas difíceis devem ser feitas.

É aqui que entra a indagação sobre a possibilidade de o Judiciário fazer tais escolhas. Não há dúvidas de que o Judiciário é o grande protetor dos direitos, especialmente os fundamentais previstos na Constituição. É notória a ineficiência da máquina administrativa no sentido de garantir tais direitos, inclusive por culpa da corrupção e desvio de recursos públicos. Desse modo, não há qualquer questionamento de que o Judiciário deve intervir e garantir os direitos quando a omissão da Administração Pública causa danos aos cidadãos. A reserva do possível não pode ser alegada quando o desrespeito à vida humana e às normas constitucionais é gritante. As normas constitucionais de direitos fundamentais impõem um dever de prestações positivas ao Estado<sup>24</sup>.

Mas como o Judiciário poderia tomar decisões que garantam o direito de um indivíduo sem, por outro lado, prejudicar a coletividade como um todo? Apesar das decisões de primeira e segunda instância terem efeitos apenas *inter partes*, não é isso que, no final, acontece, sendo que toda a coletividade acaba arcando com os custos dessa decisão. Apesar

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, voto do relator Min. Celso de Mello: "O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (...) não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas ~ impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional." (RE 271286 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, j. 12/9/2000, DJ 24/11/2000). Acesso em 14 de março de 2016.



dessas decisões não serem *erga omnes*, elas afetam de modo excessivo à coletividade. O caso Sofia, por exemplo, foi decidido por Desembargador paulista do TRF da 3ª região, condenando a União a pagar R\$ 2,4 milhões para custear o tratamento. Como poderia esse Desembargador ter meios de aferir os impactos que a sua decisão iria causar no orçamento? E em relação às outras milhares de decisões em sentidos semelhantes?

O CPC/15 previa, no seu art. 333, que foi vetado, o “incidente de coletivização das demandas judiciais”. Determinava o artigo que “atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II da L. 8.078” e cuja ofensa afetasse, ao mesmo tempo, as esferas jurídicas individuais e coletivas.

Em que pese o instituto não ter sido apresentado para a finalidade a qual, aqui, se propõe, ele poderia ser utilizado para resolver o problema em tese. Poder-se-ia ainda prever a intervenção da Administração Pública, a pedido do magistrado, do Ministério Público, Defensoria ou do próprio autor, para que fornecesse informações sobre a possibilidade de cumprimento da decisão judicial e o seu impacto no orçamento. Desse modo, as decisões seriam mais isonômicas – na medida em que todos os casos seriam resolvidos da mesma maneira – e mais justa – na medida em que ter-se-ia noção das possibilidades materiais, econômicas e financeiras do cumprimento daquela decisão. Ou seja, o magistrado, ao tomar a sua decisão, estaria melhor informado sobre todos os fatos.

## CONCLUSÃO





Não se nega, e seria impossível de se negar, que um mínimo existencial deve ser respeitado e garantido pelo Estado. No entanto, esse mínimo não é absoluto. E, com isso, não se quer dizer que ele deve ceder diante de algum outro direito não essencial. Quer-se dizer que, quando confrontado com outro direito essencial, algum tem que ceder. O direito à saúde da bebê Sofia é essencial. O seu direito à vida deve ser garantido ao máximo. Mas esse máximo tem como limite os direitos das outras pessoas à saúde. E decisões de efeitos apenas *inter partes* não têm condições de serem tomadas afetando o país como um todo.

Essa é a problemática atual: como tomar decisões que garantam os direitos de todos indivíduos, e não só daqueles que recorrem ao Judiciário, e sem prejudicar de sobremaneira a coletividade. A solução apresentada no presente trabalho é a adoção de um instrumento semelhante ao incidente de coletivização das demandas judiciais, que, infelizmente, foi vetado. No entanto, isso não impede que um mecanismo semelhante seja previsto por outra lei e que, nesse caso, seja previsto especificamente para resolver a presente problemática.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOLSA FAMÍLIA. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>>. Acesso em 13 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. AgRg no RE 271.286. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 14 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 14 de março de 2016.

CARTA CAPITAL. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/874/quando-o-juiz-vira-medico-6392.html>>. Acesso em 26 fev. 2016.

G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2015/09/apos-parada-caraiaca-bebe-sofia-morre-nos-eua.html>>. Acesso em 26 fev. 2016.



GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NUSSBAUM apud WHITE, Stuart. *Social Minimum: The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/social-minimum/>>. Acesso em 13 out. 2015.

UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/07/02/bebe-sofia-chega-aos-eua-para-fazer-transplante-pago-pelo-governo.htm#fotoNav=24>>. Acesso em 26 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/04/10/bebe-sofia-passa-por-transplante-de-orgaos-nos-eua-apos-9-meses-de-espera.htm?debug=true>>. Acesso em 26 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/08/24/governo-gasta-dez-vezes-mais-para-manter-bebe-sofia-no-hospital.htm?debug=true>>. Acesso em 26 fev. 2016.

## **Expropriação de Bens Imóveis com Exploração de Trabalho Escravo: uma Análise da Emenda Constitucional 81/2014**

Ana Carolina Trindade da Silva

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Emerj.

**Resumo:** Apresenta-se uma breve introdução sobre a mais recente possibilidade de expropriação de imóveis pelo Estado através da constatação da presença de trabalhadores em condições análogas à de escravo. Discute-se o conceito de trabalho escravo a ser utilizado na ação de desapropriação, bem como quais os procedimentos a serem tomados e as consequências desse ato estatal.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo. Expropriação Confiscatória. Trabalho Escravo

**Sumário:** Introdução. 1. O Conceito de Trabalho Escravo Para Fins de Expropriação. 2. Adoção de Procedimento Administrativo ou Judicial Próprio para a Intervenção Estatal 3. Alcance da Expropriação e a Destinação da Propriedade Confiscada. Conclusão. Referências

### **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa científica discute a mais recente possibilidade de intervenção do Estado na propriedade: a expropriação de imóveis nos quais for constatada a presença de trabalho escravo. Tal modalidade de intervenção surgiu com a aprovação da Emenda Constitucional 81/2014, que alterou a redação do art. 243 CRFB/88.

Este estudo visa discutir o advento desta forma de expropriação da propriedade, bem como analisar a eficácia que traz, pois o trabalho escravo no Brasil ainda é recorrente não somente na área rural, mas também na área urbana. Apesar de a aprovação da EC 81 representar um grande avanço legislativo após anos de tramitação, ainda não é possível afirmar que solucionará o problema social que é o trabalho escravo



contemporâneo. A referida norma constitucional ainda carece de regulamentação e o conceito de trabalho escravo encontra problemas para ser definido tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Para tanto serão abordados o Projeto de Lei que visa regulamentar o dispositivo constitucional, bem como as discussões doutrinárias acerca da aprovação desta Emenda e a repercussão jurídica e social que poderá acarretar.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho pela discussão acerca da definição do conceito de trabalho escravo para fins de expropriação, visto que há divergência na seara trabalhista em relação à seara penal. Será discutida a possibilidade de utilização da tipificação penal disposta no art. 149 do Código Penal em detrimento da criação de um novo conceito, que poderá acarretar mais divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Seguindo, no segundo capítulo, uma vez estabelecido o conceito de trabalho escravo para fins de expropriação, será necessário definir o procedimento próprio para a expropriação de imóveis com existência de trabalho escravo em contraposição ao Projeto de Lei do Senado nº 432 de 2013. Tal PL prevê além da ação expropriatória de imóveis rurais e urbanos, a necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória contra o proprietário que explorar diretamente o trabalho escravo, o que representaria mora na efetivação da expropriação confiscatória e possibilidade de fraude.

Por fim, o terceiro capítulo visa explicitar a necessidade da discussão sobre a possibilidade de expropriação do imóvel em sua totalidade ou somente uma porção, bem como sobre a destinação dos imóveis rurais e urbanos que, devido às suas especificidades, não seriam passíveis de destinação à reforma agrária e a programas de habitação popular conforme dispõe o art. 243 CRFB/88.

A pesquisa a ser realizada é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

## **1. O CONCEITO DE TRABALHO ESCRAVO PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO**

A possibilidade de intervenção estatal na propriedade privada pela expropriação de bens imóveis no quais for constatada a presença de trabalho escravo é modalidade de intervenção que surgiu com a aprovação da Emenda Constitucional 81/2014. De acordo com o texto constitucional, a norma ainda carece de regulamentação e o conceito de trabalho escravo encontra problemas para ser definido tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

A nova redação dada ao art. 243 CRFB/88<sup>1</sup>:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

A nova redação do referido artigo, no tocante à expressão “na forma da lei”, traz dúvidas sobre qual seria o conceito de trabalho escravo para fins de expropriação.

Conforme preleciona Gilmar Mendes<sup>2</sup>:

É certo que a legislação que venha a disciplinar essa modalidade deverá conter definições bem claras do conceito de trabalho escravo, bem como assegurar o devido processo legal aos proprietários dos imóveis, evitando, assim, insegurança jurídica.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em 05 out.2015

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva. 2015. p. 355.



É possível perceber que a doutrina já demonstra a necessidade de um conceito bem delineado sobre o conceito a ser utilizado. O art. 149 do Código Penal<sup>3</sup> já tipifica a condição análoga à de escravo, o que poderia ser considerado como conceito para fins deste dispositivo.

A divergência é mais forte na seara trabalhista, pois muito se questiona a utilização da expressão trabalho forçado ou trabalho em condições degradantes. Em alguns casos, na jurisprudência trabalhista, não foi reconhecida a existência da condição análoga à de escravo porque se entendeu que o indivíduo somente passava por situações desconfortáveis que seriam inerentes ao trabalho mais árduo, mas que não seria configurado o trabalho escravo.

Não obstante toda a controvérsia encontrada, em todas as diferentes definições, converge-se em um único ponto: a superexploração do trabalho<sup>4</sup>.

De posse da tipificação presente no art. 149 do Código Penal é possível entender que o trabalho em condição análoga à de escravo possui as seguintes características: trabalho forçado, jornada exaustiva, sujeição às condições degradantes de trabalho, restrição da locomoção do trabalhador em razão de dívida, cerceamento de meios de transporte, vigilância ostensiva e apoderamento de documentos e objetos pessoais.

Ocorre que a expressão “na forma da lei”, presente no art.243 CRFB/88, faz com que essa norma constitucional seja classificada como uma norma de eficácia limitada, ou seja, carece de regulamentação em lei própria. No tocante a este ponto, está em tramitação o Projeto de Lei do Senado nº 432 de 2013<sup>5</sup>, que prevê a conceituação de

---

<sup>3</sup> BRASIL. Decreto Lei 2848/1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm)> acesso em 25/03/2016

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. Trabalho Escravo e Degradante como Forma de Violação aos Direitos Humanos.; Fava, Marcos Neves et al. *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. 2. ed. – São Paulo : LTr, 2011. p. 134 – 146

<sup>5</sup> BRASIL. Projeto de Lei 432/2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=138660&tp=1>. Acesso em 05 set. 2015.

trabalho escravo, bem como a ação expropriatória de imóveis rurais e urbanos e a necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória contra o proprietário que explorar diretamente o trabalho escravo, o que será tratado adiante no presente artigo científico.

Deve ser questionada a necessidade de se aguardar uma legislação complementar que trate de todas essas questões. Diante de toda a controvérsia ainda encontrada na doutrina e jurisprudência e da existência da caracterização da condição análoga à de escravo já delineada no art. 149 CP, a criação de um novo conceito poderia ocasionar ainda mais divergências e acarretaria um atraso desnecessário na tramitação da ação expropriatória ao combater um problema tão grave que assola a realidade contemporânea no Brasil.

Não pode ser ignorado o fato de que a questão principal se traduz no tratamento dispensado às pessoas no local de trabalho. São condições que estão em rota de colisão com o trabalho decente em aquele em que são respeitados os direitos mínimos do trabalhador. Cabe ao Estado a proteção desses direitos, presentes no art. 6º CRFB/88 como direitos sociais.

Ressalte-se que o ente estatal pode intervir na propriedade particular para restringir a utilização do bem em vistas a defender o interesse público. A função social da propriedade é direito fundamental resguardado no art. 5º, XXIII CRFB/88 e de modo a dar efetividade a essa garantia constitucionalmente disposta, não há a necessidade de aguardar legislação complementar ao Código Civil ou ao Texto Constitucional. Trata-se de norma de aplicabilidade imediata, de acordo com a própria letra da lei no §1º do referido art. 5º.

Com esse entendimento, ao ser constatada a presença de trabalhadores em condições análogas à de escravo, na forma do art. 149 CP, em devida fiscalização por



órgãos da Administração Pública, estaria caracterizado o descumprimento à função social da propriedade.

De modo a confirmar o dever imposto ao proprietário de cumprir a função social da propriedade o Código Civil<sup>6</sup> estabelece, em seu artigo 1.228, §1º, que o direito de propriedade deve ser exercido de modo a estar em consonância com as finalidades econômicas e sociais.

É possível concluir que a ordem jurídica brasileira determina a utilização adequada da propriedade, que não está restrita somente aos interesses do proprietário. Uma vez constatado o não atendimento da função social da propriedade, o Estado deverá atuar para que se faça cumprir a determinação constitucional.

O uso da propriedade privada é condicionado ao cumprimento de sua função social, sendo um direito relativo. A intervenção estatal na propriedade privada se justifica, portanto, na premissa de que o Estado deve fazer prevalecer os interesses coletivos sobre os interesses individuais e uma nova conceituação de trabalho escravo exclusivamente para esse fim pode representar um atraso para a tramitação da ação expropriatória, quando já há a tipificação penal com todas as características inerentes a essa situação.

## **2. ADOÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL PRÓPRIO PARA A INTERVENÇÃO ESTATAL**

Uma vez estabelecido o conceito de trabalho escravo para fins de expropriação, será necessário definir o procedimento próprio para a expropriação de imóveis com existência de trabalho escravo em contraposição ao Projeto de Lei do Senado nº 432 de 2013. Tal PL prevê que para ser proposta a ação expropriatória de imóveis rurais e

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 10.406/2002.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>acesso em 25/03/2016





urbanos, há a necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória contra o proprietário que explorar diretamente o trabalho escravo.

A redação anterior à EC 81/2014 previa a expropriação de glebas nas quais fosse encontrado o cultivo de plantas psicotrópicas. O imóvel seria destinado ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentos, além da possibilidade de aplicação de outras sanções legais, conforme Lei 8.257/91<sup>7</sup> e Decreto 577/92<sup>8</sup>. Importante notar que não é mais utilizada a expressão “glebas” na nova redação da norma constitucional, o que estende a expropriação a todos os imóveis, sejam na área rural ou na área urbana.

A competência para ação de desapropriação confiscatória, conforme o art. 4º do Decreto 577/92 é da União Federal, sendo o juiz competente para o da Justiça Federal do foro da localidade do imóvel. No polo ativo, figura a União, representada pela Advocacia Geral da União. O polo passivo da ação será composto pelo proprietário que explorar diretamente o trabalho escravo com sentença penal transitada em julgado, conforme art. 2º do PL 432/2013. O objeto será o imóvel utilizado para a exploração do trabalho escravo.

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>9</sup> o interesse público está adstrito a esta matéria e, portanto, a participação do Ministério Público é obrigatória. Ainda que a lei que regulamenta a matéria seja omissa nesse aspecto, ações de desapropriação estão ínsitas ao interesse público.

Quanto ao procedimento, o PL 432/2013 prevê a aplicação da lei processual civil. Diferente da Lei 8.257/91, que dispõe sobre a expropriação de glebas nas quais for

---

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 8.257/91. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8257.htm) > acesso em 04/01/2016.

<sup>8</sup>BRASIL. Decreto nº 577/92. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0577.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0577.htm)> acesso em 04/01/2016

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 891



constatada cultura ilegal de plantas psicotrópicas, não há o procedimento próprio e célere. Isso leva à conclusão de que deverá ser seguido o rito comum.

O PL 432/2013 ainda exige que o proprietário do imóvel tenha sido condenado pelo crime do art. 149 CP (redução do trabalhador à condição análoga de escravo) com sentença transitada em julgado para que somente assim possa ser proposta a ação expropriatória. Tal exigência será um empecilho para a propositura da ação de expropriação, pois caracterizaria mora na efetivação da expropriação confiscatória e possibilidade de fraude, pois facilmente qualquer preposto do proprietário poderia agir em seu comando ao arregimentar os trabalhadores em condições análogas à de escravo e o proprietário alegaria desconhecimento da conduta ilegal por terceiros.

Em relação a esse ponto, ocorreu a mesma alegação por parte de proprietário de imóvel no processo de desapropriação por cultura de plantas psicotrópicas. O STF reconheceu, em 2011, repercussão geral no Recurso Extraordinário 635.336 RG/PE<sup>10</sup> no que tange ao desconhecimento do proprietário sobre o cultivo de plantas ilegais na propriedade e a discussão sobre se sua responsabilidade seria objetiva ou subjetiva.

À luz da doutrina administrativista, existe o dever de vigilância por parte do proprietário, sendo a sua responsabilidade objetiva. Conforme afirma José dos Santos Carvalho Filho<sup>11</sup>:

Para nós, a hipótese só vai comportar solução diversa no caso de o proprietário comprovar que o cultivo é processado por terceiros a sua revelia, mas aqui o ônus da prova desse fato se inverte e cabe ao proprietário. Neste caso, parece-nos não se consumar os pressupostos que inspirou essa forma de expropriação.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 635.336 Relator Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4029283>>acesso em 25/03/2016

<sup>11</sup> Ibid

Vê-se que caberia a inversão do ônus probatório, de modo que incumbe ao proprietário demonstrar que, por razões fundadas, desconhecia o cultivo ilegal em sua propriedade, tendo este se processado à sua revelia.

Sobre esse tema, a doutrina civil<sup>12</sup> afirma que a vigilância da propriedade consiste em um dos deveres do proprietário com relação à *res*. A vigilância se dá no sentido que o proprietário deve tomar conta, atentar, e zelar pela sua propriedade. Do mesmo modo, justifica-se a imposição da sanção devido ao descumprimento com a função social da propriedade, uma vez que o legislador constituinte considerou mais gravosa a conduta omissiva (ou comissiva) do proprietário que, em se tratando de glebas de terra, permite que no interior do imóvel seja desenvolvida atividade de plantação de culturas de plantas psicotrópicas e, agora, com o advento da EC 81/2014, a presença de trabalho escravo.

Entretanto, ainda permanece em aberto a discussão na jurisprudência sobre a natureza da responsabilidade do proprietário nesses casos: subjetiva ou objetiva, ainda pendente de julgamento no STF.

Além dessa problemática, pela quantidade de recursos que tramitam atualmente nos Tribunais, até que a condenação pelo crime de redução do trabalhador à condição análoga de escravo do proprietário possa transitar em julgado já ocorreria a prescrição do crime e, portanto, o réu, quando finalmente condenado, não estaria mais sujeito à pretensão punitiva estatal.

O PL 432/2013 ainda tramita no Senado e, portanto, ainda está sujeito a modificações. De modo a tornar efetiva a EC 81/2014, carece de alteração o art. 2º do PL 432. Seria necessário, tal qual ocorre na expropriação de imóveis por cultura ilegal de plantas psicotrópicas, um procedimento administrativo prévio para investigar a

---

<sup>12</sup> MELO, Marco Aurelio Bezerra de. *Direito das coisas*. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 150



presença da ilegalidade no imóvel, oportunizando ao proprietário a chance de manifestação, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV CRFB/88), de modo a formalizar as atividades gerais e as de polícia com a finalidade de preparar a ação de desapropriação.

Logo, a ação expropriatória em comento não dependeria da ação penal, bastando para a sua propositura a atuação fiscalizatória da Polícia Federal, Ministério Público e Grupos de Fiscalização Móveis, que tem exercido papel de suma importância no combate ao trabalho escravo.

### **3. ALCANCE DA EXPROPRIAÇÃO E A DESTINAÇÃO DA PROPRIEDADE CONFISCADA**

Ao final do procedimento confiscatório de imóveis com a exploração de trabalho escravo, é necessário explicitar a discussão sobre a possibilidade de expropriação do imóvel em sua totalidade ou somente uma porção, bem como sobre a destinação dos imóveis a ainda sobre os imóveis rurais e urbanos que, devido às suas especificidades, não seriam passíveis de destinação à reforma agrária e a programas de habitação popular conforme dispõe o já mencionado art. 243 CRFB/88.

A expropriação possui basicamente duas finalidades, que podem ser divididas em: imediata e mediata. A finalidade imediata se verifica na destinação das terras à reforma agrária e programas de habitação popular conforme afirma o *caput* do artigo 243, o que vem a concretizar a função social da propriedade. No que tange ao objetivo mediato, consubstancia-se na repressão ao cultivo de plantas ilícitas, no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e a exploração de trabalho escravo.



Nas ações de desapropriação, há duas fases<sup>13</sup>: a fase declaratória, que declara a utilidade pública de um bem para fins de desapropriação pelo Poder Público; e a fase executória, em que o Poder Público adota os atos concretos para consumir a retirada da propriedade do proprietário originário. A declaração inicia todo o processo e em regra quem faz a declaração é o chefe do executivo através do decreto expropriatório.

Na expropriação confiscatória, por não haver ato declaratório, a sua destinação já está prevista no texto da Constituição Federal de 1988, portanto, trata-se de uma destinação vinculada, sem margem de escolha para o administrador público. A destinação será para reforma agrária e programas de habitação popular.

Importante diferenciar, além da finalidade da desapropriação confisco, qual será a porcentagem do terreno a ser atingida. Deve ser questionado se recairá a desapropriação sobre parte do imóvel ou na sua totalidade.

Para a análise desse ponto específico, é necessária a pesquisa de jurisprudência dos Tribunais. De acordo com decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo na vigência da expressão “glebas”, da redação anterior à EC 81/2014, era firmado o entendimento de que a desapropriação confiscatória deveria abranger a integralidade do bem, e não apenas a área utilizada para fins ilícitos. Vale trazer à baila algumas decisões nesse sentido<sup>14</sup>:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EXPROPRIAÇÃO. GLEBAS. CULTURAS ILEGAIS. PLANTAS PSICOTRÓPICAS. ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ARTIGO 5º, LIV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O CHAMADO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. Gleba, no artigo 243 da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo. (...). 5. O entendimento sufragado no acórdão recorrido não pode ser acolhido, conduzindo ao absurdo de expropriar-se 150 m2 de terra rural

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2014, p.557-559

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 543974/MG, Relator: EROS GRAU. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25210465/ac-apelacao-civel-ac-199951055000891-trf2/inteiro-teor-130024174>> acesso em 04 de janeiro 2016

para nesses mesmos 150 m<sup>2</sup> assentar-se colonos, tendo em vista o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. 6. Não violação do preceito veiculado pelo artigo 5º, LIV da Constituição do Brasil e do chamado "princípio" da proporcionalidade. Ausência de "desvio de poder legislativo" Recurso extraordinário a que se dá provimento.

(STF - RE: 543974 MG, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 26/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-08)

A expropriação, portanto, deve englobar toda a propriedade, mesmo que a ilegalidade perpetrada ocorra apenas em parte do imóvel. O proprietário tem o dever de zelar pela sua propriedade<sup>15</sup>, logo, admitir a expropriação parcial seria prestigiar a sua desídia e má-fé.

É possível observar que a jurisprudência dos Tribunais segue o entendimento de que deve ocorrer a desapropriação de todo o imóvel em que for encontrada a cultura de plantas psicotrópicas. Logo, em relação à propriedade com exploração de trabalho escravo, pode ser entendido que também seguirá a mesma linha de explanação, desapropriando o imóvel em sua totalidade.

Desapropriar o imóvel de forma parcial poderia, inclusive, inviabilizar a destinação para fins de reforma agrária e programas de habitação popular. É importante lembrar e frisar que essa espécie de desapropriação é confiscatória, ou seja, é uma sanção ao proprietário que não a utilizou de forma a respeitar os princípios constitucionais da dignidade humana, do trabalhador e da função social da propriedade e, por ser uma sanção, não haveria empecilho para que haja a perda da propriedade em sua totalidade.

## CONCLUSÃO

Diante do surgimento dessa nova modalidade de expropriação confiscatória apresentada, o presente artigo teve como escopo analisar a sua eficácia. Em suma, é

---

<sup>15</sup> OLIVEIRA, op. cit., p.551



possível inferir que apesar de a EC 81/2014 representar um grande avanço ao combate ao trabalho escravo, possivelmente o PL que tramita no Congresso poderá dificultar ainda mais a efetivação dessa sanção. A exigibilidade de que o proprietário já tenha sido condenado penalmente pelo crime de redução da pessoa à condição análoga a escravo implica maior mora na efetivação da expropriação confiscatória, podendo até mesmo tornar-se inócua.

Dessa feita, para que a norma constitucional não seja esvaziada, seria cabível um procedimento administrativo prévio formalizando as atividades gerais e as de polícia de modo a preparar a ação de desapropriação sem depender de anterior ação penal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 05 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 432/2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=138660&tp=1>. Acesso em 05 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei 2848/1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)> acesso em 25/03/2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.257/91. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8257.htm)> acesso em 04/01/2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 577/92. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0577.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0577.htm)> acesso em 04/01/2016

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 635.336 Relator Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4029283>> acesso em 25/03/2016

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE: 543974/MG, Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25210465/ac-apelacao-civel-ac-199951055000891-trf2/inteiro-teor-130024174>> acesso em 04 de janeiro 2016

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2014.

PIOVESAN, Flávia. Trabalho Escravo e Degradante como Forma de Violação aos Direitos Humanos; Fava, Marcos Neves et al. *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. 2. ed. – São Paulo : LTr, 2011. p. 134 – 146



## OS ASPECTOS CONTROVERSOS DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA INDEPENDENTE DA METRAGEM MÍNIMA ESTABELECIDADA PELAS DIRETRIZES MUNICIPAIS.

Ana Claudia Toledo de Carvalho Silva

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo:** O presente artigo científico tem como objetivo tratar a evolução da função social da propriedade no Brasil, levando em consideração que antes possuía um caráter absoluto e hoje foram drasticamente reduzidos. Além disso, abordar sobre a regulamentação do estatuto da cidade e das diretrizes normativas municipais que determinam metragem mínima do módulo proprietário urbano a fim de fiscalizar o ordenamento do solo e assim, discorrer sobre os aspectos controversos da usucapião independente da metragem mínima, destacando as duas posições antagônicas. A essência do trabalho é abordar essas posições, verificar qual a relevância delas e apontar qual a melhor que orienta nossa sociedade atual que ampliou a função social da propriedade.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Propriedade imobiliária urbana. Usucapião Especial Urbana. Aquisição originária de propriedade. Metragem mínima. Estatuto da cidade. Função social da propriedade. Acesso à moradia.

**Sumário:** Introdução. 1. A Interpretação Constitucional do Direito à Moradia. 2. A Regulamentação do Estatuto da Cidade. 3. A Evolução da Função Social da Propriedade no Brasil e os Aspectos Controversos da Usucapião Imobiliária Urbana Independente de Metragem Mínima. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objeto discutir a possibilidade da aquisição da propriedade independente da metragem mínima estabelecido pelo Estatuto da Cidade, ou seja, se posicionar no sentido de que preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que está situado o imóvel, conforme entendimento recente do Supremo Tribunal Federal.



A relevância do tema escolhido é sem dúvida indiscutível na atualidade, uma vez que a função social da propriedade vem sendo objeto de diversos debates na sociedade atual, no mundo acadêmico e em nossos Tribunais em âmbito nacional.

Será abordada no primeiro capítulo a questão da interpretação constitucional do direito à moradia, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, sua previsão no direito brasileiro, bem como sua natureza prestacional.

O segundo capítulo tratará acerca da regulamentação do Estatuto da Cidade e sua limitação da metragem mínima de acordo com o local em que se situa o imóvel.

No terceiro capítulo haverá a dissertação sobre a evolução da função social da propriedade no Brasil e os Aspectos controversos da usucapião especial urbana independente de metragem mínima.

Importante mencionar ainda, que este trabalho trará como questões norteadoras a função social da propriedade e a delimitação da metragem; até que ponto o Estatuto da Cidade, ao delimitar a metragem mínima dos imóveis da cidade, pode ser óbice à procedência do pedido aquisitivo na ação de usucapião especial urbana; a possibilidade de se a aquisição da propriedade independente da metragem mínima; a necessidade de uma interpretação mais favorável para garantir o direito à moradia.

O objetivo específico do presente trabalho será comprovar que uma interpretação constitucional do direito à moradia possibilitará a aquisição da propriedade pela usucapião pro moradia independentemente das metragens estabelecidas pela lei municipal de cada cidade.

Além disso, serão analisadas as posições divergentes da jurisprudência acerca do tema, defendendo a necessidade da interpretação favorável ao usucapiente, de acordo com os princípios constitucionais que norteiam o assunto em prol das normas de postura municipal, que é um dos requisitos da Constituição Federal.



Por derradeiro, a pesquisa utilizará a metodologia tipo bibliográfica, parcialmente explicativa e qualitativa.

## 1. A EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO BRASIL

No passado, a propriedade possuía um caráter absoluto, por meio do qual o proprietário detinha poderes ilimitados perante a sua coisa, não sendo estabelecida qualquer sanção caso não lhe fosse dada qualquer finalidade econômica e social. Assim, o proprietário poderia fazer o que bem entendesse com a sua propriedade, um exemplo disso é que antigamente os prazos para aquisição da propriedade por meio das modalidades de usucapião previam prazos mais longos, o que preservava a propriedade absoluta e dificultava o acesso à moradia, e hoje estes foram drasticamente reduzidos.

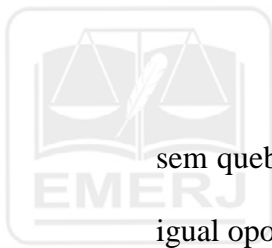
Importante frisar que sob uma visão clássica, a função social detém uma ideia negativista, isso é, gera uma obrigação de não fazer ao proprietário. Atualmente, muito embora ainda verifique a presença de obrigações negativas, cada vez mais é possível enxergar a função social sob um caráter positivo. O professor Gustavo Tepedino<sup>1</sup> aborda o tema e dispõe que a funcionalização da propriedade é introdução de um critério de valoração da própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se à tarefa que dele se espera na sociedade.

Ressalte-se que a Constituição Federal passou por um processo de evolução ao longo do tempo. A Constituição Federal de 1946<sup>2</sup> previu de forma genérica em seu artigo 147, que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social, e que a lei,

---

<sup>1</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *O Papel do Poder Judiciário na Efetivação da Função Social da Propriedade*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca5.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>2</sup>BRASIL. Constituição Federal de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.



sem quebra pelo respeito ao direito do proprietário, promoverá a justa distribuição com igual oportunidade para todos.

A Constituição Federal de 1988<sup>3</sup>, por sua vez, ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais prevê expressamente o direito de propriedade, bem como a necessidade de se atender a função social, conforme consagra o art. 5º, em seus incisos XXII e XXIII. Sendo assim, verifica-se que a Carta Magna elevou o status da função social da propriedade, que além de ser um direito e uma garantia constitucional é qualificada como uma norma de ordem pública.

Seguindo a mesma linha, o Código Civil<sup>4</sup>, no § 1º do artigo 1.228 estabelece que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

É possível verificar que cada vez mais a função social da propriedade se sobrepõe ao direito ilimitado e absoluto do proprietário, acabando com a ideia do passado de que o proprietário poderia fazer o que bem entendesse com o seu imóvel, não necessitando cumprir qualquer imposição.

Em um primeiro momento verifica-se um conflito entre dois direitos. De um lado o direito constitucional do proprietário de exercer os direitos inerentes à sua propriedade e, de outro, uma série de restrições e imposições ao seu direito de propriedade para se atingir a função social.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.



Para o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>5</sup>, a função social da propriedade tornou-se uma exigência da vida em sociedade, pois da mesma forma que é importante a defesa dos direitos individuais dos titulares da propriedade, é fundamental que se exija do proprietário a observância das potencialidades econômicas e sociais dos bens que deverão ser revestidos em benefício da sociedade. Por vezes, é inevitável que um dos direitos se sobreponha ao outro.

Conforme dispõe Arnaldo Rizzardo<sup>6</sup>,

[...] exige-se que, vivendo o homem em sociedade, seus interesses devem conciliar-se com os direitos superiores do Estado, ao qual cumpre a salvaguarda dos interesses gerais. (...); Nesta ótica, evidenciam-se novas concepções no direito de propriedade. Os poderes assegurados ao proprietário cedem ante outros direitos mais preponderantes e vitais, forçosamente reconhecidos em razão do direito natural [...].

No entanto, é necessário que o direito de propriedade seja visto com novos parâmetros e concepções, devendo realmente se sobrepor à propriedade, tendo em vista a necessidade de se afastar o caráter egoístico originário da propriedade, em prol dos interesses coletivos.

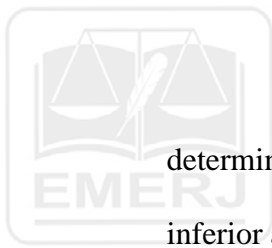
## 2. A REGULAMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADE E DAS DIRETRIZES NORMATIVAS MUNICIPAIS

Primeiramente, importante destacar que o art. 5º da Lei 10.257/01<sup>7</sup> dispõe que a Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação. O § 2º, inciso I do supracitado dispositivo

<sup>5</sup> BEZERRA DE MELO, *Curso de Direito Civil*, Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2015, v. 5. p. 104.

<sup>6</sup> RIZZARDO. Arnaldo. *Direito das Coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 176.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei n. 10.257/01, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 15 marc. 2016.



determina ainda que é considerado subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente.

Cumprе salientar que o plano diretor consiste na peça básica da política de desenvolvimento e expansão urbana, do planejamento e gestão municipal. Além disso, determina como o Estatuto será aplicado em cada município.

O plano diretor organiza o crescimento e o funcionamento da cidade e planeja o seu futuro, determinando qual é o melhor uso da propriedade de acordo com a área em que está, respeitando as especificidades e particularidades de sua população.

Ademais, define se o espaço deverá ser utilizado para moradia ou trabalho; se será reservado para indústrias, universidades, escolas, creches, postos de saúde ou terminais de transportes; se será de preservação da natureza ou da sua história<sup>8</sup>.

Para a sua elaboração é necessária a identificação da realidade do município, seus principais problemas e suas potencialidades. Essa identificação será obtida por meio da soma da leitura comunitária, realizada por profissionais capacitados.

Em seguida, é necessário definir os princípios, temas e objetivos a serem trabalhados e estabelecer ações e metas necessárias para corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos para o meio ambiente e para a qualidade de vida dos moradores.

Cumprе ressaltar que, conforme se extrai do art. 5º da Lei 10.257/01<sup>9</sup> cada legislação municipal é competente para estabelecer a metragem mínima do módulo proprietário urbano.

<sup>8</sup> *PLANO DIRETOR DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO*. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smu/plano-diretor1>>. Acesso em: 15 marc. 2016.

<sup>9</sup>BRASIL. Lei n. 10.257/01, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 15 marc. 2016.

Segundo os ensinamentos de Regis Fernandes de Oliveira<sup>10</sup>, a necessidade do advento do aludido diploma:

[...] decorre das ocupações irregulares nos grandes conglomerados urbanos. A invasão de áreas, a falta de fiscalização, a invasão de mananciais, o medo da perda da posse por famílias de baixa renda, a falta de um 'papal' que lhes dê legitimidade sobre a posse, a venda de 'propriedades', barracos e construções malfeitas, tudo a gerar um conflito social sem precedentes...  
O que mais querem os moradores é a regularização da ocupação. Para tanto, agora, a lei veio a trazer alguns instrumentos de impacto urbano que podem envolver a legitimação da posse, pacificando a sociedade e dando às grandes cidades condições de desenvolvimento saudável. [...]

Conforme o entendimento esposado pelo Desembargador Fábio Dutra ao julgar a Apelação Cível n. 0168541- 91.20000.8.19.0001<sup>11</sup>, um dos deveres do Município inerente a essa competência constitucional seria exatamente a de fiscalizar o ordenamento do solo urbano, o que, caso fosse feito de forma eficaz e permanente, evitaria que fossem implantadas verdadeiras favelas nos grandes centros, não sendo justo deixar o problema sem solução, principalmente quando esse problema é causado pela omissão do poder público municipal que não exerce o papel que é dado pela configuração jurídica pátria.

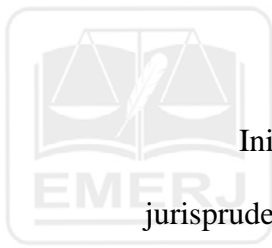
Ressalte-se que a competência municipal se resume a promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, restringindo-se à União e aos Estados a competência para legislar sobre as diretrizes em direito urbanístico, neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal.

No entanto, é preciso analisar se as normas municipais que limitam e regulam o parcelamento do solo urbano são aplicáveis ao instituto da usucapião especial urbana.

---

<sup>10</sup> FERNANDES DE OLIVEIRA. Regis. *Comentários ao Estatuto da cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 51.

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Cível. Apelação n. 0168541-91.20000.8.19.0001. Relator Desembargador Fábio Dutra. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C46BC74FB6D2EE1F2A1DE778A5511CAAC5021E3F3E4E>>. Acesso em: 02 mar. 2016.



Inicialmente, com relação à presente indagação, embora haja grande divergência jurisprudencial acerca do tema, a aplicação da metragem mínima estabelecida pelas normas municipais à usucapião especial urbana é equivocada, com o devido respeito aos adeptos do entendimento contrário.

Isso porque, é possível verificar que há uma flagrante inconstitucionalidade formal, ao se reconhecer competência ao Município para legislar sobre matéria que não lhe compete.

Ademais, a restrição municipal do parcelamento do solo urbano não pode impedir a aquisição de terreno por usucapião, uma vez que a norma invocada não regulamenta a aquisição da propriedade imobiliária<sup>12</sup>.

Por fim, o argumento apontado nas decisões que os acórdãos, sentenças, pareceres e afins que defendem a possibilidade jurídica do pedido de usucapião cujo terreno não atenda as exigências definidas na legislação municipal é o direito social à moradia, consectário do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>.

Sendo assim, entender diversamente acabaria por esvaziar a usucapião especial urbana prevista na Constituição Federal de 1988<sup>14</sup>, em seu artigo 183, visto que, ao limitar o imóvel a ser usucapido à área mínima de duzentos e cinquenta metros quadrados com base em regulamentações municipais, esbarraria no óbice constitucional que restringe a área a ser usucapida até duzentos e cinquenta metros quadrados.

---

<sup>12</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 17ª Câmara Cível. Apelação n. 0136494-64.2000.8.19.0001. Relator Desembargador Elton M. C. Leme. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D69B553B2B241743C28618BB32609282C5023C123D1D&USER=>>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

<sup>13</sup> Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Órgão Especial. Incidente de Uniformização n. 0013149-64.2005.8.19.0202, Relator Desembargador Marcus Quaresma Ferraz. Disponível em: <<http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120476953/incidente-de-uniformizacao-de-jurisprudencia-iuj-131496420058190202-rj-0013149-6420058190202/inteiro-teor-143564182>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

<sup>14</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2016.



Isto é, não faria sentido o comando constitucional ao delimitar o limite da área, uma vez que somente a área de duzentos e cinquenta metros quadrados poderia ser objeto de usucapião na modalidade especial urbana, já que esse é o limite máximo, estabelecido pelo nosso ordenamento constitucional e ao mesmo tempo o limite mínimo, estabelecido pelas diretrizes normativas municipais.

### 3. OS ASPECTOS CONTROVERSOS DA USUCAPIÃO IMOBILIÁRIA URBANA INDEPENDENTE DA METRAGEM MÍNIMA

Conforme já explanado no capítulo anterior, há uma grande divergência jurisprudencial com relação à possibilidade da usucapião especial urbana independente da metragem mínima estabelecida pelo plano diretor municipal.

As decisões do Judiciário demonstram uma divisão de cenário, em oscilações entre duas orientações enfocadas.

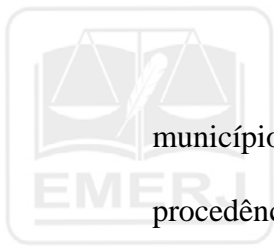
No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, parece prevalecer a necessidade de metragem mínima para aquisição da propriedade imobiliária urbana por meio de usucapião. O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino<sup>15</sup>, ressaltou que o entendimento da Corte é no sentido de que não é possível a usucapião de terreno com dimensões inferiores ao módulo urbano, ou rural.

Ademais, no mesmo sentido, no Recurso Especial nº 402.792/SP<sup>16</sup>, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou contrariamente à usucapião de imóvel de 126 (cento e vinte e seis) metros quadrados, quando o módulo mínimo para parcelamento urbano do

---

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. AgRg nos EDcl no Ag 1407458/RJ. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23293752/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-de-instrumento-agrg-nos-edcl-no-ag-1407458-rj-2011-0051240-8-stj/inteiro-teor-23293753>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp n 402.792/SP. Relator Ministro Jorge Scartezini. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7240432/recurso-especial-resp-402792-sp-2002-0001317-5/inteiro-teor-12999521>>. Acesso em: 02 mar. 2016



município era de 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados, e entendeu que a procedência do pedido implicaria em ofensa à norma municipal relativa ao parcelamento do solo urbano, pela via reflexa da usucapião, legalizando-se o que a lei não permite.

Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald<sup>17</sup>, corroboram com esse posicionamento, e dispõem que:

[...] a inserção da usucapião no Estatuto da Cidade pressupõe que a posse de imóvel urbano para fins de moradia não será conduzida à concretização em propriedade, se aquela posse não se coadunar às exigências do plano diretor sobre o cumprimento da função social da propriedade. Portanto, seria de se indagar: será possível a usucapião urbana de imóveis que satisfaça os requisitos constitucionais exigidos na espécie, mas que tenha dimensão inferior ao módulo urbano permitido na área em que se situa?

A resposta é negativa. Sendo a função social um elemento inserido dentro da própria estrutura do direito subjetivo de propriedade, não haverá qualquer legitimidade e merecimento na concessão de usucapião a um bem que se divorcie da finalidade coletiva que lhe é inerente. Estabelecendo a lei municipal as formas adequadas de função social da cidade, existindo parâmetros mínimos de área ocupada ou de utilização, pensamos não ser possível a usucapião de imóvel de metragem inferior ao consagrado no plano diretor, ou que, apesar de utilizado para moradia, esteja sendo subutilizado. Em verdade, poderá o imóvel usucapido paradoxalmente ser objeto de desapropriação logo adiante, em virtude de uma subutilização, fato que demonstraria a inutilidade da sentença que acolheu a pretensão de usucapião [...]

Entretanto, no Resp. 150.241<sup>18</sup> de São Paulo o Superior Tribunal de Justiça reviu seu posicionamento anterior e houve por bem manter decisão do Tribunal estadual que acolheu a tese da possibilidade da usucapião relativa à área inferior ao estabelecido nas posturas municipais.

Pelo exposto, verifica-se que a primeira corrente entende que a existência de uma metragem mínima para constituir o denominado módulo urbano da propriedade imobiliária, imposta por legislação municipal, deve ser observada. Sendo assim, havendo dimensão mínima estabelecida para a concepção da propriedade imobiliária no

<sup>17</sup> CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 386.

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 150.241/SP, Relator Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8336786/recurso-especial-resp-150241-sp-1997-0070209-0>> Acesso em: 02 mar. 2016.

interior do município, o requerimento de se instituir lote com área inferior ao módulo mínimo deve ser rechaçado em qualquer hipótese.

Importante destacar que o argumento utilizado pelos adeptos dessa corrente, a fim de fundamentar a extinção do feito sem exame do mérito (art. 485, VI do CPC/15<sup>19</sup>) é de que como a Constituição Federal se limitou a estabelecer o limite máximo da metragem da usucapião especial urbana, tendo sido silente com relação a metragem mínima, a lei municipal deve ser aplicada com a finalidade de preencher o vácuo normativo federal.

Por fim, invocam o princípio da função social da cidade, por meio do qual visa a propiciar a qualidade de vida de seus moradores, bem como evitar o risco de favelização estabelecendo assim a área mínima das propriedades.

De outro lado, a segunda corrente seguida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entende que a área inferior a estabelecida pelas diretrizes municipais, não é óbice para a aquisição de propriedade por usucapião.

Isso porque, se a Constituição Federal<sup>20</sup>, o Estatuto da Cidade<sup>21</sup>, e o Código Civil<sup>22</sup> não previram a dimensão mínima da área em que as espécies de usucapião constitucionais deveriam se dar, tendo se limitado a estabelecer a área máxima, não faz sentido permitir que o legislador municipal inclua tal limite em regras de aquisição de propriedade imobiliária.

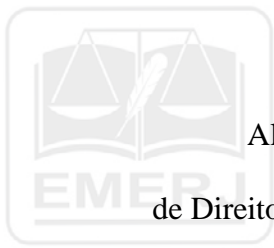
---

<sup>19</sup>BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 marc. 2016.

<sup>20</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 15 marc. 2016.

<sup>21</sup>BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 15 marc. 2016.

<sup>22</sup>BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 marc. 2016.



Além disso, os Municípios não possuem competência para legislar sobre normas de Direito Civil, conforme dispõe o art. 22, inciso I da Constituição Federal<sup>23</sup>.

Nesse sentido, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho<sup>24</sup> nos ensina que:

[...] Se o texto da Constituição da República não especificou a dimensão mínima da área em que as espécies de usucapião constitucionais deveriam se dar, ao contrário, restringiu apenas o limite máximo nessas hipóteses – assim como o Estatuto da Cidade e o Código Civil procederam da mesma forma nos modelos de que cuidam –, certamente não faria sentido que o legislador municipal pudesse incluir tal dimensão em regras normativas de aquisição da propriedade imobiliária. Mesmo porque não têm os Municípios competência para legislar sobre direito civil – parcela que se inclui no rol privativo da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição de 1988. Parodiando antigo brocardo interpretativo, poder-se-ia sustentar que onde o constituinte não distinguiu, não cabe ao legislador municipal fazê-lo.  
[...]

Importante ressaltar que para acabar com a divergência que parecia ser interminável, no âmbito dos Tribunais do Estado do Rio de Janeiro, foi suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência nº 0013149-64.2005.8.19.0202<sup>25</sup>, oportunidade em que os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, conheceram o incidente de uniformização de jurisprudência e acolheram a proposta de uniformização para fixar o entendimento do Tribunal nos termos da Súmula cujo enunciado se segue: “É juridicamente possível o pedido de usucapião de imóvel com área inferior ao módulo mínimo urbano definido pelas posturas municipais.”

<sup>23</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 15 marc.

<sup>24</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social*. 2014. 29 f. Revista Brasileira de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume2/02---rbdcivil-volume-2---usucapiueo-imobiliaria-urbana-independente-de-metragem-muanima.pdf>> Acesso em: 30 marc. 2016.

<sup>25</sup> Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Órgão Especial. Incidente de Uniformização n 0013149-64.2005.8.19.0202, Relator Desembargador Marcus Quaresma Ferraz. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120476953/incidente-de-uniformizacao-de-jurisprudencia-ij-131496420058190202-rj-0013149-6420058190202/inteiro-teor-143564182>>. Acesso em: 02 marc. 2016.



O Desembargador Marcus Quaresma Ferraz<sup>26</sup>, ao relatar o incidente de uniformização da jurisprudência acima referenciado, destacou que a competência do Município encontra limites nas legislações federal e estadual sobre direito urbanístico, cabendo apenas complementá-las e esclarecê-las e não as restringir como ocorreria no caso de se aceitar a constituição de limite espacial como requisito da usucapião.

E seguiu sua fundamentação, ressaltando que ao aplicar as normas municipais que limitam e regulam o parcelamento do solo urbano ao instituto da usucapião seria um equívoco, diante, com a devida vênia dos que entendem ao contrário, da gritante inconstitucionalidade formal que subsistiria ao reconhecer competência ao Município para legislar sobre matéria que lhe não compete.

Atualmente, verifica-se que a decisão proferida pelo Órgão Especial do Egrégio TJRJ foi de suma importância, uma vez que acabou com a divergência jurisprudencial acerca da matéria no âmbito do nosso Estado e entendeu que não há óbice à usucapião de área menor da estabelecida pela legislação municipal.

Assim, conclui-se que após o julgamento acima exarado, a segunda corrente vem prevalecendo. Isto porque, as normas municipais de parcelamento de solo urbano não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, sendo certo que a Lei Municipal não pode criar requisitos não previstos no ordenamento jurídico, além de essa orientação é a que melhor atende aos princípios da função social da propriedade.

O eminente Gustavo Tepedino<sup>27</sup>, nos ensina que:

[...] há novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Órgão Especial. Incidente de Uniformização n 0013149-64.2005.8.19.0202, Relator Desembargador Marcus Quaresma Ferraz. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120476953/incidente-de-uniformizacao-de-jurisprudencia-ij-131496420058190202-rj-0013149-6420058190202/inteiro-teor-143564182>>. Acesso em: 02 marc. 2016.

<sup>27</sup> TEPEDINO. Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 22.



distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais [...]

No mesmo sentido, corrobora o eminente Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>28</sup> e aponta as principais consequências da análise constitucional do princípio da função social:

[...] elevação da dignidade da pessoa humana a um plano concreto como um instrumento efetivo para atender às exigências de moradia, de aproveitamento do solo e os programas de erradicação da pobreza; reforço ao entendimento de que a posse é um direito autônomo e independente da propriedade e, portanto, não pode funcionar apenas como um mecanismo de defesa contra eventuais agressões, mas sim um instrumento positivo de cidadania; desnecessidade de formalismo para a prova da posse, como exigia o revogado artigo 507 do Código Civil; relativização da teoria objetiva de Ihering tendo em vista que pela função social da posse a causa da aquisição já não se revesta da mesma importância de tempos passados. De fato, o que ganha mais relevo é o modo como se utiliza a posse (posse para fins de moradia, posse produtiva) e não a efetiva causa da aquisição do bem, que embasa a concepção da posse como exteriorização da propriedade; possível diminuição das nocivas práticas de arrebatação de terras por meios escusos, inclusive violentos, pois a atividade dos grileiros, segundo a autora, perderia o alcance, pois nada adiantaria a formalização do título se no embate entre a formalidade do título e a funcionalidade do direito este último deveria preponderar; o sepultamento definitivo da *exceptio proprietatis* nas lides possessórias, fato que com o novo Código Civil já se operou a teor do que prescreve o artigo 1.210 [...]

Por derradeiro, verifica-se que a posse é um direito autônomo e independente da propriedade, isso é, um verdadeiro instrumento positivo de cidadania, de modo que a metragem mínima estabelecida pelas diretrizes municipais não pode ser óbice para a usucapião especial urbana, que é um corolário do princípio da função social da sociedade.

## CONCLUSÃO

O presente artigo científico observa que há dois pilares que se confrontam. De um lado as legislações municipais que objetivam o ordenamento do território da cidade; e de outro a possibilidade da usucapião, a fim de que seja garantido o direito à moradia ao possuidor.

---

<sup>28</sup> BEZERRA DE MELO, *Curso de Direito Civil*, Direito das coisas. v. 5. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.



Outro aspecto importante de se ressaltar, é a necessidade de ampliação de direitos a uma nova realidade, onde a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana devem ter uma maior relevância.

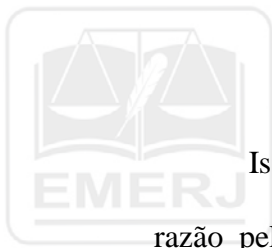
Cumprе salientar que, é de suma importância possibilitar a usucapião especial urbana independente dos limites estabelecidos pelas diretrizes normativas, a fim de que seja garantido o acesso à moradia ao possuidor que cumpre devidamente os requisitos previstos na Constituição Federal.

Por essas razões, atualmente vem sendo permitido pela jurisprudência do Egrégio Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, que seja possibilitado à usucapião especial urbano, independente dos limites fixados pela legislação municipal.

Assim, verifica-se que a decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi de grande relevância. Isso porque, ela pôs fim com a divergência jurisprudencial acerca da matéria do Estado e possibilitou à usucapião de área inferior à estabelecida pela diretriz municipal, o que demonstra que no âmbito estadual a segunda corrente vem prevalecendo.

As normas municipais de parcelamento de solo urbano não foram recepcionadas pela Constituição Federal. Além disso, a Lei Municipal não pode criar requisitos não previstos no ordenamento jurídico, até porque melhor atende aos princípios da função social da propriedade.

Ademais, a elevação da dignidade da pessoa humana deve ser levada em consideração a um plano concreto como um instrumento efetivo para atender às exigências de moradia, de aproveitamento do solo e os programas de erradicação da pobreza.



Isso porque, a posse é um direito autônomo e independente da propriedade, razão pela qual não pode funcionar apenas como um mecanismo de defesa contra eventuais agressões, mas sim um instrumento positivo de cidadania.

Assim sendo, a maneira que a posse é exercida vem ganhando maior relevância, tendo em vista que a posse deixou de ser uma mera causa de aquisição de bem e exteriorização da propriedade e passou a ser utilizada para fins de moradia - posse produtiva.

Por derradeiro, constata-se que, ao fazer uma interpretação literal da norma municipal em detrimento dos requisitos constitucionais da usucapião, não há como chegar em conclusão diversa que não pela possibilidade da usucapião nestes casos.

Assim, o que se espera do Judiciário é cancelar a aquisição por usucapião especial urbana de áreas ainda que inferiores às dimensões do módulo mínimo estabelecido pelo município, em nome da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, bem como da função social da propriedade.

#### **REFERÊNCIAS:**

BEZERRA DE MELO, *Curso de Direito Civil*, Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2015, v. 5.

BRASIL. Constituição Federal de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.257/01, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 15 marc. 2016.



\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 marc. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Cível. Apelação n. 0168541-91.20000.8.19.0001. Relator Desembargador Fábio Dutra. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C46BC74FB6D2EE1F2A1DE778A5511CAAC5021E3F3E4E>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 17ª Câmara Cível. Apelação n. 0136494-64.2000.8.19.0001. Relator Desembargador Elton M. C. Leme. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D69B553B2B241743C28618BB32609282C5023C123D1D&USER>> . Acesso em: 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Órgão Especial. Incidente de Uniformização n. 0013149-64.2005.8.19.0202, Relator Desembargador Marcus Quaresma Ferraz. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120476953/incidente-de-uniformizacao-de-jurisprudencia-iuj-131496420058190202-rj00131496420058190202/Inteiro-teor-143564182>>. Acesso em: 02 marc. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. AgRg nos EDcl no Ag 1407458/RJ. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23293752/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-de-instrumento-agrg-nos-edcl-no-ag-1407458-rj-2011-0051240-8-stj/inteiro-teor-23293753>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp n 402.792/SP. Relator Ministro Jorge Scartezini. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7240432/recurso-especial-resp-402792-sp-2002-0001317-5/inteiro-teor-12999521>>. Acesso em: 02 mar. 2016

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 150.241/SP, Relator Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8336786/recurso-especial-resp-150241-sp-1997-0070209-0>> Acesso em: 02 mar. 2016

CHAVES DE FARIAS. Cristiano; ROSENVALD. Nelson. *Curso de Direito Civil*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014

FERNANDES DE OLIVEIRA. Regis. *Comentários ao Estatuto da cidade*. São Paulo: Imprensa. Revista dos Tribunais, 2005

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social*. 2014. 29 f.



Revista Brasileira de Direito Civil. Disponível em:  
<<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume2/02---rbdcivil-volume-2---usucapiueo-imobiliaria-urbana-independente-de-metragem-muanima.pdf>> Acesso em:  
30 marc. 2016.

*PLANO DIRETOR DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO*. Disponível em:  
<<http://www.rio.rj.gov.br/web/smu/plano-diretor1>>. Acesso em: 15 marc. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *O Papel do Poder Judiciário na Efetivação da Função Social da Propriedade*. Disponível em:  
<<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca5.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

## A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA NOVA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Ana Karla de Jesus Barbosa da Cunha

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** A Lei 12.683/2012 trouxe algumas modificações à lei 9.613/98, ocasionando a alteração em alguns institutos relacionados à investigação criminal da lavagem de capitais. A essência desse trabalho é abordar essas mudanças legislativas, verificar qual é a relevância de cada uma delas bem como a repercussão que elas tiveram no que tange à investigação criminal.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Direito Processual Penal. Lavagem de Dinheiro. Mudanças Legislativas. Investigação Criminal.

**Sumário:** Introdução. 1. Lavagem de dinheiro: conceito e bem jurídico tutelado. 2. A constitucionalidade da requisição de dados cadastrais dos investigados pela Polícia e Pelo Ministério Público. 3. O afastamento automático do servidor público indiciado por lavagem de capitais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O crime de lavagem de capitais é um delito que vem ganhando cada vez mais relevância na sociedade contemporânea, na qual muitos criminosos procuram meios cada vez mais elaborados para travestirem de licitude valores recebidos em decorrência de infrações penais antecedentes.

Por se tratar de um crime de difícil apuração, há no Brasil uma lei específica para ele, qual seja, a Lei 9.613/1998. No entanto, diante da inegável importância da matéria tratada nesse diploma legal, no ano de 2012 foram editadas inovações legislativas no mesmo, com o escopo de trazerem mais eficiência à investigação criminal da lavagem de capitais.



A presente pesquisa científica discute a constitucionalidade de algumas alterações que a Lei 12.683/2012 ocasionou na Lei 9.613/98, com o intuito de fomentar investigações. Para tanto, serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se os princípios constitucionais da intimidade e da presunção de não culpabilidade seriam violados ou não por tais inovações legais.

Para melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo apresenta a evolução histórica do delito de lavagem de dinheiro, demonstrando que ele existe há muito tempo como um fenômeno sociológico, de modo que o ordenamento jurídico não pode ignorar tal prática, já que ela viola importante bem jurídico, qual seja, a ordem econômico-financeira.

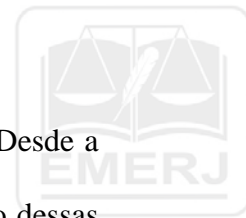
Segue-se, no segundo capítulo, quanto à possibilidade de requisição de dados cadastrais dos investigados pela polícia e pelo Ministério Público, ponderando se tal previsão, que foi um importante instrumento de auxílio na apuração da lavagem de dinheiro, afronta ou não a Constituição Federal.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se o afastamento automático do servidor público indiciado por lavagem de capitais fere o princípio da presunção de inocência e se tal previsão encontra-se em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, procurar-se-á demonstrar se tais inovações podem ser interpretadas à luz da Constituição Federal, de modo a gerar uma persecução penal mais eficiente, sem, contudo, violar direitos fundamentais dos investigados.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina, livros e artigos científicos, bem como a jurisprudência.

## **1 LAVAGEM DE DINHEIRO: CONCEITO E BEM JURÍDICO TUTELADO.**



A lavagem de dinheiro como fenômeno sociológico existe há muito tempo. Desde a antiguidade, em crimes que geravam proveitos econômicos, os criminosos faziam uso dessas riquezas das mais variadas formas possíveis. Com o avanço da sociedade, percebeu-se que essa conduta não poderia ficar impune. A principal finalidade da criminalização da lavagem de dinheiro foi criar um meio eficiente para privar o criminoso do produto da sua atividade ilícita, de modo que a prática do delito antecedente não gerasse nenhum benefício para o criminoso.

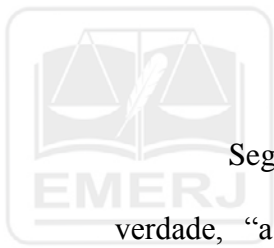
A tipificação criminal da conduta de lavagem de dinheiro é relativamente recente no mundo. Ela ocorreu primeiramente na Itália, no ano de 1978. No Brasil, essa tipificação ocorreu em 1998, através da Lei 9.613<sup>1</sup>.

A expressão “lavagem de dinheiro” surgiu em Chicago, nos Estados Unidos, na década de 1920. Nessa época, vigorava no país a chamada “Lei Seca”, que proibia a fabricação e a comercialização de bebidas alcoólicas. Nesse contexto, Al Capone, famoso gangster, liderou um grupo criminoso especializado em venda de bebidas alcoólicas, atividade que se tornou muito lucrativa, de modo que Al Capone acumulou grandiosa fortuna com esse comércio ilegal.

Para encobrir a origem ilícita de toda a sua fortuna, Al Capone comprou várias lavanderias na cidade de Chicago e formou empresas de fachada, para que através delas, uma aparência de licitude fosse conferida ao dinheiro que ele obtia ilicitamente. Assim, juntamente com o dinheiro que ele recebia das lavanderias, ele juntava o dinheiro proveniente do comércio ilegal de bebidas alcoólicas, e tudo ingressava no sistema financeiro via depósito bancário, sem causar suspeitas, visto que em tese, todo o dinheiro depositado era fruto de sua rede de lavanderias. Desse modo, ele e sua máfia “lavavam” o dinheiro ilícito.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 14 de jul. 2016.



Segundo Marco Antonio de Barros<sup>2</sup>, a metáfora “lavagem de dinheiro” simboliza, na verdade, “a necessidade de o dinheiro sujo, cuja origem corresponde ao produto de determinada infração penal, ser lavado por várias formas na ordem econômico-financeira com o objetivo de conferir a ele uma aparência lícita, sem deixar rastro de sua origem espúria”.

De modo mais técnico, nas palavras de Marco Antonio de Barros<sup>3</sup>, tem-se o seguinte conceito de lavagem de capitais:

Lavagem é o método pelo qual uma ou mais pessoas, ou uma ou mais organizações criminosas, processam os ganhos financeiros ou patrimoniais obtidos com determinadas atividades ilícitas. Sendo assim, lavagem de capitais consiste na operação financeira ou transação comercial que visa ocultar ou dissimular a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do país, de bens, direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado de outros crimes, e a cujo produto ilícito se pretende dar lícita aparência.

Em suma, a lavagem de capitais é o ato ou o conjunto de atos realizados por determinada pessoa com o escopo de conferir aparência de licitude a bens, direitos ou valores provenientes de uma infração penal.

Não é exigida para a configuração de tal crime, uma grande quantia de dinheiro, e também não se exige uma grande complexidade de operações para recolocar o produto delituoso na circulação econômica legal. Embora seja muito comum a utilização de instituições financeiras para a prática de tal crime, ele pode ser tranquilamente realizado por outros meios, como por exemplo, loterias, bingos e construtoras.

A lavagem de dinheiro é um crime secundário, isto é, ele depende de outra figura típica para o seu aperfeiçoamento, um delito antecedente. E em relação à espécie do delito antecedente, as leis de lavagem de capitais ao redor do mundo classificam-se em três gerações.

---

<sup>2</sup> BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à lei nº 9613/98. 3 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012, p. 47.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 92.

As legislações de primeira geração foram as primeiras a incriminar a lavagem de capitais, e elas traziam apenas o tráfico ilícito de drogas como crime antecedente. Contudo, nos países que adotaram esse sistema, percebeu-se que a lavagem de capitais estava sendo utilizada para encobrir a origem ilícita de valores obtidos com o cometimento de outras infrações penais, além do tráfico de drogas, e em decorrência disso, esses países se viram na necessidade de ampliar o rol dos crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, originando, assim, as legislações de segunda geração.

Nas legislações de segunda geração estava incluída a Lei 9.613/98<sup>4</sup>, que em sua exposição de motivos afirmava que “Embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é a sua única vertente. Existem outros ilícitos, também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores”.

Por fim, as legislações de terceira geração, entendem que qualquer infração penal pode figurar como antecedente de lavagem de capitais, inclusive contravenções penais.

A redação original da Lei 9.613/98<sup>5</sup> fixava um rol taxativo de crimes antecedentes do delito de lavagem de capitais, de modo que só poderiam ser infrações antecedentes aquelas listadas em seu art. 1º. Contudo, com o advento da Lei nº 12.683/2012<sup>6</sup>, houve uma alteração nesse paradigma, visto que tal lei alterou a redação do art. 1º, caput, § 1º e § 2º da Lei 9.613<sup>7</sup>, passando a prever que a lavagem de capitais estaria caracterizada quando houvesse a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou

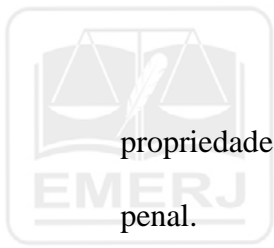
---

<sup>4</sup> BRASIL. Lei n. 9613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 14 de jul. 2016.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2016.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2016.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei n. 9613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 14 de jul. 2016.



propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Desse modo, a legislação brasileira seguiu a tendência internacional de ampliar a abrangência da lavagem de capitais. O rol taxativo de outrora fora suprimido, dando lugar ao termo “infração penal”, de modo que, atualmente, até mesmo contravenções penais podem ser antecedentes de lavagem de dinheiro.

Renato Brasileiro de Lima<sup>8</sup> aponta que “há na verdade, uma única condição para que esse delito-base possa figurar como antecedente da lavagem de capitais, a de que se trata de infração produtora, ou seja, aquela capaz de gerar bens, direitos ou valores passíveis de mascaramento.”

Nesse sentido, se da infração antecedente não resultar nenhum proveito econômico, não haverá nenhum bem, direito ou valor que possa ser objeto de ocultação.

Com a evolução do delito de lavagem de capitais na sociedade contemporânea, a comunidade internacional percebeu que precisava trabalhar de modo eficiente na repressão dessa prática. Nesse contexto, em 1989 foi criado o GAFI (Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro), no âmbito da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). O GAFI tem o objetivo de examinar, desenvolver e promover políticas de combate à lavagem de dinheiro ao redor do mundo<sup>9</sup>.

De acordo com o GAFI, a lavagem de dinheiro envolve três etapas independentes, quais sejam: a colocação (*placement*), a dissimulação ou mascaramento (*layering*) e a integração (*integration*).

A colocação “consiste na introdução do dinheiro ilícito no sistema financeiro, dificultando a identificação da procedência dos valores, de modo a evitar qualquer ligação

<sup>8</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Bahia: Juspodium, 2014, p. 283.

<sup>9</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 57.





entre o agente e o resultado obtido com a prática do crime antecedente.”<sup>10</sup> Um exemplo de como essa colocação é feita, é através do fracionamento de grandes quantias de dinheiro em pequenos valores, de modo que escapam do controle administrativo das instituições financeiras. A colocação é o primeiro estágio da lavagem de dinheiro, e justamente por isso, é mais fácil a lavagem ser detectada nessa etapa.

A dissimulação ou mascaramento consiste em “diversos negócios ou movimentações financeiras realizadas, a fim de impedir o rastreamento e encobrir a origem ilícita dos valores”<sup>11</sup>. Nessa etapa, o autor do delito de lavagem de capitais realiza, por exemplo, transações financeiras variadas e sucessivas, de modo que o rastreamento dos bens fica dificultado.

Já a integração é a terceira etapa, na qual os bens lavados já estão com aparência lícita, e são formalmente incorporados ao sistema econômico.

Não obstante o estudo dessas três etapas seja de suma importância para compreendermos a sistemática da lavagem de capitais, é necessário frisar que não é necessária a ocorrência dessas três fases para que ocorra a consumação de tal delito. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima<sup>12</sup>:

A própria redação do tipo penal de lavagem de capitais autoriza a conclusão no sentido de que não é necessário expressamente o exaurimento integral das condutas do modelo trifásico para a consumação do crime. Por isso mesmo, ao conceituarmos a lavagem de capitais, foi dito que se trata do ato ou conjunto de atos praticados pelo agente, com a finalidade de conferir aparência lícita a bens, direitos ou valores provenientes de crime ou contravenção penal antecedente.

E esse foi o entendimento da 1ª Turma do STF, no RHC 80.816/SP, no qual a corte consignou que o tipo de lavagem de capitais não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada “engenharia financeira” transnacional.

Prevalece na doutrina que o bem jurídico tutelado no delito de lavagem de capitais, é a ordem econômico-financeira, visto que a lavagem de dinheiro cria um obstáculo ao

---

<sup>10</sup> LIMA, op. cit., p. 284.

<sup>11</sup> Ibid., p. 285.

<sup>12</sup> Ibid., p. 285-286.



investimento do capital estrangeiro no país, o que afeta o equilíbrio do mercado, a livre concorrência, as relações de consumo, entre outras coisas.

Existem, contudo, outros posicionamentos doutrinários quanto a sua natureza jurídica. Para Roberto Podval<sup>13</sup>, “a lavagem seria uma espécie de favorecimento real, criada para proteger a administração da Justiça, que se encontra incapaz de punir os responsáveis pelos crimes antecedentes, em razão do auxílio prestado aos criminosos.”

Já para Marcelo Batlouni Mendroni<sup>14</sup>, a lavagem de dinheiro teria natureza jurídica de um crime pluriofensivo, isto é, que viola mais de um bem jurídico. Sendo assim, “os bens jurídicos tutelados seriam a ordem econômico-financeira e a administração da justiça.”

Esses são os principais aspectos doutrinários relativos ao delito de lavagem de capitais. No Brasil, ele é disciplinado pela Lei 9.613/98<sup>15</sup>, que sofreu significativas alterações pela Lei 12.683/2012, além da extinção do rol taxativo de delitos antecedentes previstos no art. 1º.

Com o advento da Lei 12.683/2012<sup>16</sup>, a investigação criminal do delito de lavagem de dinheiro sofreu positivas alterações, que culminaram numa repressão mais efetiva a esse crime. As duas principais alterações ligadas à investigação criminal foram a possibilidade de requisição direta de dados cadastrais pela Polícia e pelo Ministério Público, e o caso do afastamento automático de servidor público indiciado por lavagem de dinheiro. Essas alterações repercutem nos direitos fundamentais à intimidade e a presunção de não culpabilidade, gerando discussões acerca da sua constitucionalidade, que serão abordadas nos capítulos seguintes.

---

<sup>13</sup> PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 24, out /dez. 1998, p.219.

<sup>14</sup> MENDRONI, op. cit., p. 30.

<sup>15</sup>BRASIL. Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 14 de jul. 2016.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12683.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2016.



## 2 A CONSTITUCIONALIDADE DA REQUISIÇÃO DE DADOS CADASTRAIS DOS INVESTIGADOS PELA POLÍCIA E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Lei 12.683/12<sup>17</sup>, com o escopo de facilitar a investigação do crime de lavagem de dinheiro, introduziu na lei 9.613/98 o artigo 17-B, que prevê a possibilidade de a autoridade policial e o Ministério Público terem acesso aos dados cadastrais dos investigados pelo crime de lavagem de capitais, independentemente de autorização judicial prévia.

No Supremo Tribunal Federal tramita a ADI 4906, na qual a Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico alega a inconstitucionalidade do artigo 17-B. A associação afirma que tal dispositivo submete as operadoras de telefonia associadas à entidade ao cumprimento de obrigação manifestamente inconstitucional, por afrontar o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, já que haveria flagrante violação da intimidade e da vida privada dos investigados.

Em que pese tal alegação, a doutrina entende que tais dados cadastrais não estão protegidos pela garantia constitucional da intimidade, visto que, nas palavras de Renato Brasileiro<sup>18</sup>:

se empresas de concessão de crédito ou mesmo pessoas jurídicas que assinam determinados serviços a elas disponibilizadas têm fácil acesso aos dados cadastrais de clientes ou potenciais clientes, não se pode negar este mesmo acesso às autoridades públicas, independentemente de prévia autorização judicial.

Corroborando com esse entendimento, Técio Sampaio Ferraz Júnior<sup>19</sup>, em artigo escrito para a Revista da Faculdade de Direito da USP, aduziu que “os elementos de identificação só são protegidos quando compõe relação de convivência privadas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG,) não são protegidos.”

<sup>17</sup> BRASIL. Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12683.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2016.

<sup>18</sup> LIMA, op. cit., p. 579.

<sup>19</sup> FERRAZ JÚNIOR, Técio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, São Paulo: USP, v. 88, 1993, p. 449.



Sendo assim, percebe-se facilmente que o artigo 17-B da Lei 9.613 é evidentemente constitucional, eis que não serve como instrumento para violar a vida privada do cidadão investigado, mas sim como ferramenta de identificação e localização de suspeitos, a partir de sua identidade, números de telefone, etc, de maneira alguma vindo a se confundir com interceptação telefônica ou quebra de sigilo bancário.

Outro fator que corrobora para a constitucionalidade do dispositivo é o fato de que não há dúvida sobre a real intenção do legislador ao redigi-lo. O senador Eduardo Braga, relator do projeto de lei que alterou a Lei 9.613/98, afirmou em seu relatório que o dispositivo permite que o Ministério Público e o delegado de polícia, sem autorização judicial, possam ter acesso a dados relativos tão somente a qualificação, filiação e endereço, sem se imiscuir na intimidade individual, de maneira que o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal estariam resguardados.

Outrossim, vale ressaltar que o próprio Superior Tribunal de Justiça possui precedentes no sentido de que não estão resguardados pelo sigilo de que cuida o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, nem pelo direito à intimidade previsto no inciso X do mesmo artigo, a simples titularidade e o endereço do computador do qual partiu o escrito criminoso.<sup>20</sup>

Ainda na esteira desse entendimento, a 6ª Turma do STJ decidiu no HC 190.917 que a decisão que autoriza a quebra dos dados cadastrais de certa linha telefônica, com o intuito de saber quem é o seu titular, não viola o sigilo das telecomunicações. E, também, no HC 128.466/PR, a 6ª Turma asseverou que o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal não

---

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 83.338/DF. 6ª Turma. Relator Ministro Hamilton Carvalho. Brasília-DF. Publicado em: DJe 26/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

impede o acesso aos dados em si, isto é, o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo seria tão somente a comunicação, e não os dados em si.

Portanto, prescinde de prévia autorização judicial a possibilidade da Polícia e do Ministério Público obterem acesso aos dados cadastrais dos investigados. Conduto, insta consignar que tais instituições podem ter acesso exclusivamente aos dados que contenham apenas as seguintes informações: qualificação pessoal, filiação e endereço, nada além disso.

E, para que a Autoridade Policial e o Ministério Público obtenham tais dados, é necessária a instauração prévia de um procedimento investigatório, de modo que a medida seja legítima. Do contrário, haveria abuso de autoridade por parte do funcionário público que requisitasse tais dados. Outrossim, apenas as entidades listadas no artigo 15 têm a obrigação de fornecer tais dados, sendo elas a Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Aqui faz-se necessária uma importante ressalva, no sentido de que no que tange às informações prestadas por empresas telefônicas, os dados cadastrais fornecidos por elas não podem indicar a data de início e fim da utilização da linha telefônica, bem como números para os quais foram efetuadas ou recebidas as ligações, data, hora e tempo de duração das ligações. Em tais casos será necessária prévia autorização judicial, já que tais informações dizem respeito a esfera íntima e privada do cidadão investigado, que por motivos pessoais pode não desejar que esses detalhes venham a tona.

No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima<sup>21</sup> aduz que:

No tocante às instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, o acesso estará restrito aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereços utilizados para abertura de contas correntes, aplicações financeiras ou solicitações de cartões de créditos. Devem ser excluídas, portanto, eventuais informações quanto à data da abertura da conta corrente, operações com cartão de crédito, listagem das contas correntes de origem e de destino de operações financeiras, aplicações em fundos de investimentos, transferência de moeda e outros valores para o exterior, etc. Como esses dados estão protegidos pelo sigilo bancário de

---

<sup>21</sup> LIMA, op. cit., p. 580.

que trata a Lei Complementar nº 105/2001 (art. 5º, § 1º), o acesso a tais informações, depende, em regra, de prévia autorização judicial.

Corroborando com esse entendimento, novamente a 6ª Turma do STJ decidiu no REsp 1.201.442/RS<sup>22</sup> que a quebra do sigilo bancário na investigação criminal tem que ser necessariamente submetida a análise do juiz competente, que deve motivar a sua decisão. Sendo assim, a Receita Federal não pode, por exemplo, fornecer dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem autorização judicial prévia, para fins penais. Se isso for feito, a respectiva sentença penal condenatória será declarada nula.

Outro argumento em prol da validade do artigo 17-B da lei 9.613/98, é o fato de que o conteúdo de tal artigo não é nenhuma novidade, eis que a Lei Complementar 75/1993, em seu artigo 8º, II e § 2º, é claro ao permitir a requisição direta de informações por membros do Ministério Público, para instrução de procedimentos cíveis ou criminais. Assim, a regra constante no artigo 17-B da lei de lavagem de capitais servira como um reforço a uma atribuição do Ministério Público que já estava prevista em lei complementar, sendo que tal artigo agora permite que além do membro do MP, a polícia judiciária também requisite tais dados, de modo que assim a investigação e o combate a tais infrações torna-se mais efetivo.

Por fim, insta consignar que apesar de estar colocado na lei de lavagem de capitais, tal dispositivo poderá ser invocado para a investigação de qualquer infração penal, mormente as infrações penais antecedentes, tendo em vista que o legislador não limitou o seu escopo à lavagem de dinheiro, já que tal crime depende necessariamente, de uma infração penal anterior para restar caracterizado.

---

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n 1.201.442/RS. 6ª Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília-DF. Publicado em: DJe 22/08/2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

### 3 O AFASTAMENTO AUTOMÁTICO DO SERVIDOR PÚBLICO INDICIADO POR LAVAGEM DE CAPITAIS

O art. 17-D da Lei 9.613/98<sup>23</sup>, introduzido pela Lei 12.683/12<sup>24</sup>, prevê que em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remunerações e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno.

Tal determinação de afastamento cautelar de servidores públicos indiciados por lavagem de dinheiro é alvo de várias críticas por parte de doutrinadores e juristas, visto que viola o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no Art. 5º, inciso LVII da CRFB, que dispõe que ninguém será considerado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O indiciamento, desde o advento da Lei 12.830, é ato privativo da autoridade policial, que após coletar uma gama de informações sobre determinado fato, indica um provável autor do delito. Indiciar, em outras palavras, é atribuir a autoria de uma infração penal a uma pessoa. A pessoa, ao ser indiciada, torna-se destinatária de garantias e prerrogativas processuais, como a presunção de não culpabilidade bem como o direito de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência familiar e de advogado.

Outrossim, o indiciamento também gera constrangimentos, visto que a pessoa indiciada torna-se vítima de estigmatização social. Insta consignar que o indiciado não se confunde com mero suspeito e muito menos com acusado. A pessoa é mera suspeita quando contra ela existem indícios frágeis de que ela cometera o delito, já contra o indiciado existem

---

<sup>23</sup>BRASIL. Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 15 de março de 2016.

<sup>24</sup>BRASIL. Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art3)>. Acesso em: 15 de março de 2016.



fortes indícios. E por fim, com o oferecimento da denúncia pelo parquet e o seu respectivo recebimento pelo juiz, surge a figura do acusado.

Percebe-se com isso, que o indiciado sequer é réu, e a suspeita que recai sobre ele é um juízo provisório da autoridade policial, de modo que dar ao indiciado tratamento condizente com o de uma pessoa condenada, determinando o seu imediato afastamento do cargo público que ocupa, é medida desproporcional e inconstitucional.

Não há como considerar possível, portanto, que um servidor suspeito da prática de lavagem de dinheiro seja afastado em função de um despacho de indiciamento, que é um ato policial sem estatura processual nem qualquer consequência para a ação penal ou para o próprio suspeito, salvo o abalo moral decorrente de seu fichamento. Algumas vezes, o indiciamento policial tem servido indevidamente para a exposição prematura de suspeitos à imprensa, como um rótulo. Por outro lado, não há como conferir natureza cautelar ao afastamento decorrente do indiciamento, porque não há contraditório na fase inquisitorial, no procedimento administrativo conduzido pelo Delegado de Polícia. De igual modo, não seria possível obter o afastamento do funcionário público pelo só fato de o Ministério Público ter concluído num procedimento investigatório criminal a seu cargo, que o investigado é o autor do crime.<sup>25</sup>

A medida imposta pelo art. 17-D da lei 9.613, apesar de resguardar a remuneração do indiciado no período de afastamento de seu cargo público, não deixa de ser grave, eis que considera previamente a pessoa como ímproba para exercer funções públicas, manchando a sua reputação.

E, para além de violar a regra de tratamento oriunda do princípio da presunção de não culpabilidade, equiparando aquele que está sendo investigado ao condenado por sentença transitada em julgado, o art. 17-D também viola o princípio da jurisdicionalidade, visto que permite que uma autoridade que não é judiciária, determine medida cautelar penal fora das hipóteses constitucionais.

Corroborando com tal entendimento, o art. 319 do CPP<sup>26</sup>, em seu inciso VI, dispõe que são medidas cautelares diversas da prisão a suspensão do exercício de função pública,

---

<sup>25</sup>ARAS, Vladimir. O art. 17-D da Lei de Lavagem de Dinheiro. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/804/o-art-17-d-da-lei-de-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em 15 mar. 2016.

<sup>26</sup>BRASIL. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2016.



quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. Por tratar-se de medida cautelar pessoal diversa da prisão, a sua imposição só poderia ser feita por um magistrado, e não por um delegado.

E no caso do art. 319, VI do CPP<sup>27</sup>, o juiz ao determinar a medida deve estar imbuído de justo receio da utilização do cargo público para a prática de infrações penais. A regra em um Estado de Direito é a manutenção no cargo, e o afastamento é a exceção, devendo portanto ser idoneamente fundamentado.

Já no art. 17-D da Lei 9.613/98, o afastamento do cargo é automático, bastando para isso que haja o indiciamento. A lei não exigiu sequer a constatação de que o cargo estaria sendo utilizado para a prática de crimes ou para prejudicar investigações, medida que viola em alto grau a presunção de inocência.

Tal medida equipara-se a uma antecipação de pena, fundada em mero indiciamento. Vale ressaltar que se nem mesmo a condenação em primeira instância autoriza a antecipação de pena, que dirá o mero ato de indiciamento, que é sumário e provisório.

Por tais motivos, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4911)<sup>28</sup> contra o artigo 17-D da Lei 9.613/98. A associação entende que esse dispositivo viola as regras constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como a presunção de inocência e a inafastabilidade de jurisdição, porque o afastamento dos servidores públicos sem que estes tenham tido sequer a possibilidade de se manifestar a respeito das razões pelas quais são investigados, caracterizaria uma antecipação de pena.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2016.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4911. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Publicado em: DJe 07/05/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4911&processo=4911>>. Acesso em 15 mar. 2016.



Nesse sentido, tal dispositivo deve ser declarado inconstitucional, pois em um Estado Democrático de Direito é necessário que as instituições, dentre elas a polícia judiciária, sejam as primeiras a observar as garantias fundamentais em face dos cidadãos. O simples indiciamento não pode acarretar o automático afastamento do servidor de suas funções públicas, mas por outro lado, se diante do envolvimento do servidor público em delitos de lavagem de dinheiro, a autoridade judiciária competente entender que há o risco da prática de novas infrações penais utilizando a máquina estatal, ela estará autorizada a decretar a suspensão cautelar do exercício da função pública, com base no art. 319, VI do CPP, entendendo fundamentadamente que tal medida cautelar diversa da prisão é meio eficaz para a investigação criminal.

## CONCLUSÃO

Consoante já exposto anteriormente, a Lei 12.683/2012 empreendeu várias reformas na Lei 9.613/1998, visando a possibilitar uma melhor investigação dos delitos de lavagem de capitais. Com a reforma, o rol de crimes antecedentes deixou de ser taxativo, passando a englobar tanto crimes quanto contravenções.

A nova roupagem dada à Lei de Lavagem de dinheiro é recheada de aspectos positivos, possibilitando uma melhoria na investigação criminal de tal delito, diminuindo a impunidade. Dentre as alterações trazidas pelo novel diploma, duas geraram polêmica doutrinária e jurisprudencial, quais sejam, a possibilidade de requisição direta de dados cadastrais dos investigados pela polícia e pelo Ministério Público, e a possibilidade de afastamento automático do servidor público indiciado por lavagem de capitais.



Ambas as alterações ocasionaram discussões visto que aparentemente violam direitos fundamentais, como o direito à intimidade e a presunção de não culpabilidade. Ocorre que restou demonstrado ao longo deste artigo que a requisição de dados cadastrais pela polícia e pelo Ministério Público não ofende o direito à intimidade porque simples elementos identificadores como nome, endereço e RG não são protegidos pelo direito à intimidade.

Contudo, o artigo 17-D é merecedor de críticas, porque viola a presunção de inocência e gera antecipação de pena, ocasionando o afastamento sumário e automático do servidor público indiciado, de modo que é flagrantemente inconstitucional.

Apesar disso, a reforma que a Lei 12.683/2012 ocasionou na Lei 9.613/1998 é um avanço para o Brasil na guerra contra os chamados crimes de colarinho branco, que inúmeras vezes restavam impunes graças a manobras jurídicas e lacunas legais, de modo que na atualidade, o crime organizado e a corrupção envolvendo lavagem de dinheiro possuem uma persecução penal muito mais eficiente.

## REFERÊNCIAS

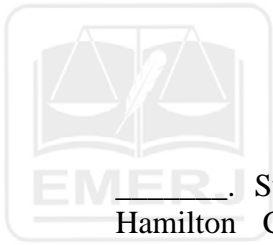
ARAS, Vladimir. O art. 17-D da Lei de Lavagem de Dinheiro. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/804/o-art-17-d-da-lei-de-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em 15 mar. 2016.

A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4671-A-investigao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4671-A-investigao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro)>. Acesso em 29 fev. 2016.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à lei nº 9613/98. 3 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 15 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art3)>. Acesso em: 15 de março de 2016.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 83.338/DF. 6ª Turma. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília-DF. Publicado em: DJe 26/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.201.442. 6ª Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília-DF. Publicado em: DJe 22/08/2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4911. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Publicado em: DJe 07/05/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4911&processo=4911>>. Acesso em 15 mar. 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: USP, v. 88, 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2 ed. Bahia: Editora Juspodium, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006.

O art. 17-D da Lei de Lavagem de Dinheiro. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/804/o-art-17-d-da-lei-de-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: 15 mar.2016.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 24, out /dez. 1998.



## O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Andressa Collares Xavier

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

**Resumo:** O amplo acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV, da CRFB, abarrotou o Judiciário de demandas, na maior parte repetitivas, afetando a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional. Ao mesmo tempo, o modelo do “pós-positivismo jurídico” exige uma atuação mais proativa dos juízes, considerados intérpretes autênticos da lei. Essa liberdade de conformação dada ao magistrado, porém, dá azo a decisões conflitantes, o que gera instabilidade jurídica e, conseqüentemente, descrença popular na higidez do Poder Judiciário. Diante desse panorama, e buscando concretizar a norma constitucional em comento surge o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no Novo Código de Processo Civil, com a proposta de aumentar a eficiência do Judiciário, sem afetar a qualidade das decisões.

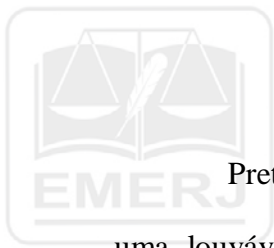
**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Precedente Judiciais. *Distinguishing* e *Overruling*.

**Sumário:** Introdução. 1. A vinculação dos juízes aos precedentes judiciais e a independência funcional dos magistrados. 2. Breves anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. 3. *Distinguishing* e *overruling*: mecanismos para afastar a tese jurídica adotada. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), inovação trazida pela Lei 13.105/15 – o Novo Código de Processo Civil. Objetiva-se analisar o incidente processual como instrumento de uniformização da jurisprudência e de garantia da celeridade processual.

A morosidade do Judiciário e a imprevisibilidade das decisões judiciais estão minando a credibilidade do Poder Judiciário e a confiança que os jurisdicionados nele depositam. Nesse contexto, surge o IRDR, uma das opções legislativas para solucionar a “crise do Judiciário”.



Pretende-se demonstrar que a inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil é uma louvável iniciativa do legislador para concretizar os princípios da eficiência e da isonomia no âmbito do Poder Judiciário.

No primeiro capítulo, será analisada se a vinculação dos juízes inferiores às decisões dos Tribunais Superiores é compatível com a garantia da independência funcional dos magistrados. Busca-se aferir se a teoria dos precedentes vinculantes, prestigiada pelo incidente sob exame, justifica a mitigação dessa garantia, em prol do princípio da segurança – corolário da segurança jurídica.

Em seguida, no segundo capítulo, será discutido se o IRDR de fato é novidade no ordenamento jurídico ou se, na verdade, trata-se de nova roupagem conferida à sistemática dos Recursos Representativos de Controvérsia, já prevista no Código de Processo Civil revogado.

Por fim, no último capítulo serão abordados os institutos do *overruling* e do *distinguishing*, técnicas utilizadas no direito alienígena em caso de discordância da decisão vinculante, para afastar a tese jurídica extraída do julgamento do precedente.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que se trata de instituto novo, ainda pouco explorado pela doutrina e pela jurisprudência. Possui como fontes principais a legislação, a doutrina e, dependendo da rapidez de sua aplicação pelos Tribunais, a jurisprudência.

## **1. A VINCULAÇÃO DOS JUÍZES AOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MAGISTRADOS**

No âmbito da teoria da separação dos Poderes, coube ao Judiciário a tarefa de solucionar os conflitos sociais, função essa insculpida no art. 5º, XXXV, da CRFB, que consagra o princípio da inafastabilidade do Judiciário.



Esse amplo acesso à justiça, contudo, abarrotava os juízos de demandas, na maior parte repetitivas, afetando a celeridade e a efetividade do Judiciário.

Ao mesmo tempo, o modelo do “pós-positivismo jurídico” exige uma atuação mais proativa dos juízes, considerados intérpretes autênticos da lei. Essa liberdade de conformação dada ao magistrado, porém, dá azo a decisões conflitantes, o que gera instabilidade jurídica e, conseqüentemente, descrença popular na higidez do Poder Judiciário.

A independência funcional dos magistrados não está explicitada na Constituição Federal<sup>1</sup>, sendo extraída do conjunto de garantias dos membros do Judiciário, previstas no art. 95 da Carta Magna: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Essa independência possibilita que o magistrado exerça livremente o seu múnus de prestar jurisdição sem ingerências externas, de cunho econômico, social, político, etc.

Essa liberdade de atuação, contudo, não é irrestrita. O art. 95 da CRFB/88, após arrolar as garantias dos magistrados, impôs-lhes vedações, imprescindíveis ao livre exercício da função jurisdicional.

Complementarmente, o art. 35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional prescreve deveres a serem observados pelos magistrados, a começar pelo dever de “cumprir e fazer cumprir, *com independência*, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”.

O Código de Ética da Magistratura Nacional<sup>2</sup>, por sua vez, prescreve que “ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos”.

Hugo Nigro Mazzilli<sup>3</sup>, ao dissertar sobre a independência funcional dos membros do Ministério Público, que também se aplica, *mutatis mutandi*, aos magistrados, ressaltou:

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2015.

<sup>2</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Brasil. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 05 out. 2015.



Certo, porém, que há e deve mesmo haver limites para a independência funcional. A primeira a impô-los é a Constituição, que prevê a independência funcional como princípio institucional do Ministério Público (art. 128, § 1º), mas ao mesmo tempo comete-lhe deveres ligados à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 caput). Assim, por exemplo, não pode legitimamente o órgão do Ministério Público invocar a independência funcional para violar a seu bel-prazer a ordem jurídica ou para obter fim incompatível com a defesa do regime democrático, ou ainda para preterir a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis. (...)

Continuando sua lição, o autor sustenta:

Se fosse absolutamente ilimitada a independência funcional, também seria ilimitada a possibilidade de abuso. Em si mesma a liberdade, um dos postulados básicos da democracia, sujeita-se também a limites previstos em lei. Não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência funcional, o Promotor ou o Juiz poderiam arbitrariamente negar cumprimento à própria Constituição Federal, que é o fundamento não só da ordem jurídica como até mesmo de suas investiduras; ou então poderiam sustentar, sem a menor razoabilidade, apenas fundados em abstrações ou especulações genéricas, qualquer quebra da ordem jurídica.

O Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, grande defensor da independência funcional dos seus pares, já reconheceu a existência de balizas a essa liberdade de atuação dos magistrados:

São inaceitáveis os comportamentos em que se vislumbra resistência ou inconformismo do magistrado, quando contrariado por decisão de instância superior. Atua com inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito o juiz que se irroga de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional.

É cediço que a segurança jurídica e a igualdade são princípios basilares em um Estado que se afirma Democrático de Direito. A uniformização da jurisprudência busca justamente concretizar esses princípios, direcionando a conduta dos jurisdicionados e assegurando tratamento isonômico a casos análogos.

Mais do que uma garantia do juiz, a independência funcional é uma garantia aos jurisdicionados de que a solução dada à lide pelo magistrado será livre de intercorrências externas.

Percebe-se, portanto, que a independência funcional não é ilimitada, já que o magistrado deve vênua aos princípios e normas do ordenamento jurídico, bem como aos preceitos éticos vigentes. Pode-se afirmar, inclusive, que o precedente judicial criará uma

---

<sup>3</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Os limites da independência funcional no Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2015.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 95518. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5463892>>. Acesso em: 05 out. 2015.





norma jurídica geral, razão pela qual deve ser observada pelos juízes na criação da norma individualizada no caso concreto.

## **2. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

As demandas repetitivas são aquelas que, embora individuais, têm por base idêntica questão de direito, caracterizando-se pela “identidade em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, associada à repetição em larga escala<sup>5</sup>”.

Como visto, essas causas se avolumam e, diante do risco de decisões conflitantes, surge a necessidade de uniformização da jurisprudência, de forma a conferir segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados.

O Novo Código de Processo Civil<sup>6</sup>, no art. 928, considera como julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos.

Esses mecanismos processuais “formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”, conforme assentado no Enunciado Consolidado nº 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

Inicialmente, necessário tecer algumas considerações acerca desse novo instituto processual. O IRDR possui como requisitos cumulativos a efetiva repetição de processos, ou seja, existência de processos pendentes, que contenham controvérsia sobre a mesma questão,

---

<sup>5</sup> BASTOS, apud MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. v. 243. Ano. 40. p. 290. São Paulo: RT, maio 2015.

<sup>6</sup> \_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.



unicamente de direito, seja material ou processual, e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, conforme dispõe o art. 976 do Novo Código.

Há, ainda, um requisito negativo, previsto no art. 976, §4º, referente à inexistência de recurso repetitivo, no âmbito de Tribunal Superior, que tenha por objeto a questão de direito objeto do incidente, pois seria caso de ausência de interesse processual na instauração do incidente.

Isso porque, na sistemática do Novo Código de Processo Civil, diferentemente do regime processual anterior, os recursos repetitivos não terão efeito meramente persuasivo, mas vinculante. Nesse sentido, o art. 1.040, IV, do NCPC, impõe aos órgãos jurisdicionais a aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior no julgamento dos processos sobrestados na origem. Mantida a divergência com a tese firmada, os autos deverão ser remetidos ao Tribunal Superior competente, conforme preconiza o artigo 1.041 do NCPC.

Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer<sup>7</sup>:

A norma visa evitar a instauração desnecessária do incidente e decorre tanto da superioridade hierárquica das decisões dos tribunais de uniformização, como do reconhecimento de que o incidente faz parte de um microsistema processual de resolução de causas repetitivas (art. 928 do CPC/2015 e Enunciado 345 do FPPC), devendo ser mantida coerência desse sistema, primando-se também pela economia processual.

O pedido de instauração do IRDR será dirigido ao presidente do Tribunal pelo magistrado, de ofício; pelas partes; pelo Ministério Público; ou pela Defensoria Pública.

Sua admissão caberá ao órgão colegiado<sup>8</sup> indicado pelo regimento interno do Tribunal e o objeto de julgamento se cingirá à questão de direito controvertida. Haverá, portanto, uma cisão funcional de competência, cabendo ao Tribunal a fixação da tese jurídica

<sup>7</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. v. 243. Ano. 40. p. 290. São Paulo: RT, maio 2015.

<sup>8</sup> BRASIL, Enunciado nº 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática”.



e ao juízo em que tramita o processo individual ou coletivo, o julgamento da pretensão deduzida<sup>9</sup>.

Admitido o incidente, sua consequência automática é a suspensão dos processos pendentes que versem sobre a mesma questão de direito, na área de jurisdição do tribunal, incluindo-se os que tramitem perante os juizados especiais. Essa abrangência poderá ser ampliada para o território nacional, a requerimento das partes das demandas individual ou coletiva, do Ministério Público ou da Defensoria Pública ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, na forma do art. 982, §3º, do NCPC.

A suspensão cessará após o decurso do prazo de 1 (um) ano, sem julgamento do incidente, salvo se houver decisão fundamentada, conforme determina o art. 980, ou em caso de não interposição de recurso especial ou extraordinário da decisão proferida no incidente, nos termos do art. 982, §5º.

Vale destacar que, durante a suspensão, pedidos de tutela de urgência poderão ser apreciados pelo juízo onde tramita o processo suspenso e, no caso de cumulação de pedidos, o processo poderá prosseguir em relação ao pedido não abrangido pela matéria afetada à sistemática de casos repetitivos. Esse é o teor do enunciado de nº 205 do Fórum de Processualistas Civis:

Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e §3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Como o processo é objetivo, as partes não podem dele livremente dispor. Caso a parte não queira mais conduzir o processo, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa, na forma do artigo 976, §2º do CPC/15. Fabrício Bastos<sup>10</sup> leciona que:

<sup>9</sup> “Há portanto, uma cisão cognitiva – ainda que virtual e não física, firmando-se a tese jurídica no procedimento incidental em que haverá se reproduzido o “modelo” que melhor represente a controvérsia jurídica que se repete em dezenas ou milhares de pretensões. A tese jurídica será aplicada em seguida às demandas repetitivas, por ocasião do julgamento propriamente dito da causa perante o juízo em que tramitar o processo, momento em que será feita também a análise e julgamento das questões fáticas e das questões jurídicas não comuns pelo juízo competente, esgotando-se a análise da pretensão ou demanda propriamente dita”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. v. 243. Ano. 40. p. 290. São Paulo: RT, maio 2015.



O objeto do incidente, após a suscitação e admissibilidade, posto processo objetivo, encontra-se fora da disponibilidade das partes. Desta forma, não será possível a desistência. O objeto do incidente é coletivo, pois não diz mais respeito às partes que figuram no processo que o originou. O incidente se desvincula do processo que o originou.

Na fase instrutória, o Ministério Público será ouvido e terceiros interessados poderão se manifestar, sendo possível a participação da sociedade, por meio de designação de audiências públicas.

No julgamento da questão objeto do incidente, devem ser analisados todos os fundamentos suscitados, tendo-se o cuidado de se formar um precedente de qualidade.

Da decisão que julga o incidente cabe recurso especial ou extraordinário, a depender da natureza constitucional ou infraconstitucional da matéria violada, conforme o art. 987 do NCPC. Esse recurso terá efeito suspensivo, repercussão geral presumida e independerá de juízo de admissibilidade. Decidido o recurso especial ou extraordinário, a tese jurídica terá aplicabilidade em todo o território nacional (§2º).

Interessante foi a legitimidade conferida à parte da demanda individual ou coletiva que teve seu processo suspenso quando da admissão do incidente para interposição de recurso excepcional em face da decisão final do incidente, tendo em vista que ela será diretamente afetada pelo que ficou decidido<sup>11</sup>. Também foi conferida legitimidade ao *amicus curiae*, caso tenha intervindo no feito<sup>12</sup>.

A eficácia dessa decisão é vinculante, aplicável no regime *pro et contra*, ou seja, independentemente do resultado do incidente, se favorável ou não às partes. O desrespeito à tese jurídica fixada no IRDR dá azo à reclamação, conforme dispõe o art. 985, §1º, do NCPC.

---

<sup>10</sup> BASTOS, Fabrício Rocha. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista70/revista70\\_127.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/revista70_127.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

<sup>11</sup> BRASIL, Enunciado consolidado nº 94 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra ao acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”.

<sup>12</sup> Art. 138, § 3º: “O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

Por fim, convém mencionar que o efeito vinculante dessa decisão possui diversas consequências processuais, abreviando a tramitação de processos que versem sobre a mesma questão jurídica, justamente por se tratar de entendimento consolidado no âmbito daquele Tribunal. Diante de causa repetitiva já decidida, o CPC/15 admite: a concessão de tutela de evidência (art. 311, II); a improcedência liminar (art. 332, III); a dispensa de remessa necessária (art. 496, §4º, III) e o provimento ou não pelo relator, monocraticamente, ao recurso (art. 932, IV, c, e V, c).

Percebe-se, portanto, que a fixação da tese jurídica torna difícil à parte prejudicada afastar a sua incidência, seja por haver particularidades no caso concreto que o distinguem do paradigma, seja por discordar da tese jurídica construída.

Diante disso, passa-se à análise dos institutos do *distinguishing* e do *overruling*, como forma de afastamento da aplicação da tese jurídica ao caso concreto.

### **3. *DISTINGUISHING* E *OVERRULING*: MECANISMOS PARA AFASTAR A TESE JURÍDICA ADOTADA**

O novo Código possui um forte cunho axiológico, inexistente na codificação anterior. Preocupou-se o legislador com a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, como o contraditório, a duração razoável do processo e a fundamentação das decisões.

Quanto a essa última garantia, insculpida no art. 93, IX, da CRFB/88<sup>13</sup>, o art. 489, §1º do CPC<sup>14</sup> enumera as decisões que serão consideradas não fundamentadas e serão, portanto, passíveis de anulação.

---

13 “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.



Os incisos V e VI do supracitado dispositivo tratam de hipóteses em que há precedente ou enunciado de súmula existente, mas o magistrado não elucida em sua decisão o que motivou a sua aplicação, ou não, ao caso posto à sua apreciação. *Verbis*:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento<sup>15</sup>.

Da mesma forma que a uniformização da jurisprudência é importante, Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>16</sup> bem ponderam que

[...] a utilização acrítica dos precedentes, sem que se faça o devido cotejo das circunstâncias de fato que o motivaram com as circunstâncias de fato verificadas no caso concreto, pode dar ensejo a sérias violações ao princípio da igualdade, haja vista que esse princípio abrange também o direito a um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstâncias diferenciadas.

Assim, a figura do magistrado, mesmo diante de um sistema de precedentes, não carece de importância, não se transmudando, portanto, em um “juiz robô”, pois a ele cabe interpretar a tese jurídica firmada e aplicá-la tão somente aos casos que se adequam à moldura fática na qual a *ratio decidendi* do precedente foi construída<sup>1718</sup>.

É direito da parte, portanto, a aplicação adequada do precedente, quando cabível, ou o seu afastamento, quando as particularidades fático-jurídicas assim o exigir, hipótese em que

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>16</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. v. 2. p. 469. Salvador: Jus Podivm, 2015.

<sup>17</sup> “[...] E porque tem como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões. Por essa razão, operam necessariamente dentro da moldura dos casos dos quais decorrem”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 2. p. 610-611. São Paulo: RT, 2015.

<sup>18</sup> BRASIL. Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”.



será necessário distinguir o caso concreto do precedente – o que o direito estadunidense denomina *distinguishing*<sup>19</sup>.

Assim, entendendo a parte que o precedente foi aplicado indevidamente ao seu processo, caber-lhe-á, com esforço argumentativo, demonstrar a existência de peculiaridade relevante na sua demanda que implique a não incidência da tese firmada no incidente.

No caso de suspensão indevida de seu processo, determinada pelo relator, na forma do art. 982, I, do CPC<sup>20</sup>, a parte poderá requerer o seu prosseguimento perante o juízo em que tramita seu processo, realizando o *distinguishing*<sup>21</sup>, aplicando-se, *mutatis mutandis*, o art. 1.037, §§ 9º a 13, do CPC<sup>22</sup><sup>23</sup>.

Eventual inconformismo da parte com o teor da *ratio decidendi*, contudo, trar-lhe-á maiores transtornos. Isso porque a regra é a estabilização do entendimento, conforme determina o art. 926 do CPC<sup>24</sup>.

O novo Código, contudo, ao preconizar o dever de estabilidade da jurisprudência, prestigiando a segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança, não vedou a modificação de entendimento, mas sim que essa mudança se desse de forma abrupta e arbitrária.

---

<sup>19</sup> “Se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação. É o caso de realizar uma distinção (*distinguishing*)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 615.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

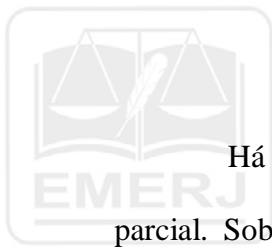
<sup>21</sup> BRASIL. Enunciado 348 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os interessados serão intimados da suspensão de seus processos individuais, podendo requerer o prosseguimento ao juiz ou tribunal onde tramitarem, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou nos recursos repetitivos”.

<sup>22</sup> BRASIL. Enunciado 481 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O disposto nos §§ 9º a 13 do art. 1.037 aplica-se, no que couber, ao incidente de resolução de demandas repetitivas.”.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.





Há duas técnicas de superação do precedente: *overruling*, se total, e *overriding*, se parcial. Sobre o tema, é esclarecedora a lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero<sup>25</sup>:

Tendo em conta a necessidade de desenvolver o direito a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua congruência social e coerência sistêmica, um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua superação – seja total (*overruling*), seja parcial. Nessa última hipótese, a superação pode se dar mediante transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*). Para proteção da confiança depositada no precedente e da igualdade de todos perante a ordem jurídica, a superação do precedente normalmente é sinalizada (*signaling*) pela Corte e, em outras, a eficácia da superação só se realiza para o futuro (*prospective overruling* – como prevê expressamente o art. 927, §3º).

No que tange ao IRDR, foi previsto um procedimento concentrado de modificação da tese jurídica, previsto no art. 986 do CPC<sup>26</sup>. Esse dispositivo prevê que a revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou a Defensoria Pública.

Como a tese jurídica foi firmada com ampla participação dos interessados e com a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários, conforme disposto no art. 984, §1º do CPC<sup>27</sup>, o pedido revisional deve se embasar ora em argumento novo, ora em modificação do contexto social ou econômico no qual se pautou a *ratio decidendi*<sup>28</sup>.

Em razão disso, na hipótese de alteração da tese jurídica adotada em julgamento de repetitivos, o art. 927 do CPC estabelece a necessidade da “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. Previu o referido dispositivo a possibilidade, ademais, de participação popular na

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel, op. cit., p. 616.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>28</sup> BRASIL, Enunciado 322 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.





rediscussão da tese e da modulação dos efeitos da decisão que modificar o entendimento jurisprudencial<sup>29</sup>.

## CONCLUSÃO

O presente artigo buscou discutir brevemente aspectos do ainda pouco explorado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, instituto cuja aplicabilidade será averiguada na medida em que o Código for amadurecendo. A tendência, como visto, é que sua incidência se restrinja a controvérsias regionais e locais, tendo em vista que um dos requisitos de cabimento é a não afetação da questão a recurso extraordinário ou especial repetitivo.

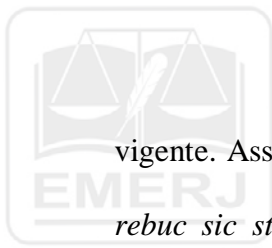
No entanto, apesar das críticas ao sistema de precedentes vinculantes, o certo é que a insegurança jurídica não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, que se pauta na igualdade e na legítima expectativa. Forte na ideia de que a norma é fruto da interpretação extraída da lei, cabe aos Tribunais, intérpretes autênticos, conferirem unidade ao ordenamento jurídico.

O grande desafio ao se adotar um sistema de precedentes está não somente na criação de um precedente de qualidade pelos Tribunais, mas principalmente na sua correta aplicação pelos órgãos jurisdicionais, na realização da subsunção da tese jurídica ao caso concreto, sob pena de ocorrerem graves injustiças, pois o afastamento do precedente, como visto, não é das tarefas mais singelas para a parte.

Ademais, também deve haver uma preocupação do Tribunal com a *atualidade* da tese jurídica, garantindo que ela se mantenha em conformidade com contexto fático-jurídico

---

29 “Os elementos que devem ser considerados pelo Poder Judiciário na decisão de modulação de efeitos seriam: a) demonstração de que o novo precedente seja capaz de surpreender os jurisdicionados que tenham atuado de boa-fé, confiando na aplicação do antigo precedente; b) demonstração de prejuízo pela parte que teve o precedente favorável revogado; c) a possibilidade da atuação de algum direito fundamental apto a moldar a eficácia temporal do novo precedente, seja de forma retroativa ou prospectiva e d) a possibilidade de que a moldagem de situações de transição seja feita pelo Poder Legislativo”. PEIXOTO, Ravi apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 503-504.



vigente. Assim, pode-se falar que a tese jurídica é construída, implicitamente, com a cláusula *rebus sic stantibus*, impondo aos Tribunais sua reforma ou revogação caso ela não mais atenda satisfatoriamente os jurisdicionados.

Por tudo o que foi exposto, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas surge como uma promessa de solução eficaz, célere, participativa e, principalmente, equânime de causas repetitivas, sem afetar a qualidade das decisões. Agora é aguardar a promessa se concretizar.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

BASTOS, Fabrício Rocha. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista70/revista70\\_127.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/revista70_127.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Breves notas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14551/11025>>. Acesso em: 06 set. 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <[www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc](http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc)>. Acesso em: 05 out. 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Novo CPC e os casos repetidos*. Disponível em: <<http://www.iasp.org.br/2015/03/novo-cpc-e-os-casos-repetidos/#!>>. Acesso em: 07 set. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: RT, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Os limites da independência funcional no Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. v. 243. Ano. 40. p. 290. São Paulo: RT, maio 2015.

NUNES, Dierle. *O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 07 set. 2015.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. v. 248. Ano. 40. p. 331-355. São Paulo: RT, outubro 2015.

PEIXOTO, Ravi apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 503-504.

## A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA DA LEI Nº 11.977/09.

Andressa Magalhães Menezes.

Graduada pelo Centro Universitário Augusto Motta. Advogada.

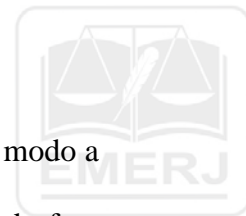
**Resumo:** A Lei n. 11.977/2009 se comporta como verdadeiro instrumento de regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas e, possui o escopo de legitimar a posse daqueles que conferem utilidade aos imóveis abrangidos pela demarcação. Em razão da possibilidade, conferida no artigo 60 da Lei n. 11.977/2009, de conversão do título de legitimação da posse em registro imobiliário, em âmbito administrativo, não diferenciar o tipo de imóvel em questão, surge a discussão acerca de existência de nova modalidade de usucapião administrativa, além da inconstitucionalidade frente a possibilidade de usucapião de imóvel público. O cerne do trabalho é demonstrar que a possibilidade de conversão do título de posse em registro de propriedade além de ser uma nova modalidade de usucapião administrativa, se comporta como instrumento de efetivação do mandamento constitucional de destinação de função social a propriedade, direito fundamental a moradia e dignidade da pessoa humana.

**Palavras – Chave:** Direito Constitucional, Civil e Administrativo. Lei nº11. 977/09. Usucapião Administrativa.

**Sumário:** Introdução. 1. Lei nº11. 977/09 e a vedação à usucapião de bem público 2.A Lei n. 11.977/2009 como nova modalidade de usucapião. 3. Lei nº 11.977/09 como legitimação da posse e concretização da função social da propriedade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a constitucionalidade ou não da usucapião administrativa tratada na Lei nº 11.977/09, conhecida como a Lei Minha Casa Minha Vida. Procura-se demonstrar que, muito embora a citada lei traga em seu bojo uma política de regularização fundiária no que tange à chamada usucapião administrativa, pode ser considerada destoante aos preceitos constitucionais contidos na CRFB/88, especialmente em se tratando da impossibilidade de usucapião de bens públicos.



Para tanto, serão abordadas posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a usucapião administrativa tratada pela Lei nº 11.977/09 seria de fato uma modalidade de usucapião e, se sim, se seria constitucional tal modalidade de regularização fundiária.

A Constituição de 88, ao tratar da política urbana, agrícola, fundiária e reforma agrária proíbe, expressamente nos artigos 183§3º e 191, parágrafo único, a possibilidade de aquisição originária de imóveis públicos via usucapião. Contudo, ao tratar da regularização fundiária o legislador trouxe no teor do artigo 60 da Lei nº 11.977/09 a possibilidade de conversão da legitimação da posse em direito subjetivo da propriedade, isso independente do imóvel ser ou não público.

O tema é controvertido e merece especial atenção, uma vez que traz a possibilidade de uma possível usucapião pela via administrativa de um imóvel público, o que é vedado pela CRFB/88.

Para melhor compreender o tema, busca-se esmiuçar acerca de tal política de regularização fundiária no sentido de compreendê-la como nova modalidade de usucapião e se estaria em consonância com o diploma constitucional. Pretende-se, ainda, chamar a atenção para a necessidade de cumprimento do mandamento constitucional de conferir função social à propriedade (art. 5º, XXIII, da CRFB/88) o que seria um dos objetivos da Lei n. 11.977/09.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho, apresentando a repercussão da Lei n. 11.977/09 junto aos preceitos constitucionais que vedam a aquisição originária da propriedade de imóvel público via usucapião.

O segundo capítulo tem como objetivo delimitar se essa forma de aquisição originária seria ou não uma nova modalidade de usucapião e, caso positivo, sua (in) compatibilidade com os preceitos constitucionais explicitados anteriormente.



O terceiro capítulo destina-se a examinar a Lei n. 11.977/09 como uma forma de legitimação da posse e concretização do mandamento constitucional de garantia e atendimento a função social da propriedade.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa.

## 1. LEI Nº 11.977/09 E A VEDAÇÃO À USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO

Pela leitura do artigo 98 do Código Civil de 2002<sup>1</sup> bens públicos são aqueles que pertencem ao conjunto de patrimônios da Administração Pública.

Na classificação quanto a sua destinação, ou seja, com base em sua utilização, são divididos em bens públicos de uso especial, de uso comum e dominical.

Os bens públicos de uso especial, segundo Maria Sylvia Di Pietro<sup>2</sup> são: “são todas as coisas móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para a realização de suas atividades e consecução de seus fins”. Em suma, consideram-se bens de uso especial aqueles que compõem o aparelho estatal. A título de exemplo de bem público de uso especial temos o edifício utilizado pelo município para a prestação de serviço de saúde.

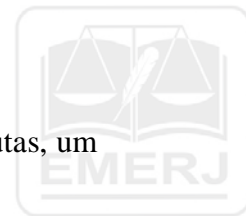
Os bens públicos de uso comum, também denominados como bens de uso comum do povo são os bens que a Administração Pública mantém para o uso normal da população, de uso livre, gratuito, ou seja, são bens para uso da população em geral e a sua destinação decorre da lei ou da própria natureza do bem. Temos como exemplos as praias marítimas, ruas, praças públicas, etc.

Os bens públicos dominicais são aqueles que não possuem qualquer destinação pública, ou seja, apenas ostentam a qualidade de bem público pois integram a uma

---

<sup>1</sup>BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

<sup>2</sup>Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 818.



determinada pessoa jurídica de direito público. Como exemplo, temos as terras devolutas, um bem móvel apreendido sem utilização definida, etc.

A importância em definir o que são bens públicos reside na vedação constitucional da usucapião desses bens. É expresso no artigo 183 §3º da CRFB/88<sup>3</sup> que os bens públicos não são passíveis de aquisição por meio de usucapião. Tal vedação se repete no artigo 191, parágrafo único também da CRFB/88<sup>4</sup>.

Também, a vedação encontra-se presente na legislação infraconstitucional, qual seja, artigo 102 do Código Civil<sup>5</sup>.

A razão da vedação é preservar o interesse público na utilização de tais bens por toda a coletividade, isso independente de ser bem público de uso especial, de uso comum ou dominical.

Além disso, acrescenta-se como razão a tal vedação a existência da garantia de imprescritibilidade. Isso porque, os bens públicos gozam de determinadas prerrogativas decorrentes do regime jurídico de direito público ao qual devem observância. Essas garantias são divididas em quatro regras, quais sejam, impenhorabilidade, não – onerabilidade, imprescritibilidade e alienabilidade condicionada. Nesse estudo, a garantia da imprescritibilidade ganha maior relevo pois, consagra a ideia de inoponibilidade da prescrição aquisitiva (usucapião) ao Poder Público.

Dessa forma, os bens públicos não podem ser adquiridos pela posse mansa e pacífica por determinado espaço de tempo continuado, nos moldes da legislação civil. Isso porque, a posse não terá idoneidade de converter-se em domínio pela impossibilidade jurídica da usucapião.

---

<sup>3</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

<sup>4</sup>Ibid.

<sup>5</sup>BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.



Saliente-se que a ocupação ilegítima em área do domínio público, ainda que por longo período, permite que o Estado formule a respectiva pretensão reintegratória, sendo incabível a alegação de omissão administrativa.

Em se tratando da concepção da Jurisprudência, em especial, do Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade de usucapião, encontramos no enunciado de súmula 340 do STF a negativa de usucapião de bens públicos.

Ultrapassada a análise do conceito de bem público e, demonstrado a vedação da prescrição aquisitiva (usucapião) de bens públicos tanto pelos preceitos constitucionais supracitados, como pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já consolidada em súmula, convém analisar a repercussão normativa da Lei n. 11.977/09<sup>6</sup>.

A Lei n. 11.977/09<sup>7</sup> dispõe sobre o programa Minha Casa Minha Vida e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Logo no artigo 1º assentaa sua finalidade, que consiste na criação de mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$4.650,00 (quatro mil e seiscentos e cinquenta reais). No decorrer do artigo citado anteriormente, constam os subprogramas e conceitos do que seriam grupo familiar, imóvel novo, oferta pública de recursos e etc.

Pelo exposto, a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo é de uma hipótese de legitimação da posse que é convertida em propriedade, de maneira que mesmo sendo um bem público, não teria sua constitucionalidade questionada, tendo em vista ser a aquisição de uma propriedade que necessariamente, não atende a uma afetação de uso público.

---

<sup>6</sup> BRASIL, Lei n. 11.977/09, de 7 de julho de 2009.

<sup>7</sup>Ibid.



Nesse ponto, a interpretação correta a ser manejada não seria de afronta aos dispositivos constitucionais que vedam a usucapião, mas sim de uma legitimação de posse de um bem público que não contém afetação à sociedade.

## 2. A LEI N. 11.977/09 COMO NOVA MODALIDADE DE USUCAPIÃO

Pela análise do artigo 60 da Lei n. 11977/2009<sup>8</sup> verifica-se a possibilidade do detentor do título de legitimação da posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade nos termos do artigo 183 da CRFB/889.

O dispositivo constitucional ora citado, refere-se a modalidade de usucapião urbana pró moradia e, por esse motivo depreende-se do artigo 60 da Lei n. 11.977/2009<sup>10</sup> a modalidade de usucapião administrativa. O termo “usucapião” designa aquisição de propriedade, ou de direito real, através da posse qualificada, exercida durante o prazo previsto em lei.

Contudo, saliente-se que José dos Santos Carvalho Filho<sup>11</sup> não considera como modalidade de usucapião e sim uma aquisição de propriedade que decorre da própria autorização contida na lei.

Acerca do uso dúbio da expressão usucapião administrativa discorre o autor Guilherme Couto de Castro 12:

Expressão dúbio, usada para mais de um fim. De regra, cuida-se de nomenclatura imprópria, para designar bens que são objeto de desapropriação com a finalidade de assentamento de posseiros, a partir de figuras como a legitimação de posse. A referência é usada, também, para designar sistema advindo da Lei nº 11.977/2009,

<sup>8</sup>BRASIL, Lei n. 11.977/09, de 7 de julho de 2009.

<sup>9</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

<sup>10</sup>BRASIL, Lei n. 11.977/09, de 7 de julho de 2009.

<sup>11</sup>CARVALHO, José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1172.

<sup>12</sup>CASTRO, Guilherme Couto de. *Lições de Direito Civil* Volume Único. 5. ed. Niterói: Impetus. 2012. p. 282/283.



ao estruturar forma rápida de usucapião sem intervenção judicial, cabendo à Administração Pública, por impulso próprio ou de interessados (art. 50), a prerrogativa de declarar o direito de propriedade, em benefício de população de baixa renda (a partir da legitimação da posse, e daí com a outorga de título de domínio). Por fim, a locução também se aplica a casos nos quais o domínio da administração não advém de título anterior, mas sim da posse qualificado, por ela exercida (cf. Lei nº 5.972/1973).

Em sendo nova modalidade de usucapião, necessitará de preenchimento de requisitos para que seja deferida a conversão do título de legitimação da posse em registro de propriedade.

Pela descrição dos documentos necessários para o requerimento da conversão que constam do artigo 60 §1º da Lei n. 11977/2009<sup>13</sup>, muito embora seja denominada de usucapião, o requisito para o requerimento da conversão tem peculiaridades especiais as outras modalidades de usucapião existentes. Por exemplo, o requisito de apresentação de certidões em cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou propriedade do imóvel, não é exigido para a usucapião ordinária do artigo 1.238 do Código Civil de 2002<sup>14</sup>.

Além disso, o fato da concessão da conversão do título de legitimação da posse poder ser feita sem interferência judicial condicionou o legislador a determinar maiores exigências, em comparação com os requisitos de usucapião ordinário.

Assim o artigo 60 da Lei n. 11.977/2009<sup>15</sup> configura modalidade de usucapião administrativa, sendo necessária a verificação de possível inconstitucionalidade frente aos preceitos constitucionais que vedam a possibilidade de aquisição originária de imóveis públicos via usucapião.

Saliente-se que, a Lei n. 11977/2009<sup>16</sup> autoriza a possibilidade de conversão do título de legitimação de posse tanto para imóveis públicos como para privados. O ponto

---

<sup>13</sup>BRASIL, Lei n. 11.977/09, de 7 de julho de 2009.

<sup>14</sup>BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

<sup>15</sup>BRASIL, Lei n. 11.977/09, de 7 de julho de 2009.

<sup>16</sup>Ibid.

central da Lei n. 11977/2009<sup>17</sup> é a regularização fundiária de assentamentos urbanos, de forma que a medida é destinada apenas aos assentamentos irregulares sendo esses compreendidos como ocupações inseridas em parcelamentos informais ou irregulares, localizadas em áreas urbanas ou privadas, utilizadas predominantemente para fins de moradia.

Muito embora os artigos 183 §3º, 191, parágrafo único todos da CRFB/88<sup>18</sup> vedem a usucapião de bens públicos, tal possibilidade ocorrerá quando o imóvel público em questão for considerado como assentamento irregular, o que concretamente seria difícil.

Ainda assim será necessário cumprir uma série de etapas, ou seja, implementação de medidas jurídicas, urbanísticas e ambientais mencionadas no artigo 46 da Lei. n. 11977/2009<sup>19</sup>, que envolvam a integralidade ou trechos do assentamento irregular objeto de regularização.

Importante salientar que, muito embora a hipótese de existência de assentamento irregular de um bem público seja de difícil concretização, o legislador especificou no artigo 56 §2º da Lei n. 11977/2009<sup>20</sup> a necessidade do poder público notificar os órgãos responsáveis pela administração patrimonial dos demais entes federados, previamente ao encaminhamento do auto de demarcação urbanística ao registro de imóveis, para que se manifestem no prazo de 30 (trinta) dias quanto à anuência ou oposição ao procedimento, na hipótese de a área a ser demarcada abranger imóvel público, quando a área a ser demarcada confrontar com imóvel público, ou até mesmo quando houver suspeita de eventual titularidade pública da área, na hipótese de inexistência de registro anterior ou de impossibilidade de identificação dos proprietários em razão imprecisão de registros existentes.

---

<sup>17</sup>BRASIL, Lei n. 11.977/09, de 7 de julho de 2009.

<sup>18</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

<sup>19</sup>BRASIL, Lei n. 11.977/09, de 7 de julho de 2009.

<sup>20</sup>Ibid.



Denota-se importante preocupação do legislador em garantir a aquiescência e manifestação dos órgãos responsáveis pela administração patrimonial dos entes federados, antes mesmo do encaminhamento do auto de demarcação urbanística ao registro de imóveis.

Tal preocupação é fruto tanto da proibição de usucapião de imóveis públicos, como também em respeito a autonomia dos Entes Federativos (União, Estado, Distrito Federal e Municípios).

Portanto, pela disposição do artigo 56, §2º da Lei n. 11977/2009<sup>21</sup> o legislador ordinário procurou respeitar a autonomia de eventual Ente Federativo que possa ser afetado pelo procedimento.

Além disso, a possibilidade do detentor do título de legitimação da posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, conforme o artigo 60 da Lei n. 11.977/2009<sup>22</sup> configura a modalidade de usucapião administrativa e que, o instituto não padece de inconstitucionalidade tendo em vista o resguardo do legislador em estabelecer aquiescência dos demais Entes Federativos que possam ser afetados pelo procedimento, conforme artigo 56 §2º da Lei n. 11.977/2009<sup>23</sup>.

### **3. Lei 11.977/2009 E A LEGITIMAÇÃO DA POSSE**

O presente capítulo tem por escopo a análise da Lei 11.977/2009<sup>24</sup> como uma forma de legitimação da posse e a consequente concretização do mandamento constitucional de garantia e atendimento a função social da propriedade, além do direito social a moradia.

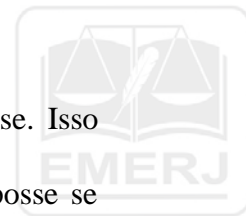
---

<sup>21</sup>BRASIL, Lei n. 11.977/09, de 7 de julho de 2009.

<sup>22</sup>Ibid.

<sup>23</sup>Ibid.

<sup>24</sup>Ibid.



O Código Civil de 2002<sup>25</sup> não traz um rol de formas de aquisição de posse. Isso porque, nosso ordenamento se filiou a teoria objetiva de Ihering que indica que a posse se configura com a exteriorização da propriedade, pouco importando a apreensão física da coisa e a vontade de ser dono da mesma, ou seja, basta ter a coisa consigo, mesmo sem ter a intenção de possuí-la.

A posse pode ser adquirida de forma originária ou derivada. Na aquisição originária da posse não temos uma relação jurídica entre aquele que está na coisa e aquele que pretende nela ingressar. Na aquisição originária há um apossamento voluntário da coisa, essa posse originária é também denominada de posse natural ou autônoma, trata-se de apreensão material do bem que poderá gerar uma posse injusta ou justa. Na aquisição originária os vícios que porventura cercavam essa posse não se transmitem ao adquirente.

Na aquisição derivada da posse temos uma relação jurídica entre as partes, podendo ser uma relação jurídica obrigacional (comodato) ou de natureza real (usufruto) onde ocorrerá a asserção da posse.

Ressalte-se que na presença de uma relação jurídica entre as partes, ou seja, na constância de um negócio jurídico, deve-se respeitar os ditames do artigo 104 do Código Civil de 2002<sup>26</sup> que trata dos requisitos para a validade do negócio jurídico.

A diferença entre a posse derivada e a originária é importante pois a usucapião é considerada forma de aquisição originária da posse, de maneira que todos os vícios que estejam presentes no imóvel, serão sanados através do deferimento da usucapião.

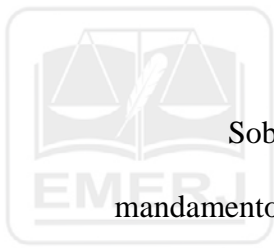
Tratando o artigo 60 da Lei n.11.977/2009<sup>27</sup> como usucapião administrativa tem-se como positiva a possibilidade de aquisição originária da posse em sede administrativa, sendo que será ainda possível a usucapião de um imóvel público, já que o próprio legislador não estabeleceu nenhuma ressalva quanto a essa hipótese.

---

<sup>25</sup>BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

<sup>26</sup>Ibid.

<sup>27</sup>BRASIL, Lei n. 11.977/09, de 7 de julho de 2009.



Sob o vetor constitucional considera-se posse legítima como aquela que cumpre o mandamento da função social da propriedade. A função social da propriedade é nada mais que a destinação útil dada a propriedade. Tal conceito e mandamento constitucional deve ser aplicado tanto na propriedade como na posse.

A Lei n. 11977/200928 atende ao anseio constitucional de promover a função social da propriedade quando o Poder Público, após o registro do parcelamento de que trata o artigo 58, caput da Lei n. 11977/200929, concede o título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados.

Constata-se a preocupação do legislador na promoção da função social da posse quando afirma, no artigo 59 da Lei n. 11977/200930, que a legitimação da posse devidamente registrada constitui direito em face do detentor da posse para fins de moradia.

Ressalte-se que mesmo sendo vedada a usucapião de bens públicos, tal fato não dispensa aos imóveis da União, Estados e Municípios a observância ao princípio da função social da propriedade aclamado pela CRFB de 88 nos artigos 5º, XXIII, 170, III, 182 §2º e 186<sup>31</sup>.

A essência da função social da propriedade está em consignar que o direito de propriedade não é absoluto, pois ele deve ser exercido em consonância com as finalidades sociais e econômicas para as quais é reconhecido e previsto.

Assevera-se que a função social da propriedade abarca um conjunto de limitações, com o objetivo de balizar o direito de domínio com os legítimos direitos da coletividade.

Portanto, detecta-se a aplicação do princípio da função social da propriedade quando, por exemplo, é concedido direito real de uso para fim de moradia ao particular que ocupa imóvel abandonado pelo Poder Público.

---

<sup>28</sup>BRASIL, Lei n. 11.977/09, de 7 de julho de 2009.

<sup>29</sup>Ibid.

<sup>30</sup>Ibid.

<sup>31</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

Além disso, o direito à moradia constitui direito fundamental previsto no artigo 6º da CRFB/8832 e também é considerado como uma faceta da Dignidade da Pessoa Humana pois, guarda íntima conexão com o direito à vida e ao mínimo existencial.

Nesse sentido, importante a lição do autor Marcelo Novelino<sup>33</sup> ao discorrer sobre a efetividade dos direitos sociais.

A implementação e proteção de qualquer espécie de direito fundamental envolve, direta ou indiretamente, uma significativa alocação de recursos materiais e humanos. Todavia, o “custo” especialmente oneroso dos direitos sociais aliado à escassez de recursos orçamentários impedem sua realização em grau máximo ou, às vezes em grau satisfatório. Tal característica impõe a necessidade de que os poderes públicos legitimados pelo batismo popular - Executivo e Legislativo, elejam as prioridades a serem atendidas entre demandas igualmente legítimas contempladas no texto constitucional.

Nesse contexto a lei em estudo compreende importante instrumento de efetivação do direito social à moradia. Saliente-se que, para o atendimento de direitos sociais pelo Estado são necessárias prestações positivas, também chamados de direitos de promoção ou direitos prestacionais, sob pena de não auferir efetividade na vida real a norma descrita na Constituição.

O referido autor <sup>34</sup> cita a existência de uma dimensão positiva e negativa para o direito social de moradia.

Em sua dimensão positiva, a moradia não se traduz, necessariamente no direito à propriedade imobiliária ou no direito de ser proprietário de um imóvel. A limitação e escassez de recursos (reserva do possível), infelizmente, impede que esse direito seja implementado no grau máximo desejável. Seu núcleo essencial inviolável, no entanto, confere aos desamparados um direito subjetivo, exigível do Estado, a ter pelo menos um abrigo no qual possam se recolher durante a noite e fazer sua higiene diária (mínimo existencial).

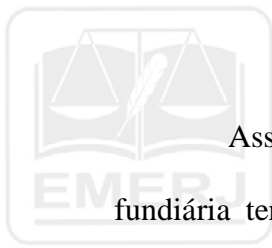
Em sua dimensão negativa, este direito protege a moradia contra ingerências indevidas do Estado e de outros particulares. De acordo com o entendimento adotado pelo STF, a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação não ofende o artigo 6º da CRFB, mas com ele se coaduna por viabilizar o direito à moradia, facilitando e estimulando o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores dos locadores, e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária.

---

<sup>32</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

<sup>33</sup>NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional* Volume Único. São Paulo: Método. 2014. p 620.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 629.



Assim, sob o contexto da Lei n. 11.977/09<sup>35</sup> como instrumento de regulamentação fundiária temos a hipótese de usucapião administrativa como forma de concretização do mandamento constitucional de garantia e atendimento a função social da propriedade, na medida que fornece a possibilidade de destinação útil a propriedade através da moradia.

Portanto é positiva a possibilidade de usucapião administrativa, mesmo que atinja determinado bem público e, tal fato não padece de inconstitucionalidade, pois a conversão da legitimação da posse em registro de propriedade, mesmo que seja feita em âmbito administrativo, atende ao fim constitucional de função social da propriedade, pois concede atendimento a finalidade social da propriedade (direito social à moradia) e econômica para o qual é reconhecido e previsto.

## CONCLUSÃO

A Lei n. 11.977/2009, conhecida como Lei Minha Casa Minha Vida se comporta como verdadeiro instrumento de regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas e, possui o escopo de legitimar a posse daqueles que conferem utilidade aos imóveis abrangidos pela demarcação.

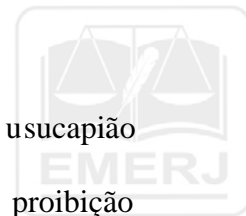
Além de legitimação da posse, a Lei 11.977/2009 em seu artigo 60 confere a possibilidade de conversão do título de posse, sem diferenciação do tipo de imóvel, através de requerimento ao oficial de registro de imóveis, em registro de propriedade.

Em razão dessa possibilidade de conversão do título de posse em registro de propriedade em âmbito administrativo, existe controvérsia na doutrina acerca da existência de nova modalidade de usucapião, a chamada usucapião administrativa, já que o próprio legislador, ao estabelecer os requisitos para a conversão, além do disposto na própria lei, remeteu para o artigo 183 da CRFB/88 que trata da usucapião.

---

<sup>35</sup>BRASIL, Lei n. 11.977/09, de 7 de julho de 2009.





Nesse contexto, surge a necessidade de enfrentamento da possibilidade da usucapião administrativa abranger um imóvel público e, o consequente cotejo com a proibição constitucional de usucapião de bens públicos.

Percebe-se que o legislador ao estabelecer no artigo 60 da Lei n. 11.977/2009 a possibilidade de conversão do título de posse em registro de propriedade, em âmbito administrativo, não se ausentou de tecer a possibilidade de impugnação do Ente interessado no auto de demarcação urbanística, conforme redação do artigo 57 e parágrafos da Lei 11.977/2009.

Portanto, pode-se concluir que a hipótese de conversão do título de posse em propriedade, disposta no artigo 60 da Lei n. 11.977/2009, comporta-se como modalidade de usucapião administrativa e, mesmo tendo a possibilidade de alcançar um imóvel público, não há que se cogitar em inconstitucionalidade, pois além de ser dada a possibilidade do Ente interessado impugnar o auto de demarcação urbanística temos a conversão como ato de concretização do mandamento constitucional de destinação a função social da propriedade, direito à moradia e dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 14 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm)>. Acesso em: 14 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 14 de outubro de 2015.

CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil: Lições*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2014.



DI Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. Volume Único. São Paulo: Método. 2014.

## O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Anna Cássia dos Reis da Silveira

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Imobiliário, Notarial e Registral pelo CEPAD - Complexo Educacional Damásio de Jesus.

**Resumo:** A polêmica que envolve a aplicação horizontal dos direitos fundamentais ganhou força no Brasil nas últimas décadas. Diversas teorias visam a demonstrar seu ponto de vista a respeito da eficácia dos direitos fundamentais. Algumas a relegam apenas à relação vertical entre Estado e particular. Todavia, vem se consolidando o entendimento segundo o qual se deve dar eficácia aos direitos fundamentais também nas relações entre particulares. Nesse contexto, o Judiciário assume um papel de efetivador dos referidos direitos de modo a garantir seu alcance também às relações privadas.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Relações privadas. Constituição. Judiciário. Neoconstitucionalismo. Eficácia horizontal.

**Sumário:** Introdução. 1. O Neoconstitucionalismo e os Direitos Fundamentais: releitura do Direito à luz da Constituição. 2. A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. 3. O papel do Judiciário como garantidor da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo a análise do papel do Judiciário como garantidor da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, inclusive por meio de ponderações sobre a forma como o assunto vem sendo enfrentado pela Cortes Superiores do País.

Tradicionalmente, os direitos fundamentais surgiram no Estado Liberal com a ideia de proteção do indivíduo contra arbitrariedades estatais. Trata-se da eficácia vertical dos direitos fundamentais. Entretanto, com o passar dos anos foi possível perceber que não era apenas na relação Estado-indivíduo que ocorriam violações a direitos fundamentais. Destarte, surge a teoria que defende a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cuja aplicação circunscreve-se às relações de cunho eminentemente privado.



Por meio da análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, procura-se explicitar que o Poder Judiciário ocupa um papel de destaque como agente assegurador da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Se de um lado a Constituição da República consagra a liberdade e autonomia privada, de outro, protege os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. É justamente no ponto de conflito de princípios constitucionais que surge a necessidade de o Judiciário intervir, a fim de proporcionar a necessária ponderação de princípios, resguardando os direitos fundamentais inclusive no seio de relações privadas.

O primeiro capítulo visa a explicitar a nova perspectiva introduzida pelo Neoconstitucionalismo no que tange à aplicação dos direitos fundamentais, a qual determinou uma releitura do Direito à luz do novo prisma constitucional, de modo a não ser possível a adoção de uma postura passiva quanto à implementação dos direitos e garantias fundamentais, resumindo-os a meros institutos formais.

O segundo capítulo trata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, suas teorias explicativas, seu contexto de aplicação, bem como a tese adotada no Brasil.

Por fim, o terceiro capítulo traz a reflexão acerca do papel do Judiciário como elemento garantidor da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por meio de uma abordagem de aspectos concernentes ao ativismo judicial e o fenômeno da judicialização das relações sociais.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

## 1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: RELEITURA DO DIREITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Historicamente, é possível vislumbrar-se a noção de "constitucionalismo" e "constituição" desde a Antiguidade (como, por exemplo, nas Cidades-Estados gregas), bem como durante a Idade Média (i.e., Magna Carta da Inglaterra de 1215) e, posteriormente, na Idade Moderna (quando movimentos revolucionários fundamentados no ideário Iluminista visavam implementar a ideia de controle do Poder, até então absoluto, concentrado nas mãos dos governantes, por meio de uma constituição escrita, que garantisse os direitos dos cidadãos em face do Estado).

Ao analisar o constitucionalismo decorrente da Modernidade, José Carlos Francisco<sup>1</sup> destaca três momentos históricos que implementaram profundas transformações na concepção constitucionalista, até que resultasse na atual percepção denominada 'neoconstitucionalismo'. Num primeiro momento, surge o constitucionalismo liberal, o qual vigorou a partir do século XVII até o início do século XX. Posteriormente, emerge o constitucionalismo social, que tem espaço durante o início do século XX.

No entanto, é a partir da segunda metade do século XX, especificamente no período pós-guerra, que se começa a tecer o panorama do 'novo direito constitucional', na Europa Continental - sobretudo, na Alemanha e Itália. No que tange à realidade brasileira, essa fase tem início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando, nas palavras de Luís Roberto Barroso<sup>2</sup>, o direito constitucional no Brasil "[...] passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração".

---

<sup>1</sup> FRANCISCO, José Carlos et al. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Roy, 2012, p. 51.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os fundamentos e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 519.



Atualmente coexistem os mais variados conceitos de 'neoconstitucionalismo'. Mais relevante do que os conceitos em si, confere-se maior importância aos aspectos que propulsionam a referida concepção. Britto e Agra<sup>3</sup> salientam os seguintes aspectos: a superação do positivismo puro ou clássico; a pós-modernidade - ou, conforme prefere José Carlos Francisco<sup>4</sup>, a segunda era da modernidade -; a influência da globalização; a revalorização do Direito; a centralização dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e a diferenciação qualitativa entre princípios e regras. É possível acrescentar ainda, em conformidade com Barroso<sup>5</sup>, o reingresso dos valores na interpretação jurídica; o reconhecimento de normatividade aos princípios; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

O pós-positivismo pode ser elencado como marco filosófico do neoconstitucionalismo, na medida em que rompe com a concepção pura do positivismo, a qual se apoiava na validade estritamente formal das normas e opunha-se radicalmente à influência da moral e da política no Direito.

Por essa forma, José Carlos Francisco<sup>6</sup> defende que o neoconstitucionalismo apresenta-se em oposição ao positivismo jurídico puro, uma vez que "[...] há claro reconhecimento do fato de valores morais e até mesmo elementos políticos adentrarem no campo normativo em razão da grande abertura semântica permitida pelos princípios [...]". Contudo, o autor não defende um antagonismo total entre a concepção neoconstitucionalista e o positivismo, ao afirmar que a referida oposição não abrangeria "[...] a todas as formas de manifestação do positivismo jurídico, especialmente o positivismo inclusivo ou moderado".

---

<sup>3</sup> BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Roy, 2012, p. 22.

<sup>4</sup> FRANCISCO, op. cit., p. 52.

<sup>5</sup> BARROSO, op. cit., p. 519-520.

<sup>6</sup> FRANCISCO, op. cit., p. 65.

Por um outro prisma, Barroso<sup>7</sup> analisa a questão e conclui que, de uma certa forma, o neoconstitucionalismo assume a postura de "[...] uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista [...]". Isto porque, o jusnaturalismo moderno concebia o Direito a partir da razão - *ratio* - e por princípios de justiça universalmente válidos - Direito Natural. O surgimento do positivismo sobrepõe-se ao pensamento jusnaturalista, ao abandonar as questões relacionadas à filosofia do Direito e legitimidade material das normas, contentava-se com a busca da objetividade científica, na valorização do procedimento e da forma. Não por acaso, fatos históricos ultrajantes determinaram a urgente necessidade de superação do pensamento positivista puro.

Na era da pós-modernidade, em que urgem preocupações afetas à justiça material para o caso concreto e a efetividade dos direitos formalizados no ordenamento jurídico, propicia-se o contexto adequado para o desenvolvimento da concepção neoconstitucionalista. Do ponto de vista pragmático, não se defende o total afastamento do Direito positivado. Ao contrário, visa-se aplicá-lo a partir de sua releitura à luz de uma interpretação inspirada por vieses ético e moral. Não por acaso, José Carlos Francisco<sup>8</sup> destaca a rejeição à jurisprudência dos conceitos - decorrente da "[...] aplicação mecanicista de subsunção do fato à norma que primava pela objetividade e pela segurança derivada da literalidade da lei [...]" -, bem como a superação da jurisprudência dos interesses, afeta a busca pela vontade da lei, e avança para uma perspectiva atrelada à jurisprudência dos valores. Conclui o jurista que "[...] a ideia mais atraente do neoconstitucionalismo é a busca de soluções adequadas segundo critérios de justiça material, o que se apresenta como medida coerente com as características da pós modernidade"<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> BARROSO, op. cit., p. 519-520.

<sup>8</sup> FRANCISCO, op. cit., p. 66.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 67.



Sob o enfoque teórico, há o abandono da concepção constitucional marcada pela passividade, em que a Constituição era vista como um apanhado de normas programáticas, restritas a implementar diretrizes e regular aspectos estruturais do Estado, e, conseqüente aproximação da ideia de "[...] reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicação direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica."<sup>10</sup> Tal mudança de paradigma, aponta o autor, atrelada ao ideário de "expansão da jurisdição constitucional" e da "hermenêutica jurídica", reflexo do "surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional" perfazem a base para o desenvolvimento da conjuntura neoconstitucionalista.

Diante disso, Britto e Agra<sup>11</sup> apontam que o neoconstitucionalismo visa à efetivação dos direitos fundamentais, à concretização dos postulados constitucionais, à busca da justiça material para o caso concreto. Destarte, rejeita-se a utilização pura do método descritivo - típico das ciências positivas, que se atêm a um juízo fático-descritivo da realidade, sem preocupação de intervir ou implementar modificações práticas, busca pela neutralidade e utilização restrita do mecanismo de subsunção quando da aplicação da norma jurídica -, para atrelar o método prescritivo - que prima pelo ativismo e pela flexibilidade, pela implementação de juízo de valor, e permite sanar contradições normativas por meio da utilização de aspectos axiológicos e de mecanismos de ponderação. O neoconstitucionalismo permite o uso de ambos os métodos, que não mais excluem-se mutuamente, pelo contrário, complementam-se.

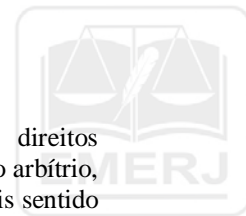
O neoconstitucionalismo possui, nos direitos fundamentais, o seu principal elemento de configuração, e sua concretização constitui-se o seu maior objetivo. Nessa linha, importante pontuação realizada por Thays Oliveira de Britto e Walber de Moura Agra:

---

<sup>10</sup> BARROSO, op. cit., p. 520.

<sup>11</sup> BRITTO; AGRA, op. cit., p. 19.





O caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o concretizar os direitos fundamentais, enquanto que o constitucionalismo clássico buscava limitar o arbítrio, dentro do delineamento da separação dos poderes. Atualmente não tem mais sentido impedir o surgimento de governos absolutistas, muito mais relevante é garantir a concretização de prerrogativas essenciais ao estabelecimento de um pacto vivencial da sociedade<sup>12</sup>.

Portanto, não mais é bastante o mero apontamento formal em sede constitucional dos direitos fundamentais. É essencial que se confira eficácia concreta a tais direitos, seja por meio de garantias conferidas pela instrumentalização de procedimentos efetivadores pelo próprio ordenamento jurídico-constitucional, seja por meio de uma postura ativa do Poder Judiciário no que tange à implementação dos direitos fundamentais.

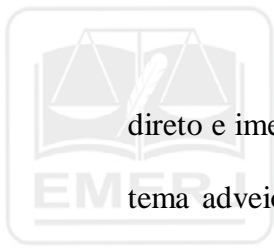
## **2. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Do ponto de vista histórico, a proteção dos direitos fundamentais foi concebida com o objetivo de garantir ao indivíduo proteção à sua dignidade enquanto pessoa humana, por meio da imposição ao Estado de limites à sua atuação. Por considerar que a relação entre o indivíduo e o ente estatal opera-se dentro de uma verticalidade, a proteção dos direitos fundamentais frente ao Estado é chamada de eficácia vertical dos direitos fundamentais. Desse modo, é possível apresentar os direitos fundamentais positivos - os quais visam obter do Estado uma prestação positiva efetivadora de um direito fundamental constitucionalmente garantido -, bem como os direitos fundamentais negativos - que, por outro lado, objetivam estabelecer ao ente estatal um dever de abstenção. Contudo, não constitui o ponto nodal deste trabalho proceder a análise detida da eficácia vertical dos direitos fundamentais. A introdução do assunto visa tão-somente diferenciá-lo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual é objeto do presente estudo, com finalidade meramente didática.

A tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por sua vez, trata da possibilidade de aplicação desses direitos no âmbito das relações privadas, seja de modo

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 24.



direto e imediato, seja indireta e mediatamente, a depender da teoria adotada. A relevância do tema adveio da percepção de que as relações de poder não se estabeleciam apenas entre o Estado e os indivíduos, mas também fora do Estado, nas relações entre particulares, sobretudo após o liberalismo econômico do século XIX, que possibilitou o surgimento de diversas formas de organização privada. Nesse contexto, a teoria da eficácia privada tem por objetivo garantir o cumprimento da dimensão funcional dos direitos fundamentais, isto é, "[...] assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos" por meio da "[...] sua aplicação em todas as situações nas quais possa ser comprometida essa esfera de autonomia, sendo irrelevante se isto ocorre em decorrência da atuação de um poder privado ou do público".<sup>13</sup>

Destarte, para a compreensão desse novo panorama é imprescindível a identificação dos pressupostos fático-jurídicos que possibilitaram a formulação e difusão da tese da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Como bem sintetiza Jane Gonçalves Pereira<sup>14</sup>, a ideia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser analisada a partir de quatro pressupostos.

Sob o enfoque estrutural do sistema jurídico, a opção por Constituições dotadas de rigidez e com ampliados catálogos de direitos constituiu-se em uma condição fundamental ao favorecimento da aplicação da supramencionada tese.

Sob o aspecto político-ideológico, destaca-se a sobreposição do Estado Social em detrimento do Estado Liberal até então vigente. Os postulados que vigoravam durante o liberalismo clássico - neutralidade do Estado frente à dinâmica social, igualdade formal, separação estrita entre o Estado e a sociedade civil - eram incompatíveis com o ideário da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares. Assim sendo, com o rompimento

---

<sup>13</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 456.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 452.

do paradigma liberal, o Estado assume uma feição intervencionista, a qual permite a imposição de valores substantivos aos indivíduos.

Ademais, a autora aponta ainda outras duas concepções essenciais à tese da eficácia horizontal, quais sejam, "[...] a constatação de que o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado, mas se manifesta também no seio da sociedade civil" e, ainda, "[...] a compreensão da Constituição como "ordem de valores da comunidade", ou seja, como estatuto axiológico que visa ordenar todas as esferas da vida social [...]".<sup>15</sup>

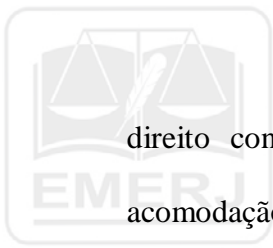
A mudança paradigmática trazida por esta última concepção surge na Alemanha, a partir da Lei Fundamental de Bonn de 1949. Considerando que neste período pós-guerra a Alemanha passava por profundas transformações, a teoria constitucional germânica experimentou uma reaproximação aos postulados jusnaturalistas. Nessa conjuntura, explica Jane Gonçalves Pereira<sup>16</sup> que, aos direitos fundamentais é conferido uma dupla dimensão. Uma, subjetiva, concernente à posição jurídica do indivíduo em face do Estado; e outra, objetiva, proveniente de uma ordem de valores que devem dirigir a vida em sociedade e orientar as ações dos poderes públicos.

Essa novel perspectiva de análise dos direitos fundamentais teve início na decisão do caso Lüth, proferida pela Corte Constitucional Alemã em 1958. Em suma, ratificou-se num primeiro momento a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, isto é, sua destinação a proteger o indivíduo em face do Estado. Todavia, também evidenciou-se o caráter objetivo dos direitos fundamentais, na medida em que foi deduzido um efeito de irradiação destes por todo o ordenamento jurídico. Este efeito de irradiação decorre do poder de conformação que o direito constitucional exerce sobre os demais ramos do Direito. Nas palavras de Jane Gonçalves Pereira, "trata-se de uma fórmula que traduz o processo de integração entre o

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 453.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 458.



direito constitucional e o direito ordinário, bem como a necessidade de adaptação e acomodação do segundo ao primeiro".<sup>17</sup>

Nesse contexto, surge na Alemanha na década de 1950 os primeiros esboços teóricos sobre a então denominada eficácia perante terceiros. Apesar da resistência de parcela doutrinária, a qual negava a possibilidade de se aplicarem normas de direitos fundamentais na esfera do direito privado, teve-se início tanto na doutrina como na jurisprudência germânicas o debate acerca da incidência e da admissibilidade de tais direitos na órbita privada, bem como, surgiu a preocupação com a delimitação quanto à forma e ao grau de sua aplicação.

Por um lado, havia o pensamento, capitaneado por Nipperdey<sup>18</sup>, que afirmava a possibilidade de aplicação direta ou imediata do direitos fundamentais no âmbito particular. Em sentido diverso era o discurso preconizado pela teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, cujo principal defensor no âmbito da dogmática era Günther Dürig<sup>19</sup>.

Inicialmente, é importante frisar que ambas as teorias convergiam num mesmo ponto: a premissa de que os direitos fundamentais estabeleciam, ao mesmo tempo, direitos subjetivos públicos oponíveis ao Estado; e uma ordem valorativa objetiva propagadora de efeitos em todos âmbitos do direito. A partir daí, divergem as conclusões de cada concepção.

Em relação à teoria da eficácia direta ou imediata, sua principal característica reside no fato de defender que os valores objetivos que emanam da Constituição devem afetar diretamente as relações entre os particulares, de modo que sua aplicação não se restrinja à intermediação das cláusulas gerais do direito civil.

---

<sup>17</sup> Ibidem, p. 461.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 464.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 467.

Jane dos Reis Gonçalves explica que a referida tese "postula a incidência *erga omnes* dos direitos fundamentais, que assumem a condição de direitos subjetivos em face de pessoas privadas que se encontrem em posições de poder".<sup>20</sup>

Por outro lado, a teoria da eficácia indireta ou mediata fundamenta-se na ideia de que "a dimensão objetiva e valorativa dos direitos não acarreta sua incidência direta nas relações privadas, mas apenas implica a necessidade de que sejam levados em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do direito privado".<sup>21</sup> Sob esse prisma, aponta-se uma restrição à aplicação dos direitos fundamentais ao assentar necessariamente sobre um órgão estatal - Legislativo, quando da elaboração das leis; ou Judiciário, quando de sua aplicação - a responsabilidade de efetivação dos aludidos direitos no âmbito privado. O principal argumento que embasa a necessidade de aplicação indireta dos direitos fundamentais quanto à órbita das relações privadas conecta-se ao temor que a possibilidade de eficácia direta importaria num esvaziamento da autonomia privada. Portanto, justifica-se a necessidade de que cláusulas gerais realizem essa permuta valorativa entre o Direito Público e o Direito Privado.

Especificamente quanto ao contexto brasileiro, interessante é a ponderação realizada por Daniel Sarmento. Para o autor:

[...] a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.<sup>22</sup>

O autor aborda os argumentos que corroboram a adoção da tese da eficácia horizontal direta e imediata no âmbito jurídico pátrio. A priori, o mestre aponta que a

---

<sup>20</sup> Ibidem, p. 466.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 467.

<sup>22</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 3. Tir. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 237.



característica marcante da socialidade encontra-se largamente impregnada na Carta Política brasileira, fato que a difere do sistema de direitos fundamentais atinente ao modelo germânico, no qual evidencia-se predominantemente a preocupação com a eficácia vertical dos referidos direitos, obviamente em razão do contexto histórico em que foi promulgada a Lei Fundamental de Bonn de 1949.

Outrossim, o autor aponta os diversos argumentos contrários à tese da vinculação direta e imediata nas relações privadas, refutando-os, um a um, logo em seguida. O primeiro argumento afirma que a vinculação direta comprometeria em demasia a autonomia privada. Segundo Sarmiento, refuta-se esse ponto, tendo em vista que a autonomia privada não exprimiria um valor absoluto, e, portanto, seria passível de ponderação com outros interesses e direitos constitucionais.<sup>23</sup>

A segunda tese assevera que a teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais seria antidemocrática, uma vez que atribuiria poderes excessivos ao Judiciário, em detrimento do Legislativo. Prontamente o autor rebate a afirmação ao pontuar permanece existindo "um espaço legítimo para que o legislador pondere a autonomia privada com os direitos fundamentais, estabelecendo a partir daí as normas de regência das relações privadas".<sup>24</sup>

O terceiro argumento aponta que a adoção da aludida teoria importaria em uma insegurança jurídica, visto que conflitos privados seriam solucionados por meio de princípios constitucionais vagos e abstratos. Embora reconheça a ponderabilidade dessa objeção, Sarmiento contesta-a ao avaliar que esta questão não se conecta apenas ao âmbito da teoria da aplicação horizontal dos direitos fundamentais. A partir do advento da jurisprudência dos conceitos no final do século XIX, com a adoção, pelo Direito Privado inclusive, de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, não é mais possível falar em uma segurança absoluta. Ainda assim, é possível a redução do grau de incerteza por meio da aplicação de

---

<sup>23</sup> Ibidem, p. 240.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 241.

diversas fórmulas já conhecidas, dentre as quais, se aponta a 'ponderação de interesses'. Além disso, a segurança é um dos valores aspirados pelo Direito, mas não o único.<sup>25</sup>

Por fim, argumenta-se que a teoria da eficácia direta e imediata colocaria em risco a autonomia e identidade do Direito Privado, o qual seria "colonizado" pelo Direito Constitucional. Em síntese, o referido autor assevera que "nenhum ramo do Direito, público ou privado, sobrevive hoje às margens da normatividade constitucional".<sup>26</sup>

Por conseguinte, com aquiescência integral aos fundamentos apontados, é possível afirmar que no contexto jurídico brasileiro aplica-se a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais.<sup>27</sup>

### **3. O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

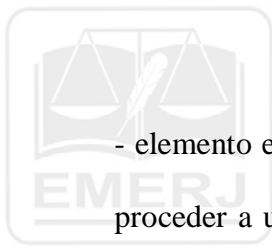
Consubstanciado o fato de que no Brasil adota-se a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, cumpre realizar com maior profundidade uma reflexão acerca do papel do Judiciário como - principal, embora não único

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 242-243.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 243.

<sup>27</sup> A maioria da doutrina espousa a referida tese, sendo possível mencionar: Ingo Wolfgang Sarlet, Wilson Steinmetz, Jane Reis Gonçalves Pereira, Virgílio Afonso da Silva, Carlos Roberto Siqueira Castro, Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso. Na jurisprudência do STF, apesar de alguns julgados passarem ao largo da discussão, infere-se de suas conclusões a adoção da aludida teoria nos seguintes julgados: RE n.º 158.215-4/RS (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1582154. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 30 abr. 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28158215%2ENUME%2E+OU+158215%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvks5zm>>. Acesso em 17 mar. 2016.); RE n.º 161.243-6/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1612436. Relator Ministro Carlos Mário Velloso. Julgado em 29 out. 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28161243%2ENUME%2E+OU+161243%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j63dqbv>>. Acesso em 17 mar. 2016.); RE n.º 251.445-GO (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 251445. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 21 jun. 2000. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>>. Acesso em 17 mar. 2016.); RE n.º 201.819/RJ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 27 out. 2010. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736142/recurso-extraordinario-re-201819-rj/inteiro-teor-103121715>>. Acesso em 17 mar. 2016.).



- elemento efetivador dos aludidos direitos na seara particular. Diante disso, é imprescindível proceder a uma abordagem dos aspectos concernentes ao ativismo judicial e o fenômeno da judicialização das relações sociais.

Nas lições de Lênio Streck, vislumbram-se duas correntes opostas que tratam do tema. A primeira refere-se ao procedimentalismo, na qual se destaca como principal defensor Habermas. A segunda, por sua vez, denomina-se substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, Ackerman, Dworkin, dentre outros, e, no Brasil, a título de exemplo, autores como Paulo Bonavides, Fabio Comparato, Celso Antônio Bandeira de Mello e Eros Grau.<sup>28</sup>

Sinteticamente, é possível afirmar que a corrente procedimentalista critica o chamado ativismo judicial, sendo intolerante à invasão da política e da sociedade pelo direito. Streck explica que a tese procedimentalista, partindo da teoria do discurso para promover a interpretação distintiva entre política e direito "parte da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX [...] denotam uma compreensão procedimentalista do direito".<sup>29</sup> Complementarmente, afirma o autor que o Estado Democrático de Direito vê no Judiciário "o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação, através da qual revela [...] o postulado [...] da exigência de imparcialidade não só do Executivo, mas, sobretudo, do juiz na aplicação e definição cotidiana do direito".<sup>30</sup>

No que tange à corrente substancialista, o mestre ensina que:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na

<sup>28</sup> Lênio Streck explica que "também os adeptos do assim denominado "constitucionalismo da efetividade", vinculados à Teoria da Argumentação Jurídica (por todos, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos), podem ser elencados no rol dos defensores de teses substancialistas." - STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ibidem.



do Ocidente. Coloca, pois em xeque, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.<sup>31</sup>

Consequentemente, conclui o doutrinador ser "[...] inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais (produção democrática do direito), o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional".<sup>32</sup>

Apesar de concordar que, do ponto de vista teórico, a corrente substancialista ofereça melhor aporte para percepção mais acurada da problemática da jurisdição constitucional, Streck adverte contra o ativismo judicial contaminado pelo solipsismo<sup>33</sup> habermasiano.

Deste modo, já aqui vale deixar claro que a defesa do substancialismo sem um compromisso com uma teoria da decisão acaba jogando essas teses (substancialistas) nos braços do voluntarismo jurídico. Em outras palavras: se o juiz pouco pode fazer no procedimentalismo, a circunstância de este poder implementar direitos segundo seus critérios pessoais (a partir de um behaviorismo judicial), sem um rígido controle no plano da resposta (decisão), acaba por dar razão às teses restritivas defendidas por autores defensores das teses procedimentalistas.<sup>34</sup>

Por outro lado, também não é concebível, tampouco aceitável, a inércia do Poder Judiciário diante das lesões aos direitos fundamentais na esfera privada, como se tem defendido até agora. Em que pese a ressalva apontada acima, conclui o notável jurista o seguinte:

Em face do que foi exposto, entendo que o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva aqui defendida, concebe-se ao Poder Judiciário (*latu sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos construídos democraticamente - e postos na Constituição - têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais.<sup>35</sup>

---

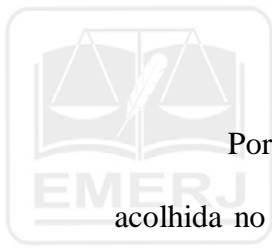
<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 163-164.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>33</sup> A denominação 'solipsismo', cunhada por Habermas, relaciona-se à concepção da "[...] descrição do juiz como um Hércules que teria que confiar em suas habilidades pessoais e individuais a garantir-lhe acesso à justiça [...]" - *Ibidem*, p. 158.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 177-178.



Portanto, com fundamento na corrente substancialista, a qual foi amplamente acolhida no Brasil conforme já demonstrado, o Poder Judiciário tem o dever de adotar uma postura ativa, como agente efetivador e garantidor dos direitos fundamentais insculpidos na Carta Política de 1988. Obviamente, deve-se resguardar certa cautela a fim de que não incorra na conduta impregnada pelo solipsismo tão criticado pelo procedimentalismo. Contudo, impensável atualmente afastar o fenômeno da judicialização das relações sociais, de modo que cabe ao Judiciário - inclusive em observância ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário disposto no art. 5º, XXXV, da - CFRB, uma atuação efetiva na defesa dos direitos fundamentais de forma direta e imediata, tanto no âmbito vertical, como na esfera das relações privadas.

## CONCLUSÃO

Ante a tudo o que foi exposto neste trabalho, conclui-se que, após acurada análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, o Poder Judiciário ocupa um papel de destaque como agente assegurador da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Partindo-se da nova perspectiva introduzida pelo Neoconstitucionalismo no que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais, a qual culminou no remodelamento do Direito a partir da ótica constitucional, não mais atende aos ditames jurídico-sociais o simples apontamento formal em sede constitucional dos direitos fundamentais. A concretude da eficácia de tais direitos encontra-se ínsita em nosso sistema, com fundamento nas teorias interpretativas adotadas pelo Direito Pátrio.

No que tange à eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi visto que o Brasil adota a teoria da eficácia direta e imediata, de modo que para a efetivação dos direitos fundamentais entre particulares não há que se falar em qualquer tipo de intermediação - do

Poder Legislativo, por exemplo, uma vez que é possível a aplicação imediata dos valores constitucionalmente garantidos -, tampouco há restrições no âmbito de aplicação às cláusulas gerais de direito.

Finalmente, foi feita uma reflexão acerca do papel do Judiciário como elemento garantidor da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por meio de uma abordagem de aspectos concernentes ao ativismo judicial e o fenômeno da judicialização das relações sociais, de modo que concluiu-se pela adoção no Brasil da corrente substancialista, pela qual o Poder Judiciário possui maior amplitude de atuação na efetivação de direitos constitucionalmente insculpidos, observada a ressalva do solipsismo habermasiano.



## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os fundamentos e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1582154. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 30 abr. 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28158215%29%28ENOME%2E+OU+158215%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvks5zm>>. Acesso em 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1612436. Relator Ministro Carlos Mário Velloso. Julgado em 29 out. 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28161243%29%28ENOME%2E+OU+161243%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j63dqbv>>. Acesso em 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 251445. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 21 jun. 2000. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>>. Acesso em 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 27 out. 2010. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736142/recurso-extraordinario-re-201819-rj/inteiro-teor-103121715>>. Acesso em 17 mar. 2016.

BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Roy, 2012.

FRANCISCO, José Carlos et al. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Roy, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 3. Tir. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

## O JUDICIÁRIO COMO SOLUÇÃO PARA TODOS OS PROBLEMAS

Anna Luiza Vitor de Moraes

Graduada pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj)

**Resumo:** O tema aborda a judicialização das relações pessoais por meio de uma afirmação jurídica de direitos morais e criação de princípios jurídicos. Será analisada a grande ingerência estatal em problemas do cotidiano, que não deveriam e não devem ser discutidos no Judiciário. Um dos objetivos do trabalho é chamar atenção para a crescente criação de princípios desprovidos de carga axiológica e com o intuito de garantir quaisquer tipos de anseios como os princípios da afetividade e da felicidade.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Judicialização. Ativismo Judicial. Moral. Princípios.

**Sumário:** Introdução. 1. Judicialização e Inafastabilidade do Judiciário 2. O Papel dos Princípios como Solução dos mais Diversos Conflitos 3. O Judiciário Como Solução Para Todos os Problemas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de judicialização de questões pessoais, notadamente as referentes a relacionamentos.

Procura-se demonstrar que a “necessidade” de enfrentamento pelo Judiciário de questões tão subjetivas tem levado à criação de princípios, como os da afetividade e felicidade, reaproximando o direito da moral.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se essa crescente judicialização e a criação de novos princípios beneficia a sociedade ou põe em risco a segurança jurídica e a liberdade das pessoas.



A Constituição Federal estabelece como princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a segurança jurídica.

Nesse contexto, mostra-se cabível indenização por danos morais em fim de relacionamentos amorosos? Por abandono afetivo? As pessoas são obrigadas a amar incondicionalmente, sem direito de arrependimento?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário nas relações pessoais e afetivas dos indivíduos.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os conceitos de “judicialização” e “ativismo judicial” e compreender a amplitude que tais fenômenos tomaram no ordenamento jurídico pátrio.

Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a grande quantidade de ações no Judiciário com pedidos de indenização por danos morais decorrentes de “decepções” afetivas e se a intervenção do Poder Judiciário nas questões atinentes ao afeto é uma alternativa viável para coibir esse tipo de conduta.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão que a crescente judicialização das relações pessoais tem gerado no ordenamento jurídico pátrio, notadamente quanto uma reaproximação do direito e a moral.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se a criação de novos princípios nesse contexto, assim como a afirmação de direitos morais, estariam de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, notadamente se não ferem a segurança jurídica e liberdade individual.

Ademais, aborda-se nesse capítulo a eficiência do Judiciário quando da análise das questões pessoais que lhe são postas.

O terceiro capítulo destina-se a analisar se realmente há necessidade de enfrentamento pelo Judiciário de questões pessoais e morais. Esse capítulo tem por objetivo comprovar, com base nos princípios constitucionais da liberdade e segurança jurídica, que o Judiciário não pode e nem vai resolver todos os problemas da sociedade.

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

## **1. JUDICIALIZAÇÃO E INAFSTABILIDADE DO JUDICIÁRIO: UMA APROXIMAÇÃO DO DIREITO À MORAL?**

O Judiciário brasileiro tem sido cada vez mais obrigado a enfrentar questões pessoais que lhe são postas, acarretando uma verdadeira judicialização das relações humanas e uma certa reaproximação entre direito e moral.

Nesse contexto, o neoconstitucionalismo tem por objetivo atingir uma efetiva concretização de direitos fundamentais, conforme ensina Roberto Barroso:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> BARROSO apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012, p.67.

É parte disso porque, nos termos do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, a grande facilidade de acesso ao Judiciário assegurada nos últimos anos, somada a uma nova cultura pátria de que o Estado deve garantir todos e quaisquer direitos, assim como de que todos os males da vida merecem ser compensados, verifica-se que o Judiciário encontra-se abarrotado com a apreciação de questões pessoais e íntimas, gerando uma preocupação doutrinária. Nesse sentido Wilis Santiago Guerra Filho:

Assim é que se torna admissível e, mesmo, necessária a atribuição de competência ao Estado para, tutelando primordialmente o interesse público, fazer o devido balizamento da esfera até aonde vão interesses particulares e comunitários, para o que, inevitavelmente, restringirá direitos fundamentais, a fim de assegurar a maior eficácia deles próprios, visto não poderem todos, concretamente, serem atendidos absoluta e plenamente. É nessa dimensão, objetiva, que aparecem princípios como o da isonomia e proporcionalidade, engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, sendo, portanto, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde poderemos incluí-los na categoria, equiparável, das “garantias fundamentais”.<sup>3</sup>

Nesse contexto, com fundamento na inafastabilidade do Poder Judiciário, esse tem de encontrar maneiras de resolver essas questões, maneiras essas nem sempre “acertadas” e eficientes.

Tal afirmação pode ser comprovada pela menção a algumas decisões, notadamente dos Tribunais Superiores, quem têm efetivado direitos como a felicidade e condenado condutas como “abandono psicológico”.

Por exemplo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 o Ministro Celso de Mello<sup>4</sup> informa que “a pesquisa com células-tronco embrionárias (...) significa a

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 05 mar.2016.

<sup>3</sup> GUERRA FILHO, Wilis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 36.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 5 mar. 2016.



celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.”

O direito à felicidade restou estampado, também, na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que entendeu pela constitucionalidade da união entre pessoas do mesmo sexo com fundamento, entre outros, no direito à busca pela felicidade<sup>5</sup>.

Por fim, em recente decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em verdadeira mudança de entendimento, este entendeu pela existência de direito a compensação por danos morais por abandono psicológico dos genitores em relação à sua prole.<sup>6</sup>

Nesse cenário surgem diversas discussões como os limites da judicialização, segurança jurídica, e a ingerência estatal na vida privada.

Nesse sentido, vale registrar que tramitou projeto de Emenda à Constituição no Congresso Nacional<sup>7</sup> com o objetivo de alterar a redação do art. 6º da Constituição Federal passando a considerar os direitos ali previstos como direitos sociais essenciais à busca da felicidade, o qual não fora aprovado.

Não se quer neste artigo desmerecer o “direito à felicidade”, nem a afetividade com que os genitores devem criar seus filhos, busca-se aqui analisar as consequências da judicialização de questões pessoais e íntimas e o conflito de interesses, direitos, presentes nessas hipóteses.

O conflito de direitos presente nessas hipóteses é mais perceptível na análise de casos de pedido de indenização por danos morais pelo término de relações afetivas e abandono psicológico.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 RJ. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 5 mar.2016.

<sup>6</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1159242 SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901937019>> Acesso em 5 mar. 2016.

<sup>7</sup>BRASIL. Senado Federal. Projeto de Emenda à Constituição nº 19 de 2010. Senador Cristovam Buarque. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>> Acesso em: 5 mar.2016.



Por mais que os tribunais já tenham decidido pelo não cabimento de danos morais pelo fim de relacionamento afetivo, o simples fato de a pessoa ter que ir a Juízo defender-se de seu direito de ir e vir, direito à liberdade de tomar os rumos que desejar, já caracteriza um abuso.

Quais seriam os limites da inafastabilidade do Judiciário? Até que ponto tais análises são de competência do Judiciário?

Além disso, a análise aqui proposta busca levantar o seguinte questionamento sobre a eficiência da atuação do Judiciário nesse âmbito: Até que ponto uma decisão judicial nesses casos traz de fato felicidade às partes? E afeto?

Todos os dias o Judiciário tem sido acionado a resolver tais questões, talvez porque as pessoas se sentem motivadas pelas decisões, como já mencionadas que declaram o direito à busca pela felicidade e penalizam o abandono psicológico.

Apesar de a questão parecer simples, levando até a se pensar na utilização da técnica da ponderação para a análise do conflito de princípios instalado nessas situações, não seria o caso de o Judiciário valer-se da previsão constante no art. 330 do Código de Processo Civil de 2015, com correspondência no art. 295 do Código de Processo Civil de 1973, que dispõe que a inicial será liminarmente rejeitada quando o pedido dela constante for juridicamente impossível?

Assim, as decisões do Judiciário têm sido cada vez mais criticadas em face da (in)eficiência, vale registrar entendimento doutrinário sobre o tema:

Defende-se, isto sim, que as considerações tipicamente jurídicas levem em conta também as consequências da solução a ser adotada, pois, [...] ainda que nem toda solução justa seja eficiente, toda solução ineficiente certamente é injusta, considerando que não se pode conceber como justiça a busca de finalidades através do desperdício de recursos insuficientes para atender todas as necessidades humanas.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Racionalidade do processo de solução de colisões entre direitos fundamentais à luz da análise econômica do direito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21780/racionalidade-do-processo-de-solucao-de-colisoes-entre-direitos-fundamentais-a-luz-da-analise-economica-do-direito>>. Acesso em 01.09.2012.

O Judiciário não tem sido eficiente na sua atuação tendo em vista, entre outros fatores, a enorme demanda de ações que adentram suas portas todos os dias o que leva à análise sem fim de até quando o direito de um pode ou não prejudicar o dos demais, conforme aponta a mais moderna doutrina sobre o tema, vale colacionar:

A máxima da eficiência, expressamente agasalhada pelo art. 37 da Constituição Federal, portanto, deve servir de parâmetro adicional à da proporcionalidade, dando-lhe mais concretude e permitindo um maior controle intersubjetivo das decisões tomadas em seu nome. A efetivação prática dessa máxima é imperiosa num país com tantos desafios como o Brasil, de modo a, mais velozmente, se lograr a efetivação de direitos e garantias fundamentais nela previstos, sem recair em posições utópicas que desconsideram os custos – inclusive os de oportunidade – da efetivação de tais direitos.<sup>9</sup>

Isso posto, até que ponto o Judiciário deve solucionar todos e quaisquer anseios pessoais? Até que ponto o Judiciário tem capacidade para tal? Seja essa capacidade física, financeira, administrativa, estrutural, ela possui limites.

## 2. O PAPEL DOS PRINCÍPIOS COMO SOLUÇÃO DOS MAIS DIVERSOS CONFLITOS

Inicialmente, insta registrar o papel que os princípios desempenham diante deste cenário, notadamente em função de a legislação positivada, no que se refere a normas, não dispor sobre todos os possíveis direitos, mostrando-se necessária a distinção entre normas e princípios.

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.<sup>10</sup>

Na teoria jurídica tradicional, os princípios não eram considerados normas jurídicas como o são modernamente, mas sim tidos como um meio de integração do ordenamento jurídico, na falta de lei regulamentadora específica.

---

<sup>9</sup> BARRETO, op. it, p.c 17.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.



E isso é o que se extrai do texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Decreto-lei nº 4.657/42 - “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Todavia, com a chegada do neoconstitucionalismo, fora conferida uma certa normatividade aos princípios, que passaram a desempenhar um novo papel no ordenamento jurídico pátrio, criando-se uma distinção entre esses e as regras.

Nesse contexto, faz-se necessário estabelecer conceitos essenciais à delimitação do objeto a ser investigado nesse estudo, qual seja, o conceito de princípios. Assim, o entendimento atual sobre o tema é no sentido de que princípios e regras constituem espécies do gênero norma constitucional:

É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.<sup>11</sup>

Os princípios, segundo Gilmar Ferreira Mendes, constituem mandados de otimização de bens jurídicos. Vale colacionar:

Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso atraí.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> BARROSO apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 152.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 274.

O atual ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal e doutrinador conclui, ainda, que os “direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>13</sup>.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Robert Alexy firmado após a análise de casos concretos julgados pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão:

Os sopesamentos de interesses demonstram com grande clareza que o Tribunal Constitucional Federal concebe as normas de direitos fundamentais (pelo menos também) como princípios. Isso pode ser percebido de forma ainda mais clara quando o tribunal formula expressamente mandamentos de otimização, como, por exemplo, no caso da decisão sobre o Partido Comunista Alemão (BVerfGE 5, 85 (204)): “o desenvolvimento de sua personalidade na maior medida possível”; na decisão sobre farmácias (BVerfGE 7, 377 (403)): “A escolha da profissão (...) deve ser protegida o máximo possível contra intervenções dos poderes estatais”; e na decisão sobre regulação dos ofícios manuais (BVerfGE 13, 97 (195)): “a maior liberdade possível na escolha da profissão” [...].<sup>14</sup>

O mesmo doutrinador, ao discorrer a respeito da diferenciação entre regras e princípios, já conclui que a aplicação de princípios a casos concretos possui limites. Vale colacionar:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os princípios são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As regras, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.<sup>15</sup>

Por conclusão, é justamente no anseio, tido por muitos como dever do Judiciário de resolver todos os problemas que lhe são postos que são criados novos princípios, como recentemente o da felicidade e o da afetividade, e aplicados os já existentes indiscriminadamente, sem a preocupação com as consequências e efeitos daquela decisão.

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 227.

<sup>14</sup> ALEXY, op. cit., p.94.

<sup>15</sup> ALEXY apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev., amp. e atual. Salvador. JusPodivm, 2010. p. 155.

### 3. O JUDICIÁRIO COMO SOLUÇÃO PARA TODOS OS PROBLEMAS

A ingerência estatal aqui criticada é vedada, expressamente, no que tange às relações familiares, conforme se extrai do art. 1.513 do Código Civil de 2002, *verbis*: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Nesse contexto, a retomada dessa postura paternalista pelo Judiciário, há tempos superada pela separação entre direito e moral, demonstra claro retrocesso social, afrontando princípios constitucionais como o da segurança jurídica e da liberdade.

Essa é crítica da mais moderna doutrina pátria, que entende que o estado “dá com uma mão, para tirar com a outra”, pois ao mesmo tempo em que promulga as mais diversas formas de liberdade, vem por meio de normas jurídicas, interpretações jurídicas e até mesmo criação de princípios, regular o exercício dessas liberdades limitando-as.

Nesse ponto impõe registrar o entendimento da doutrinadora Maria Berenice Dias quanto à criação do princípio da afetividade, e a responsabilidade civil daí decorrente:

No momento histórico em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, não mais existem razões que justifiquem essa excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. A esfera privada das relações conjugais tende cada vez mais a repudiar a interferência do poder público, não se podendo deixar de concluir que está ocorrendo uma verdadeira e injustificável estatização do afeto.<sup>16</sup>

Outro exemplo característico dessa realidade foi a inserção no Código Civil de 2002 do art. 1.240-A pela Lei nº 12.424 de 2011, criando a figura jurídica da “usucapião familiar”, assim denominada pela doutrina, vale colacionar:

Art. 1240-A: Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. *A estatização do afeto*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_-\\_a\\_estatiza%E7%E3o\\_do\\_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_estatiza%E7%E3o_do_afeto.pdf)> Acesso em: 09 abr. 2016.

cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.<sup>17</sup>

Ora, a referida norma jurídica constitui verdadeira punição àquele que resolve sair de casa para evitar situações constrangedoras e indesejadas, não devendo o estado interferir nessa escolha.

Ademais, comparando essa nova regra jurídica com as novas discussões traçadas no seio do ordenamento jurídico pátrio recentemente – quanto ao direito à felicidade e indenização por abandono psicológico, por exemplo -, verifica-se que o Estado tem criado uma forma de compensar as mais diversas decepções da vida com indenizações ou sanções pecuniárias, criando e fomentando na sociedade a chamada “indústria da indenização”.

Assim, o que se verifica nessas situações é que sob o pretexto de proteger minorias, o estado tem tomado medidas desproporcionais afrontando, não só o bom senso, como princípios constitucionais. Segundo Barroso:

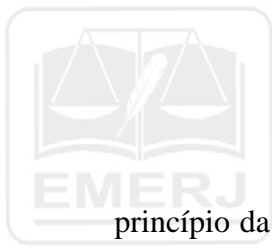
Ao lado de intervenções necessárias e meritorias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.<sup>18</sup>

Em diversas vezes, como no caso da responsabilidade civil por abandono afetivo afirmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça há uma criação de norma, dever jurídico, pelo Judiciário, e não a interpretação de norma jurídica uma vez que tal julgamento se baseou no

---

<sup>17</sup> BRASIL. Lei 12.424, de 16 de Junho de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm)> Acesso em: 09 abr.2016.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 09 abr. 2016.



princípio da afetividade de criação jurisprudencial. Ou seja, qual legitimidade pode se conferir a essa decisão?

O mesmo pode ser dito das decisões tomadas com base no princípio da felicidade, cuja inserção no texto constitucional não fora aprovada pelo Congresso Nacional, que possui a legitimidade democrática adquirida pelo voto para tanto.

Verifica-se, portanto, que não pode o estado, representado nesse contexto, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Judiciário, buscar implementar a todo custo todos os direitos - escolhas devem ser feitas - “isso implica aceitar que nem todas as necessidades sociais serão supridas e que nem todas as injustiças serão resolvidas pelo ordenamento jurídico e pelos tribunais.”

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, a administração pública, em todas as suas esferas, deve ter por norte o fato de estar inserida em uma sociedade de recursos escassos, em que a maioria das pessoas não poderão ter na vida tudo o que querem, acarretando, necessariamente, a tomada de decisões a fim de garantir uma certa proporcionalidade na divisão dos bens e efetivação de direitos.

Nesse contexto, o que deve nortear a atuação de tais poderes é o pressuposto de que os direitos devam ser implementados e assegurados da maneira mais eficiente possível, conforme informa a Constituição Federal de 1988.

A eficiência, como norte a pautar a atuação da administração pública foi inserida no art. 37 da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998. Todavia, antes do advento da emenda, a doutrina já afirmava que o princípio da eficiência poderia ser inferido do teor do art. 74, inciso II, da Constituição Federal.



Ademais, é de aceitação geral o fato de que o desperdício de recursos, em uma sociedade com tantas carências, implica em não realização da Justiça, o que deve ser observado e resguardado pelo Poder Público.

Portanto, o Judiciário e o Legislativo devem atentar-se às consequências de suas decisões, notadamente da sua repercussão nos direitos dos demais indivíduos da sociedade, como em relação aos direitos de liberdade, segurança jurídica e igualdade.

Verifica-se, pois, que o estado deve atentar-se aos bônus e ônus da implementação de direitos que busca fazer, e a forma de fazê-lo, uma vez que retirar a propriedade do ex-cônjuge que abandona o lar e de boa-fé deixa o outro lá vivendo, não constitui efetivar direitos, mas sim fere princípios constitucionais, como o da liberdade, e morais, como da boa-fé.

O mesmo pode ser dito da responsabilização dos genitores por abandono psicológico. O entendimento firmado não é capaz de dar um exemplo à sociedade para que ame mais a seus filhos, ao contrário, fomenta discórdias e, pior, busca compensar em dinheiro o que não pode ser dado em afeto.

Não bastasse, é possível concluir, ainda, que o Judiciário Brasileiro não possui condições de enfrentar todas essas demandas que lhe são postas de forma eficiente. Ora, o Judiciário Brasileiro enfrenta nos últimos anos uma verdadeira crise de ineficiência e morosidade, em que parcela considerável dos processos em tramite demoram dez, quinze anos para serem sentenciados, sem falar do prazo para liquidação e cumprimento das sentenças.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Racionalidade do processo de solução de colisões entre direitos fundamentais à luz da análise econômica do direito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21780/racionalidade-do-processo-de-solucao-de-colisoes-entre-direitos-fundamentais-a-luz-da-analise-economica-do-direito>>. Acesso em 01.09.2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 09 abr. 2016.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 05 mar.2016.

\_\_\_\_\_. Lei 12.424, de 16 de Junho de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112424.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112424.htm) > Acesso em: 09 abr.2016.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Emenda à Constituição nº 19 de 2010. Senador Cristovam Buarque. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>> Acesso em: 5 mar.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 5 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 RJ. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 5 mar.2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev., amp. e atual. Editora JusPodivm, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *A estatização do afeto*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_-\\_a\\_estatiza%E7%E3o\\_do\\_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_estatiza%E7%E3o_do_afeto.pdf)> Acesso em: 09 abr. 2016.

GUERRA FILHO, Wilis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva, 2007.

## LÓGICA ADVERSARIAL E O NOVO CPC

BÁRBARA TEIXEIRA GUEDES

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Mestre em Educação e Saúde pela Universidade Plínio Leite.

**Resumo:** O Novo Código de Processo Civil entra em vigor institucionalizando a mediação nos processos judiciais, objetivando promover a celeridade na resolução dos conflitos sociais. Então, ao trazer a mediação e a conciliação voltadas para a solução do litígio, o Novo Código atende aos anseios da Resolução 125 - de 29 de Novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça -, que estimula prioritariamente a “Cultura da Paz”, buscando romper com a denominada “cultura do litígio”. Mas, para tanto, faz-se necessário que as universidades de Direito venham a adequar sua grade curricular na formação de novos operadores do Direito, ora voltados para atender a uma nova realidade social, há muito ansiosa por um acesso ao judiciário que promova resoluções, em tempo razoável e com a eficácia necessária.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Lógica Adversarial. Mediação. Novo Código de Processo Civil. Resolução nº 125 do CNJ.

**Sumário:** Introdução. 1. A Mitigação da Sentença em prol de uma Resolução de Conflito Mais Célere e Justa. 2. A Formação do Advogado e a Necessidade de sua Adequação Para a Solução Amistosa de Conflitos. 3. O Novo Código de Processo Civil e a Formação de um Novo Judiciário. Conclusão. Referências.



O presente trabalho discute, em três capítulos, como o Novo Código de Processo Civil traz a Mediação como uma das formas de solução para litígio, auxiliando na formação do bacharel em Direito, uma vez que esse terá de se preparar, durante sua formação, para resolver conflitos, agora não só na base do litígio. Nosso trabalho desenvolve-se, então, em três capítulos.

O primeiro procura demonstrar como a sentença poderia ser mitigada para a resolução do conflito, pois, às vezes, uma resolução lógico-formal não seria a maneira mais razoável de finalização da contenda entre as partes. Parte-se, portanto, da premissa de que a mediação seria - em tese - uma forma de resolução de conflitos mais célere e justa.

Já no segundo capítulo pondera-se como a Lógica Adversarial, ensinada (e sedimentada) na formação do advogado, poderia influenciá-lo, levando à não aceitação da Mediação como solução para o litígio. Busca-se, assim, nesse momento, apresentar quais estratégias poderiam ser realizadas para que a Mediação pudesse ser considerada como uma aliada – eficiente e eficaz - na solução dos conflitos sociais.

No terceiro capítulo, por sua vez, demonstra-se como a Mediação seria uma real possibilidade de evolução judiciária, gerando, desse modo, uma quebra de paradigmas (há muito enraizados) no sistema judiciário. Formar-se-á, então, um novo operador do direito – aquele que ouve, avalia, pondera, enfim, harmoniza as partes – e não mais o que aplica rigidamente a lógica formal da legislação, pura e simplesmente.

A pesquisa realizada é de natureza qualitativa. Seguirá a metodologia bibliográfica de natureza descritiva, qualitativa e parcialmente exploratória. Aliam-se, então, como fontes principais, a legislação, a doutrina (livros e artigos científicos) e a jurisprudência.

## 1. A MITIGAÇÃO DA SENTENÇA EM PROL DE UMA RESOLUÇÃO DE CONFLITO MAIS CÉLERE E JUSTA

No Brasil existe uma tendência de que a lide, ou seja, o conflito deve ser sempre resolvido no Poder Judiciário, por meio do método adversarial. O conflito sempre deve ser solucionado e para tanto procura-se o melhor caminho para dirimi-lo, solucioná-lo, extingui-lo ou desfazê-lo. É fato que existe uma série de causas para as quais o Poder Judiciário faz-se necessário, sendo o meio mais adequado para solucioná-las.

Para que no Poder Judiciário as causas tenham uma resolução dentro de um período razoável de tempo, esse poder deve se ater a ações que visem um controle da legalidade, outras questões levadas ao judiciário relativas a divergências de pontos de vista, como relações conflituosas, essas serão melhores resolvidas na visão de Barcellar<sup>1</sup>, por outros métodos que não o adversarial, uma vez que a sentença, às vezes, não é a melhor solução para o conflito.

O Novo Código de Processo Civil<sup>2</sup> em seu artigo 203, parágrafo 1º, define sentença como sendo “o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

Câmara<sup>3</sup>, por sua vez, trata a sentença como um ato que finaliza um módulo processual, encerrando o procedimento em contraditório. Logo, para ele, a sentença – formada necessariamente por três elementos, o relatório, a fundamentação e o dispositivo (conclusão) – constitui um ato por meio do qual o juiz encerra o processo (ou uma fase dele).

---

<sup>1</sup> BARCELLAR, Roberto Portugal. *Coleção Saberes do Direito: Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52-53. Disponível em: <<http://lelivros.site/book/download-mediacao-e-arbitragem-vol-53-col-saberes-do-direito-roberto-portugal-bacellar-em-epub-mobi-e-pdf/>> Acesso em: 05 Out. 2015.

<sup>2</sup> BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84.

<sup>3</sup> CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 264-273; 285.

Já o artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, positiviza que a sentença deve ser interpretada de acordo com o princípio da boa-fé e a interação dos seus elementos constitutivos, ou seja, uma interpretação sistemática baseada na lisura e na proibidade. Em consequência, a interpretação da sentença para Câmara<sup>4</sup>, cria nas partes do processo, uma expectativa, gerando confiança no dispositivo de sentença. Com isso, surge a necessidade de se afirmar se um direito subjetivo realmente existe (ou não).

A busca, então, pela existência desse direito tem origem no próprio conflito, já que as partes da relação processual buscam, no judiciário, a solução para a sua lide, pois não conseguiram solucioná-lo por outros meios (na utilização do diálogo, por exemplo).

O conflito, a seu turno, apresenta-se como um processo ou como um estado, no qual existem duas ou mais pessoas divergindo em razão de um ponto, existindo, nessa relação, objetivos tidos como incompatíveis entre si. Normalmente o conflito é também considerado como algo negativo na relação social, levando a perdas pelo menos para uma das partes envolvidas (quando não acontece de ambas saírem perdendo). Em contrapartida, o Conselho Nacional de Justiça<sup>5</sup>, assim como a doutrina, avalia o conflito como algo positivo, uma vez que, por seu intermédio, podem surgir mudanças - e até resultados realmente positivos.

Esses últimos advêm da Teoria do Conflito: para ela, a partir do momento em que se vê o conflito como algo inerente às relações humanas, surge a visão da forma positiva do conflito. E, dentro dessa situação conflituosa, atuará a Mediação, na tentativa de harmonizar, dentro das possibilidades, as diferentes formas de percepção sobre o fato, analisando conjuntamente todos os fatores que levaram ao agravamento da situação de discórdia.

---

<sup>4</sup> Ibid, p. 284-285.

<sup>5</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual de Mediação Judicial. 2015, p. 43-45. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>> Acesso em: 10 Out. 2015.

Diante deste cenário de lide, surge, pois, a Mediação como uma negociação, ou seja, uma técnica para resolução de conflitos, na qual um terceiro busca intermediar a resolução das divergências que resultaram no conflito – e no processo - a fim de alcançar uma solução para a lide.

Barcellar <sup>6</sup> acrescenta, ainda, que, mesmo sendo o conflito normal na vida em sociedade, quando nele se pensa, a primeira idéia que se tem é de um cenário repleto de discórdia, hostilidade, confronto, raiva, perda, disputa, entre outros sinônimos. Logo, na mediação, o mediador deve ter em mente que, a partir dessa visão negativa, as partes (envolvidas no litígio) estarão em desequilíbrio. Portanto, terá de buscar uma mudança comportamental dos litigantes, auxiliando-os a perceberem a situação em sua complexidade, levando-os a reagirem de forma menos hostil e combativa, mas muito mais eficaz.

Assim, durante o processo consensual da mediação, o diálogo claramente se apresenta forma de se esclarecerem situações, não só restaurando-se a comunicação entre as partes, mas também minorando falhas e ruídos, advindos de comunicação anterior, podendo, inclusive, melhorar a relação entre as partes.

Desta forma, a mediação é (a) um método adequado para lidar com situações complexas e (b) um processo que deve ser desenvolvido com técnica, a partir de uma visão interdisciplinar. Tal processo – como já afirmamos anteriormente – visa a aproximar as pessoas para a resolução de seu conflito, levando-as a perceber que, por meio do diálogo, podem existir soluções, até mesmo com ganhos mútuos, além da preservação do relacionamento (necessário) entre as partes envolvidas <sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> BARCELLAR, Roberto Portugal. *Coleção Saberes do Direito: Mediação e Arbitragem*. São Paulo. Saraiva, 2012, Disponível em: <<http://lelivros.site/book/download-mediacao-e-arbitragem-vol-53-col-saberes-do-direito-roberto-portugal-bacellar-em-epub-mobi-e-pdf/>> Acesso em: 05 Out. 2015.

<sup>7</sup> BARCELLAR, op. cit., p. 47-62.

Em síntese, a mediação busca resolver a lide sociológica, geralmente acobertada pela lide processual. Por essa técnica, pode-se conhecer a lide de forma global, na procura de uma solução integral para o conflito, preservando o relacionamento entre as partes. Entretanto, no Poder Judiciário, existem conciliações parciais (que levam processos à extinção) mas que não solucionam o conflito: apenas se delibera a quem cabe (ou não) a existência de um direito subjetivo.

Contudo, cabe ainda ressaltar alguns pontos.

O Novo Código de Processo Civil<sup>8</sup> em seu Capítulo V, prevê a audiência de mediação. O artigo 334 afirma “que o juiz designará audiência de conciliação ou mediação” – e a mediação poderá se realizar em mais de uma sessão.

No processo de mediação, migra-se da negociação por posições, consideradas de domínio da relação pelas partes (o que gera emoções negativas), para o ponto em que os envolvidos no litígio reconhecem interesses e procuram alguma forma de satisfazê-los.

A mediação pode 1) ser utilizada em situações em que se mostram evidentes determinados componentes emocionais do conflito, havendo necessidade (ou intenção) de se continuar o relacionamento entre os envolvidos na lide e 2) ter aplicação em áreas como: ambiental; comunitária, no Direito de Vizinhança; na área cível; societária; empresarial; comercial; esportiva; escolar; no Direito de Família; no Direito Trabalhista e organizacional.<sup>9</sup>

Verifica-se ainda que a pacificação das relações sociais só será alcançada quando existir a identificação completa do conflito. Ora, quando as pessoas buscam pelo Estado, para resolverem suas situações conflituosas, e se deparam com uma lógica jurídico processual, esta, em vez de se atenuar o conflito, só faz com que esse ganhe mais vulto.

---

<sup>8</sup> BRASIL, *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 122-124.

<sup>9</sup> FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, M. R.; MALHADAS JUNIOR, J.O. *Mediação e Solução de Conflitos: teoria e prática*. São Paulo. Atlas, 2008, p. 44; 63-72.



Por conseguinte, no dia a dia, a resolução de um litígio via judicial, às vezes, não se mostra como a melhor solução, já que enfraquece o relacionamento social que há entre as partes nele envolvidas.

Um bom exemplo - para o caso de uma sentença judicial não ser a melhor solução para um conflito - é o que acontece, na maioria das vezes, na Vara de Família, ao se determinar se a guarda de um filho fica com o pai ou com a mãe. Geralmente, o magistrado coloca um “ponto final” na lide apenas pelo ponto de vista jurídico. No entanto, não soluciona o caso concreto pelo ponto de vista social, uma vez que não resolve o conflito entre os litigantes. Em alguns momentos, a situação pode até ser agravada, pois a sentença – mesmo que sem esta intenção - pode acabar criando mais dificuldades (e antagonismos) para as partes envolvidas, exatamente o contrário do que se desejava.

É evidente, portanto, que não se pode resolver um conflito social com a aplicação da letra fria da lei. Ao aplicar o direito, o magistrado não pode, portanto, deixar de lado o elemento mais importante da lide: o ser humano por trás do conflito<sup>10</sup>.

## **2. A FORMAÇÃO LITIGIOSA DO ADVOGADO E A NECESSIDADE DE SUA ADEQUAÇÃO PARA A SOLUÇÃO AMISTOSA DE CONFLITOS**

O profissional de advocacia, em sua formação acadêmica, é “moldado” para o litígio, com papéis definidos: juiz, partes, advogados, defensores, e promotores sabem qual será sua atuação no campo de batalha judicial. Com isso, o litígio encontra-se entranhado na formação jurídica do profissional de direito. Destarte, raramente se tem uma visão do Direito sem a marca

---

<sup>10</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual de Mediação Judicial. 2015, p. 51. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>> Acesso em: 10 Out. 2015.

intrínseca do litígio, com seu método característica de solução de conflitos, ou seja, com um processo somado a todo o aparato processual<sup>11</sup>.

Porém o Direito não é só composto de questões que envolvam relações conflituosas, assim como nem todo conflito precisa de uma solução judicial. Até mesmo porque, durante a formação do advogado, estudam-se disciplinas como sociologia, filosofia, psicologia, que revelam a face do Direito de uma maneira menos litigiosa, para que o aluno perceba que se podem se solucionar conflitos sem precisar necessariamente apelar ao Judiciário. E, hoje, existem cada vez mais possibilidades de soluções extrajudiciais, assim como há processos como parte de um meio conciliador e não somente litigioso.

Porém, infelizmente, os advogados no Brasil, em sua grande maioria, não estão preparados para a conciliação, apesar de termos meios alternativos para ela, como Mediação, Arbitragem, Comissões Prévias de Conciliação. Em resumo: não há cultura conciliatória, levando o profissional do Direito a continuar sendo apenas um formulador de ações e sentenças, e não um formulador de soluções<sup>12</sup>.

Entretanto, a audiência de Mediação é prevista no Novo Código de Processo Civil em seu artigo 334. Com ela, abre-se, portanto, para o advogados, uma oportunidade para atuar no regime de cooperação, em vez de um regime adversarial, pois possui mais pontos positivos, para o operador do Direito, do que o confronto, seja sob ponto de vista profissional ou sob o pessoal.

O MEC, ao tratar das Diretrizes Curriculares Nacionais para a graduação no curso de Direito, assevera que essas devem traduzir uma dinâmica que atenda aos diferentes perfis de

---

<sup>11</sup> MOURA, Renata Helena Paganoto. *Meios Alternativos de Soluções de Litígios*. p.1-2. Disponível em: < <http://mediacaoadvocacia.com.br/artigos-juridicos/meios-alternativos-de-solucao-de-litigios-62>. > Acesso em: 27 Fev.2016.

<sup>12</sup> Ibid. p. 2-3.

desempenho exigidos pela sociedade, na “heterogeneidade das mudanças sociais”, acompanhado de novas tecnologias, situações jurídicas mais novas e complexas, e a possibilidade de se exigirem contínuas revisões do projeto pedagógico do Curso Jurídico<sup>13</sup>. Assim, formar-se-ão profissionais do direito adaptáveis e com autonomia intelectual e de conhecimento para se amoldarem às necessidades emergentes, a elas incorporando, mais do que nunca, raciocínio jurídico, ética, senso de justiça e formação humanística sólida. Como resultado, o auxílio ao cliente se tornaria mais fácil, na procura por uma solução célere e satisfatória para o litígio.

Segundo o MEC, ainda,

É evidente que as Diretrizes Curriculares Nacionais, longe de serem consideradas como um corpo normativo, rígido e engessado, para não se confundirem com os antigos Currículos Mínimos Profissionalizantes, objetivam, ao contrário servir de referência para as instituições na organização de seus programas de formação, permitindo flexibilidade e priorização de áreas de conhecimento na construção dos currículos plenos.[...]

No curso de Direito, as novas diretrizes curriculares se voltam agora para o “vir a ser”, sem prejuízo da imediata inserção do advogado no mercado de trabalho, posicionando-se como co-responsável pelo desenvolvimento da sociedade brasileira, em situações dinâmicas e contextuais da presente realidade nacional.

Portanto, os projetos pedagógicos e a organização curricular, de acordo com o MEC, deverão contemplar conteúdos que apresentem as “inter-relações com a realidade nacional e com a internacional”, diante de uma perspectiva histórica, inserida no contexto dos diferentes fenômenos do Direito, usando tecnologias inovadoras.

Não se aceitam mais, por conseguinte, a existência de academias – e que não são poucas – voltadas apenas para a formação de profissional engajado no litígio como única (e prioritária)

---

<sup>13</sup> MEC. *Diretrizes Curriculares Nacionais*. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/ces0055\\_2004.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/ces0055_2004.pdf)> p. 22-24. Acesso em: 27 Fev. 2016

forma de resolução dos problemas sociais<sup>14</sup>, em postura claramente confrontante com as Diretrizes Curriculares Nacionais, hoje atuando sobre um mundo marcado não só por problemas sociais, sim, mas também por complexidades e multiplicidades.<sup>15</sup>

Não é sem razão, assim, que as universidades já devam começar a trabalhar, na graduação de seus alunos, de modo a despertar o interesse pela mediação (além de outros meios alternativos de resolução de conflitos), a fim de atender o Novo Código de Processo Civil, e aos anseios de Resolução n° 125, de 29 de Novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça. Esclareça-se logo ao graduando que o advogado é um profissional naturalmente procurado quando se busca a solução de um conflito, não importando a natureza desse, com seu papel de atuação garantido, seja antes, durante ou após a mediação.<sup>16</sup>

É Andréa Mesquita, então, no seu texto para o site do CNJ, que adverte que - com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação - as universidades e faculdades de Direito do país deverão dar mais atenção a seu conteúdo programático, uma vez que, a partir da entrada em vigor das leis, a mediação e a conciliação tornaram-se diretrizes processuais (e não mais simples conteúdos institucionais universitários), migrando da condição de simples mecanismos alternativos para o patamar da solução de litígios, configurando-se como mecanismos prioritários para se chegar à solução da lide.<sup>17</sup>

É bem verdade que algumas instituições de ensino já realizaram modificações, como acontecem com os tribunais que possuem um núcleo de gestão da política pública, formado com

---

<sup>14</sup> Ibid. p. 28-30.

<sup>15</sup> CONTEPORANELO, Antígona. *O Poder Judiciário e a Coesão Social*. Disponível em: <http://www2.tjdft.jus.br/imp/docImp/monografiaAMB.pdf>. p. 2-4,14-15. Acesso em: 27 Fev.2016

<sup>16</sup> FIORELLI, José Osni; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos J. O. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 285-288.

<sup>17</sup> MESQUITA, Andréa. Agência CNJ de Notícias. *Lei da Mediação e Novo CPC Reforçam Acerto da Resolução 125 do CNJ*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81043-lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforcam-acerto-da-resolucao-125-do-cnj> >. Acesso em: 14 mar. 2016.

base no artigo 8º da Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010, composto por magistrados, funcionários e colaboradores.

Finalmente, cabem ressaltar as sábias palavras de Marco Aurélio Buzzi, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, proferidas em entrevista, ao questionar se as universidades não irão, de uma vez por todas, passar a ensinar o básico do sistema processual para os alunos de Direito, incluindo-se aí a mediação e conciliação, em todos os seus relevantes aspectos. Caso isso não ocorra, para o Ministro, as universidades estariam lecionando tão-somente conteúdo didático, completamente desvinculado da prática forense atual. Adverte, ainda, que - em uma sociedade democrática - as leis são criadas para serem cumpridas. Logo, se a sociedade elegeu a mediação e a conciliação como assunto prioritário, e as elevou ao padrão de norma por meio do poder legislativo, as universidades têm de acompanhar esse movimento, aferindo-lhe, neste momento histórico, a importância e complexidade a ele devidas.

### **3. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A FORMAÇÃO DE UM NOVO JUDICIÁRIO**

Após a reforma do judiciário, pela EC n. 45/2004, instituiu-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com um quadro composto por quinze membros: nove do judiciário, dois do Ministério Público, dois da Advocacia e dois da sociedade (com mandato de dois anos, admitindo-se uma recondução).

O CNJ, segundo Pedro Lenza,<sup>18</sup> deve preservar não só suas garantias de autogoverno mas também de autonomia financeira, administrativa e orçamentária do poder Judiciário. Desse modo,

---

<sup>18</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 632-635.

ele busca contribuir para uma prestação jurisdicional efetiva, zelando, assim “nos termos do art. 37, pela observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

De acordo com o próprio site do Conselho, o trabalho do CNJ possui atribuições para propor e planejar 1) estratégia de políticas públicas; 2) modernizar tecnológica do judiciário; 3) ampliação da acessibilidade ao judiciário, pacificação e responsabilidade e 4) garantias para a efetivação do respeito às liberdades públicas e às execuções penais.

Assim, cumprindo suas atribuições, o CNJ iniciou uma consulta pública antes do Novo Código de Processo Civil entrar em vigor, visando ampliar, e qualificar, a regulamentação do novo código. Essa consulta coletou, então, opiniões e sugestões dos tribunais, juízes, advogados e servidores - entre outros interessados no judiciário – para criação de novas propostas de ordem normativa.<sup>19</sup>

A consulta tratou também de temas diversos, como comunicações processuais, Diário de Justiça Eletrônico, leilão eletrônico, atividade dos peritos, honorários periciais, demandas repetitivas e atualização financeira.

Um dos atos normativos do CNJ foi a Resolução 125, de 29 de Novembro de 2010, a qual considerou:

[...] que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação<sup>20</sup>

A resolução instituiu uma “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados”. O

<sup>19</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81759-conselho-inicia-consulta-publica-sobre-regulamentacao-do-novo-cpc>> . Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>20</sup> BRASIL. Resolução Nº 125 de 29/11/2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

Judiciário deve, portanto, oferecer meios de soluções de controvérsias, por meio de mediação e da conciliação.

A Resolução 125, em seu artigo 7º, dispõe, por sua vez, que os Tribunais deverão criar “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos” e desenvolver uma política judiciária para tratar, de maneira adequada, os conflitos de interesses. Em decorrência, devem-se planejar, implementar e manter ações dirigidas ao cumprimento dessa política além de se promover a capacitação, o treinamento e a atualização de magistrados, além de servidores, de mediadores e de conciliadores, nos métodos de solução de conflitos de forma consensual.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Marco Aurélio Buzzi,<sup>21</sup> que também é coordenador do Conselho Consultivo da Presidência do CNJ para análise de métodos consensuais de pacificação de conflitos, afirma que o Brasil optou por trazer a mediação para ambiente próximo à justiça, composta por magistrados, promotores, defensores, advogados e demais colaboradores. Em decorrência, hoje, com o Novo Código de Processo Civil, o mediador - como um auxiliar da justiça – tornou-se uma realidade, no artigo 165 (e nos artigos seguintes) do Novo Código de Processo Civil.

Cumprir notar, então, que o acesso à justiça serve para determinar finalidades básicas do sistema jurídico, tais como a possibilidade de o cidadão pode reivindicar os seus direitos e solucionar os seus litígios. Vale ressaltar, também, que o acesso ao judiciário deve ser possibilitado a todos de maneira igualitária, ou seja, de modo isonômico, sendo capaz de produzir resultados justos e individuais.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> MESQUITA, André. Agência CNJ de Notícias. *Lei da Mediação e Novo CPC Reforçam Acerto da Resolução 125 do CNJ*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81043-lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforcam-acerto-da-resolucao-125-do-cnj> >. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. São Paulo: Fabris, 1988, p. 8-12.



Ou seja: a formação de um novo judiciário deve começar pela justiça social, atendendo a anseios da sociedade moderna, o que pressupõe, de antemão, um acesso efetivo à justiça. O ganho é relevante: acessar à justiça pode ser considerado como um requisito fundamental, um direito humano básico na formação de um sistema jurídico moderno e igualitário, garantindo os direitos de todas as pessoas.

Recentemente, o acesso efetivo à justiça levantou três posições, ou melhor três “ondas”, defendidas por Mauro Cappelletti<sup>23</sup>. A primeira onda seria a assistência judiciária; a segunda, o respeito às reformas que proporcionem a representação jurídica para os interesses difusos, com enfoque nas áreas de proteção ambiental e do consumidor e, por fim, a terceira, mais recente, a busca um “enfoque de acesso à justiça”. Mesmo incluindo os posicionamentos anteriores, essa onda vai além deles, sendo uma forma de tentar atacar as “barreiras” ao acesso, de modo mais articulado e mais compreensivo.

Na maioria das sociedades modernas, é essencial (indispensável, mesmo) a presença de um advogado para decifrar leis, que se mostram cada vez mais complexas para o ajuizamento de uma causa. Entretanto, a mediação - da maneira como foi apresentada no Novo Código de Processo Civil - não diminuirá, em nenhum momento, a importância do causídico. Pelo contrário, por seu intermédio, novas frentes de trabalho serão descortinadas. É preciso, então, criar uma nova consciência do procedimento advocatício nessa nova realidade – a pura lógica adversarial deverá ser atenuada e, em certas circunstâncias, deixada um pouco de lado.

Sob esse prisma, o CNJ - por meio da Resolução n. 125 de 29 de Novembro de 2010 - , deu o primeiro passo. Sucedeu-lhe o Novo Código de Processo Civil, atender anseios daquele, normatizando a mediação, um segundo passo nesse processo de renovação da justiça.

---

<sup>23</sup> Ibid. p. 31.



É o Ministro Marco Aurélio Buzzi quem declara que mudamos “...mudamos nossa mentalidade quanto à solução de conflitos.” De fato, mesmo antes da entrada do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) já existia (em todos os estados da federação, em todas as jurisdições) frentes de trabalho para resolver litígios.<sup>24</sup>

Ao recepcionar os anseios do CNJ, o Novo Código de Processo Civil estimulou o que se chama “Cultura da Paz”, trazendo, ao texto de lei, um destaque à mediação e à conciliação, a fim de se firmarem como fortes (e relevantes) instrumentos para a realização de conflitos de modo rápido e eficaz, exigindo, assim, mudança de postura e ações efetivas para se criar um suporte material (treinamento e previsão de remuneração dos mediadores, por exemplo), sob pena de se perder todo o esforço legislativo empreendido.<sup>25</sup>

Em geral, os advogados – em decorrência de sua própria formação acadêmica – são resistentes à mediação como modalidade de solução de litígio. Infelizmente, a eles restará se adaptarem ou estabelecerem parcerias como profissionais de outras áreas, como psicólogos e terapeutas (entre outros), a fim de melhor desempenharem sua profissão. Magistrados, promotores e defensores, a seu turno, terão de reavaliar determinadas posturas, aferindo maior importância às novas formas de solução de conflitos, eleitas pelo legislador e pelo CNJ.

E, por fim, ao Estado caberá a responsabilidade de criar medidas adequadas e aporte financeiro, para que a solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos pelo novo

---

<sup>24</sup> MESQUITA, Andréa. Agência CNJ de Notícias. *Lei da Mediação e Novo CPC Reforçam Acerto da Resolução 125 do CNJ*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81043-lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforcam-acerto-da-resolucao-125-do-cnj> >. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>25</sup> PEREIRA, Clóvis Brasil. *Conciliação e Mediação no Novo CPC*. Disponível em: < <http://www.conima.org.br/arquivos/4682> >. Acesso em: 15 mar. 2016

código. Buscar-se-à, assim, uma sociedade mais justa, igualitária e asseguradora dos princípios constitucionais de Dignidade Humana e de Cidadania<sup>26</sup>, na formação de um novo judiciário.

## CONCLUSÃO

Recentemente, em 18 de março de 2016, houve a edição do Novo Código de Processo Civil, substituto do Código Civil de 1973, que, durante mais de quarenta anos, vigorou na normatização de todo o processo civil brasileiro. O Novo Código, em seu artigo 334, traz a mediação e a conciliação como formas para solucionar litígios.

Como observa-se, a mediação procura resolver a lide sociológica, em geral acobertada pela lide processual. A mediação conhece, pois, a lide de maneira global, buscando não só uma solução integral para o conflito, mas também a preservação do relacionamento entre as partes envolvidas.

O Novo Código atende, portanto, aos anseios da Resolução n° 125, de 29 de Novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, a fim de possibilitar a quebra de paradigmas do judiciário com a normatização da audiência de conciliação.

Claro é que a mediação terá de vencer ainda muitas barreiras, principalmente por parte dos advogados, operadores que são do Direito, mas cuja formação acadêmica pautou-se somente na Lógica Adversarial. Lamentavelmente, as universidades de Direito não possuem, ainda, em seu currículo, a mediação como disciplina obrigatória. Ou seja, o Brasil, apesar de se terem meios alternativos para a solução de conflitos, como mediação, arbitragem, comissões prévias de conciliação, ainda não conta com um escopo de advogados realmente preparados para uma

---

<sup>26</sup> Ibid.

solução mais amigável para o conflito. E os próprios cursos de Direito, em geral, voltam suas diretrizes curriculares diretamente para o mercado de trabalho, levando à valorização excessiva da lógica adverbial.

Então, pela nova realidade, um trabalho de adequação curricular terá de ser realizado pelas universidades em questão – se desejarem, de fato, formar alunos de Direito interessados pela mediação e por outros meios de resolução de conflito.

De fato, a sociedade moderna incentiva o acesso à justiça que, por sua vez, permite ao cidadão a reivindicação de seus direitos e a solução de litígios. Deste modo, forma-se um novo judiciário, embasado pelo vértice da justiça social.

Enfim, com a mediação e com a conciliação, normatizadas pelo Novo Código de Processo Civil, e com a reformulação de currículos no curso de Direito, surgirá, para os bacharéis de Direito, um novo papel no meio jurídico, papel esse que irá muito além da lógica adversarial (há muito lecionada nas instituições de ensino), uma vez que a solução do conflito se dará de uma maneira mais rápida e mais eficaz. Com isso, o fazer jurídico dará mais um passo na pacificação das relações sociais, com menos litígio e mais apaziguamento, na postulação da verdadeira justiça social.

## REFERÊNCIAS

BARCELLAR, Roberto Portugal. *Coleção Saberes do Direito: Mediação e Arbitragem*. São Paulo. Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://lelivros.site/book/download-mediacao-e-arbitragem-vol-53-col-saberes-do-direito-roberto-portugal-bacellar-em-epub-mobi-e-pdf/>> Acesso em: 05 Out. 2015.

BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Resolução N° 125 de 29/11/2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. São Paulo: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual de Mediação Judicial. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>> Acesso em: 10 Out. 2015.

\_\_\_\_\_. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81759-conselho-inicia-consulta-publica-sobre-regulamentacao-do-novo-cpc>> . Acesso em: 14 mar. 2016

CONTEPORANEO, Antígona. *O Poder Judiciário e a Coesão Social*. Disponível em: <http://www2.tjdft.jus.br/imp/docImp/monografiaAMB.pdf>>. Acesso em: 27 Fev.2016

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, M. R.; MALHADAS JUNIOR, J.O. *Mediação e Solução de Conflitos: teoria e prática*. São Paulo. Atlas, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEC. *Diretrizes Curriculares*. Disponível em: < [http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/ces0055\\_2004.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/ces0055_2004.pdf)>. Acesso em: 27 Fev. 2016.

MOURA, Renata Helena Paganoto. *Meios Alternativos de Soluções de Litígios*. Disponível em: < <http://mediacaoeadvocacia.com.br/artigos-juridicos/meios-alternativos-de-solucao-de-litigios-62>>. Acesso em: 27 Fev. 2016.

PEREIRA, Clóvis Brasil. *Conciliação e Mediação no Novo CPC*. Disponível em: < <http://www.conima.org.br/arquivos/4682>>. Acesso em: 15 mar. 2016

## O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DO DIREITO A SAÚDE

Bianca Interlandi da Costa de Godoy

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada em direito processual civil pela Universidade Candido Mendes. Advogada.

**Resumo:** A presente pesquisa tem como objetivo analisar a efetividade da aplicação das normas constitucionais referente ao direito à saúde. Busca-se discutir sobre o plano da eficácia desse direito fundamental, ou seja, se procura ponderar acerca de sua natureza plena, contida ou limitada. Diante desse contexto, aborda-se os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial frente às garantias constitucionais delineadas no texto da Constituição da República. Com base nesse compasso de idéias, o artigo concentra os ideários referentes ao controle judicial, realizado pelo Poder Judiciário, com o escopo de assegurar a aplicação e materialização das políticas públicas sociais, em especial a saúde, abandonadas pelo Poder Executivo. A essência do trabalho volta-se para a admissibilidade da atuação positiva do Estado-Juiz na conjuntura de se verificar que a Administração Pública não está cumprindo as ordens ditadas pela Constituição concernente ao direito à saúde.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Administrativo. Direitos e garantias fundamentais. Aplicação e efetividade da norma constitucional. Controle judicial das políticas públicas.

**Sumário:** Introdução. 1. A eficácia limitada das normas fundamentais garantidoras do direito à saúde. 2. A aplicação e efetivação da norma constitucional frente aos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. 3. A implementação das políticas públicas pelo Poder Judiciário no âmbito do direito à saúde. Conclusão. Referências.



## INTRODUÇÃO

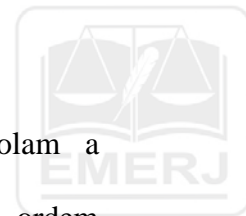
O presente trabalho tem como temática o controle judicial das políticas públicas exercido pelo Poder Judiciário para garantir a efetivação do direito fundamental à saúde. Sob a ótica do princípio da separação dos poderes, a pesquisa visa a abordar se a interferência do Estado-Juiz viola ou não a discricionariedade administrativa na aplicação dos recursos públicos.

A Constituição da República apresentou dentre o rol de garantias fundamentais o direito a saúde. Conforme se verifica no art. 1º, III do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado fundamento do Estado Democrático de Direito. Em meio a diversas oportunidades para concretizar o mencionado princípio, o direito à saúde pode ser visto como verdadeiro consectário da dignidade humana.

A Lei Maior afirma que tal direito será assegurado a toda a sociedade, sendo uma obrigação do Poder Público consolidá-lo para as variadas camadas da população. Como se percebe, o Estado tem um compromisso a desempenhar e, ficando inerte, caberá ao Poder Judiciário a concessão de tutelas que possibilitem a aplicação e efetivação dos ditames constitucionais.

As normas constitucionais delineadas na Constituição da República, que garantem o direito fundamental à saúde, são plenas, limitadas ou contidas? O primeiro capítulo pretende comprovar que essas normas são de eficácia limitada. Desse modo, para que todas as pessoas tenham o acesso digno aos hospitais públicos é necessário que a Administração Pública invista recursos na prestação desse serviço.

As decisões do Poder Judiciário violam a discricionariedade administrativa no tocante ao uso das verbas públicas? É lícito ao administrador público alegar os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial para atenuar a sua responsabilidade? O segundo capítulo



responde essas questões apontando que as decisões do Estado-Juiz não violam a discricionariedade administrativa na medida em que houver lesão ao texto de ordem constitucional. Cumpre explicar ainda que existe uma discussão doutrinária relevante se o administrador público pode ou não alegar os mencionados princípios para diminuir a sua responsabilidade na prestação do serviço público.

O controle judicial é a solução para que o direito a saúde seja devidamente respeitado e aplicado pelo Poder Executivo? No terceiro capítulo, defende-se que o controle judicial não é a solução para que o direito a saúde seja aplicado de forma eficiente como ordena a Constituição. Dessa feita, este trabalho busca firmar a tese de que a implementação de políticas públicas é uma tarefa a ser observada pelo administrador público e, em último caso, se houver afronta ao ordenamento jurídico, se propõe uma demanda judicial.

Portanto, o objetivo geral é demonstrar que o direito fundamental à saúde é norma constitucional a ser garantida pela administração do Estado. Nesse contexto, o foco da pesquisa é buscar corroborar que a tutela jurisdicional somente deverá ser deflagrada quando houver evidente desrespeito ao texto da Constituição.

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



## 1. A EFICÁCIA LIMITADA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS GARANTIDORAS DO DIREITO À SAÚDE

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. É possível constatar que a Constituição conferiu grande importância ao mencionado princípio, tendo em vista que os direitos e garantias fundamentais do homem estão calcados nesse basilar principiológico.

Conforme explica Barroso, o direito à saúde pertence ao núcleo essencial de direitos fundamentais revelado pela dignidade da pessoa humana, concebido como um dos direitos sociais a ser protegido e garantido pelo Poder Público.<sup>1</sup>

Segundo o artigo 2º da Lei nº 8.080/90, a saúde é “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” Por sua vez, para a Organização Mundial de Saúde (OMS) o conceito de saúde está atrelado a “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doenças ou enfermidades”.<sup>2</sup>

Conforme se depreende da leitura do artigo 198 da Constituição da República, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) teve como objetivo a efetivação do direito à saúde.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

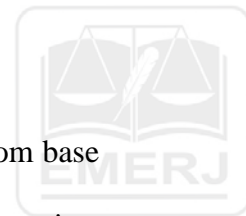
§1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Saraiva, 2011, p. 251.

<sup>2</sup>BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)> Acesso em: 16 abr. 2016.

<sup>3</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 16 abr. 2016.





Diante da análise do §1º do art. 198 conclui-se que a Administração Pública, com base em sua dotação orçamentária, deverá planejar suas receitas e despesas de modo a cumprir a ordem constitucional de financiar o Sistema Único de Saúde.<sup>4</sup>

Com base no que foi dito, percebe-se que a implementação do direito à saúde traz consigo o dever jurídico de promoção, investimento e gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) por parte dos entes federativos.

Não é sempre que o Poder Público cumpre o texto constitucional de forma a proteger e garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Sob a análise dessa situação, nota-se que aquele que tinha o encargo de conferir determinada prestação social, não o faz. Nesse contexto, surge para o particular a pretensão de ajuizar uma demanda judicial para que obtenha uma tutela jurisdicional que viabilize a aplicação e efetivação do direito lesado.

Muitas vezes a Administração Pública não obtém êxito em dar cumprimento à ordem constitucional, ocasionando uma situação em que destina uma receita mínima ao âmbito do direito à saúde. Com esse contorno, apesar de a Lei Maior ter previsto que a saúde é um direito fundamental protegido e garantido a todos, constata-se que o comando constitucional se tornou programático. Nessa acepção cabe citar como Bulos visualiza o tema:

O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Isso não é o suficiente. Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. (...) Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias. Resta, pois, que todos os segmentos da sociedade, sem distinções, cobrem a execução concreta dos preceitos constitucionais, principalmente num país de significativa inflação legislativa e de reformas inoportunas e despropositadas como o Brasil, onde tudo é nivelado por baixo e o respeito ao homem é quase inexistente.<sup>5</sup>

Bonavides diz que a solidificação dos direitos sociais na realidade prática tem sido um dos desafios que preponderam no Estado Democrático de Direito. Em virtude da inadequada

<sup>4</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 16 abr. 2016.

<sup>5</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., rev. e atual. de acordo com a emenda constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 790.



materialização do direito à saúde, seja por inércia do Poder Público ou por falta de recursos orçamentários, muitas ações judiciais foram propostas junto ao Poder Judiciário.<sup>6</sup>

Segundo Streck, o escopo das ações ajuizadas era possibilitar que os particulares tivessem acesso aos direitos e garantias não efetivados pelo Poder Público, eliminando a inércia da Administração Pública e permitindo o aumento do espaço de poder da justiça constitucional.<sup>7</sup>

Por conseguinte, o Poder Judiciário poderá implementar políticas públicas, inclusive no campo do direito à saúde, quando verificar que o Poder Público está inadimplente com o dever jurídico atribuído pela Constituição para garantir a aplicação dos direitos e garantias fundamentais. Isso quer dizer que no momento em que a omissão dos órgãos estatais vier a comprometer a aplicabilidade da norma, caberá ao Estado-Juiz conceder tutelas para resguardar os direitos delineados no ordenamento jurídico constitucional.

O Ministro Celso de Mello discorreu sobre o tema na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, vindo a concluir que o caráter programático de algumas normas previstas na Constituição da República “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente”, pois, se assim fosse, a Administração Pública estaria violando a própria Lei Maior. Cita-se abaixo um trecho da referida decisão:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) Se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável (...) afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á (...) a

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 381.

<sup>7</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise*: uma exploração heremênutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 38-40.



possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.<sup>8</sup>

Seguindo a mesma orientação, Luis Roberto Barroso elucida perfeitamente o ponto, conforme segue abaixo:

Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.<sup>9</sup>

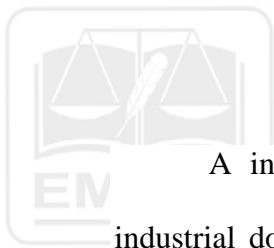
Enfatiza-se que o controle judicial demasiado de políticas públicas e a intervenção excessiva no âmbito administrativo acarretam algumas vicissitudes nos recursos públicos, tendo em vista que a verba pública deverá ser retirada de alguma atividade que estava previamente destinada. Portanto, é necessário que o Estado-Juiz julgue com cautela e precisão para que não afete outra área essencial ao próprio Estado como também a sociedade.

Aperfeiçoando o raciocínio apresentado percebe-se que os preceitos fundamentais garantidores do direito à saúde possuem aplicabilidade imediata. Todavia, em razão da inércia do Poder Público, as referidas normas passam a ter eficácia limitada, tendo em vista que para a sua efetivação será necessária uma atuação positiva por parte da Administração Pública.

## **2. A APLICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2007, p. 11. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/da\\_falta\\_de\\_efetividade\\_a\\_judicializacao\\_excessiva.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2016.



A inserção dos direitos sociais no âmbito jurídico ocorreu depois da revolução industrial do século XIX, e apenas no século XX, adquiriram status constitucional com a Constituição Mexicana (1917) e com a Constituição Alemã (1919). No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira que consagrou os direitos sociais e econômicos em um título próprio.

As primeiras constituições que trataram dos direitos de segunda geração tinham baixa normatividade e sua eficácia era considerada dúbia. A efetividade desse direito ainda é debatida e controvertida nos dias atuais.

O dever de concretizar os direitos fundamentais sociais é desempenhado pelo Estado e demanda do Poder Público prestações positivas, que exigem um plano orçamentário e a disponibilidade de recursos. A definição e a execução de políticas públicas sociais devem ser realizada por meio de leis e atos administrativos que visem ao funcionamento dos serviços públicos.

José Afonso da Silva sustenta que os direitos sociais são prestações positivas ajustadas pelo Estado de modo direto ou indireto que permitam melhores qualidades de vida aos mais fracos, objetivando igualar casos sociais desiguais. A evolução e o desenvolvimento da igualdade propicia maiores oportunidades para aqueles considerados até então mais fracos.<sup>10</sup>

Dessa forma, percebe-se que os direitos fundamentais de prestação apresentam controvérsias e questionamentos quanto a sua aplicação e eficácia, o que não ocorre com os direitos de defesa, tendo em vista que estes são capazes de gerar os seus efeitos imediatamente.

O exercício dos direitos sociais cada vez mais é considerado relevante pela ótica do bem estar social. Com base nesse aspecto, a prestação de serviços públicos de qualidade se torna imprescindível para que os cidadãos tenham seus direitos e garantias fundamentais cumpridos.

---

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 3. ed, São Paulo: 2009, p. 286.



A omissão ou a carência na prestação desses serviços pelo Estado compromete a efetividade de outros direitos. Além disso, a ausência desses serviços primários resulta na ofensa ao texto constitucional e a própria dignidade da pessoa humana.

O princípio do mínimo existencial é visto como uma pequena conjectura de bens e proveitos necessários a uma vida digna em sociedade. Apesar desse conceito clássico, há ainda que se dizer que qualquer pessoa poderá exigir uma prestação positiva do Poder Público quando se verificar alguma inadequação no cumprimento dos direitos sociais elementares.

Luís Roberto Barroso defende que o mínimo existencial está amparado nos direitos à saúde e à educação, por exemplo.<sup>11</sup> Diferentemente, Ricardo Lobo Torres sustenta que não há certo apontamento de direitos que garantem mais a dignidade humana do que outros.<sup>12</sup>

Ingo Sarlet apóia a tese de que a negativa de prestações de serviços fundamentais pelo Estado não deve se basear nas idéias corriqueiras de insuficiência de verba e de falta de competência do Judiciário para resolver questões relacionadas aos recursos públicos.<sup>13</sup>

A materialização dos direitos sociais depende dos recursos públicos dos entes federativos. A reserva do possível importa nas restrições financeiras do Estado que atrapalham ou obstam a efetivação dos direitos sociais. Contudo, esse postulado não constitui uma permissão para o Estado sobrestar o desempenho de seus compromissos sob argumentos que não têm recursos satisfatórios.

O Supremo Tribunal Federal confirma em seus posicionamentos que a norma social programática não permite que a Administração Pública use imoderadamente o princípio da reserva do possível como regra universal em todo e qualquer caso concreto. Para o Ministro Celso de Mello, o Estado somente poderia utilizar a referida cláusula quando estiver

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2007, p. 11. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/da\\_falta\\_de\\_efetividade\\_a\\_judicializacao\\_e\\_xcessiva.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_e_xcessiva.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

<sup>12</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 110.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.



evidenciada a ausência de recursos financeiros para cumprir prestações positivas, bem como a vaga razoabilidade no pleito pretendido.<sup>14</sup>

O princípio da máxima efetividade autoriza a busca pela implementação e execução de direitos sociais não solidificados pelo Poder Executivo e Legislativo. Todavia, o costume da máxima eficácia resulta na pouca possibilidade do Estado cumprir simultaneamente todas as demandas de cunho social, de modo que tais teses acabam por chegar ao Poder Judiciário em busca de uma tutela jurisdicional.

Com base no que foi dito, é possível perceber que o princípio do mínimo existencial auxilia na escolha dos direitos sociais que serão prioridade no uso dos recursos públicos. Desse modo, se conclui que a violação dos direitos e garantias fundamentais ocorrerá por ação ou omissão estatal quando não estabelecer critérios razoáveis acerca da aplicabilidade e eficácia dos direitos ditos de segunda dimensão.

Ultimando o segundo capítulo, segue abaixo um julgado do Superior Tribunal de Justiça, que aclara sobre a matéria exposta até o presente momento.

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.

2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)> Acesso em: 16 abr. 2016.



desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF.

5. Agravo Regimental não provido.<sup>15</sup>

Assim sendo, completa-se a análise jurídica do segundo capítulo perfazendo a ideia de que caberá ao Poder Judiciário garantir a materialização do direito fundamental à saúde quando o Poder Executivo e o Poder Legislativo negarem eficácia ao mencionado direito. Sob esse aspecto, afirma-se que o princípio da reserva do possível não poderá ser utilizado como fundamento para negar aplicação as garantias previstas constitucionalmente.

### **3. A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE**

A Constituição da República dispõe expressamente que a titularidade para a prestação do serviço público incumbe, na forma da lei, ao Poder Público, diretamente ou mediante delegação. A finalidade da política pública é difundir a aplicação dos recursos financeiros na sociedade, de modo que venha a cumprir a justiça social almejada pela Lei Maior.

O Poder Executivo, assim como o Legislativo e o Judiciário, possui atribuições típicas e atípicas. Com isso, a Administração Pública exerce um papel fundamental na coletividade no que se refere à implementação e a execução das políticas públicas, bem como a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Como já dito anteriormente no segundo capítulo, à ofensa a Constituição pode ser verificada por meio de um comportamento ativo do Poder Público, no momento em que faz cumprir uma norma inconstitucional, igualmente como através da omissão estatal, quando o

---

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP 1.107.511 RS 2008/0265338-9. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj>.> Acesso em: 16 abr. 2016.





ente público pela inércia deixa de dar efetividade ao texto constitucional. O Ministro Celso de Mello afirma que:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.<sup>16</sup>

O controle judicial das omissões estatais na implementação das políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo é controvertido tanto no âmbito doutrinário como também jurisprudencial. Alguns autores como, por exemplo, Fabio Comparato<sup>17</sup>, sustentam que o Judiciário tem competência para julgar causas políticas e que esse controle não tem o princípio da separação dos poderes como um empecilho. Joaquim Kreel alega que:

As questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação de políticas públicas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração, mas tem o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Judiciário.<sup>18</sup>

O controle judicial é desempenhado por intermédios dos órgãos do Poder Judiciário com relação aos atos perpetrados do Poder Público no âmbito do Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário, na realização de sua função atípica de administração.

Segundo a súmula 473 do STF, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”<sup>19</sup>

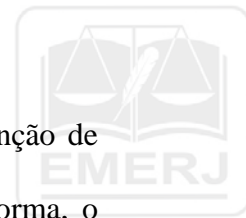
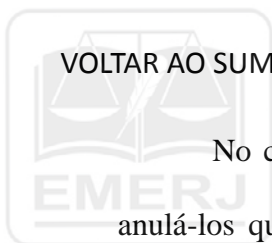
<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

<sup>17</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>18</sup> KRELL, Andreas Joaquim. *Controle Judicial de serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Org. Ingo Waljgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2000, p.55.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16 abr. 2016.





No campo do controle do ato administrativo coube ao Poder Judiciário a função de anulá-los quando for observada alguma ofensa ao princípio da legalidade. Dessa forma, o magistrado deverá decretar a anulação do ato se entender e demonstrar que houve uma violação a lei e aos princípios do ordenamento jurídico.

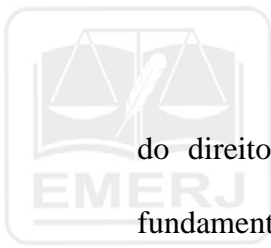
Todavia, cabe advertir que não é admissível a análise do mérito administrativo por parte do Poder Judiciário. A apreciação dos requisitos da conveniência e da oportunidade administrativa é exercida pelo administrador público na execução dos atos discricionários de sua atribuição. O juiz que adentra no exame do mérito administrativo das políticas públicas transgredir o princípio constitucional da separação dos poderes.

O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais são subsídios formidáveis que o magistrado utiliza para fundamentar a sua decisão no tocante ao controle judicial das políticas públicas. A sentença que, na área desse controle jurisdicional, não tiver por finalidade o alcance e a efetivação desses direitos sociais carecerá de um embasamento para a concretização do texto da Constituição.

Notemos um exemplo concreto: uma cidadezinha do interior do Estado do Rio de Janeiro não tem nenhum hospital público em sua localidade e a cidade mais próxima que presta serviço de saúde está localizada a mais de três quilômetros. Constatase que há uma flagrante violação ao direito constitucional à saúde de todos os moradores daquele local.

O texto constitucional preceitua que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nota-se, portanto, que é dever do Estado a destinação de recursos públicos para a solidificação da prestação de serviços de saúde. A partir do momento em que a Administração Pública deixa de cumprir a sua obrigação de repassar a verba mínima necessária à execução



do direito a saúde, ocasionar-se-á a transgressão das normas que asseguram o direito fundamental à saúde esculpido no artigo 5º da Constituição.<sup>20</sup>

Com base nessas teses, conclui-se que todo e qualquer indivíduo, lesado pela inércia do Poder Público, poderá ajuizar uma ação junto ao Poder Judiciário para que tenha acesso a determinado tratamento ou ao fornecimento de medicamentos. Outra consideração respeitável é que o Ministério Público pode propor ação civil pública para procurar tutelar os direitos difusos incluídos no âmbito as saúde.

A inércia da Administração Pública também permite o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIO) junto ao Supremo Tribunal Federal por qualquer um dos legitimados. Além disso, caberá do mesmo modo a propositura de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) pela evidente ofensa aos direitos garantidos constitucionalmente.

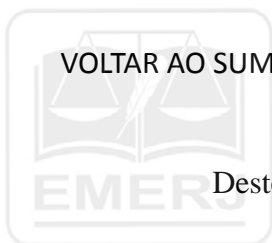
Com o intuito de firmar as ponderações realizadas até o presente momento, cito uma parte do julgamento da ADPF nº 45, em que o Min. Celso de Mello assentou que:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.<sup>21</sup>

Assim, considerando a legitimidade no desempenho do Poder Judiciário na materialização dos direitos sociais, principalmente do direito à saúde, imprescindível afirmar que o mínimo existencial que assegura uma vida digna não pode deixar de ser protegido e tutelado junto aos órgãos jurisdicionais.

<sup>20</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 16 abr. 2016.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)> Acesso em: 16 abr. 2016.



Deste modo, conclui-se que visualizada a escassez de recursos públicos, o Judiciário, para dar aplicabilidade ao direito fundamental à saúde, tem como baliza o mencionado princípio do mínimo existencial. Dito de outra forma, ao magistrado caberá garantir que o indivíduo não receba menos que o indispensável à existência digna. Observados esses preceitos, efetiva-se o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, consubstanciado na proteção da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

Com base em tudo que foi demonstrado nesse trabalho, é possível perceber que a Constituição da República se preocupou em instituir um sistema de saúde público, com atendimento amplo e universal, privilegiando a efetivação desse direito fundamental esculpido na Carta Magna de 1988.

Por conseguinte, em virtude do princípio da vedação ao retrocesso e ao próprio postulado da dignidade da pessoa humana, o Estado não pode utilizar o argumento da reserva do possível para atenuar a sua responsabilidade no que toca a aplicação das verbas públicas no âmbito da concretização do direito à saúde.

Não obstante essa reflexão sobre a atuação estatal no campo da realização dos direitos sociais, constantemente evidencia-se que o Estado, através do Poder Executivo, não consegue oferecer o mínimo existencial exigido para uma existência digna, principalmente na esfera do direito relacionado à saúde.

Em decorrência da omissão estatal, inúmeras demandas são ajuizadas junto ao Poder Judiciário com o objetivo de obterem um provimento jurisdicional que satisfaça os direitos que exigem uma prestação positiva por parte do Estado. Desse modo, entende-se que esses



direitos considerados fundamentais, em um Estado Democrático de Direito, sofrem constantes violações por parte daquele que deveria solidificá-lo.

Comprovada essas adversidades, o Poder Judiciário não pode se permanecer inerte, sob pena de perpetuar os abusos e transgressões aos direitos preceituados na Constituição, causando, assim, o retrocesso social. Ao contrário disso, deve adotar uma atitude ativa e se empenhar pela implementação das garantias constitucionais.

Portanto, nesses termos compreende-se que o direito à saúde consubstancia verdadeiro consectário de uma existência digna, que deve ser efetivado e cumprido pelo ente estatal.

## REFERÊNCIAS

AIALA, Adriane de Fátima. *O controle judicial de políticas públicas como garantia de efetividade do direito fundamental à saúde*. Disponível em: <[http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Monografias/Adriane\\_de\\_Fatima\\_Aiala.pdf](http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Monografias/Adriane_de_Fatima_Aiala.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2007, p. 11. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/da\\_falta\\_de\\_efetividade\\_a\\_judicializacao\\_excessiva.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 381.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2016.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP 1.107.511 RS 2008/0265338-9. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <  
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., rev. e atual. de acordo com a emenda constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALCANTE, Martha Lisiane Aguiar. *Dignidade humana e reserva do possível: análise do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <  
<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Martha-Lisiane-Aguiar-Cavalcante.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

KRELL, Andreas Joaquim. *Controle Judicial de serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 3. ed, São Paulo: 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.



## O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO VALORIZADOR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Bianca Veloso de Lacerda Abreu

Graduada pela Universidade Candido Mendes.  
Advogada. Assessora Jurídica da Fundação  
Anita Mantuano de Artes do Estado do Rio de  
Janeiro – FUNARJ/Secretaria de Estado de  
Cultura.

**Resumo:** O presente artigo trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) inserido no Novo Código de Processo Civil e o pretendido efeito vinculante das decisões judiciais, com a pretensão de refletir as consequências na atividade interpretativa dos juízes. Ressalta a relevância do IRDR na solução dos conflitos de massa, na medida em que busca dar uma decisão uniforme a todos em casos semelhantes. Assevera a importância do processo como instrumento pacificador da sociedade e da segurança jurídica, bem como a necessidade da efetiva prestação jurisdicional em tempo razoável, nos termos da EC 45/2004.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Processo-modelo. Demandas de Massa. Princípios Constitucionais.

**Sumário:** Introdução. 1. A Criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo Novo CPC. 2. A necessidade da padronização dos processos judiciais frente à atual massificação dos litígios. 3. O IRDR como valorizador dos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da razoável duração do processo. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), não como um recurso, mas como uma ferramenta processual de fundamental importância para o desenrolar do processo e para a decisão das demandas em massa, a partir do momento em que o Novo Código de Processo Civil entrar em vigor.

Para tanto, serão abordadas as posições que respeitados doutrinadores têm sobre o tema de modo a conseguir demonstrar que esse instituto não representa o esvaziamento da

tutela coletiva, ao contrário, objetiva tutelar os direitos da coletividade e garantir a observância dos princípios constitucionais.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito do IRDR como um instrumento a ser utilizado para as ações que possuem questões jurídicas comuns, de maneira que possam ser decididas de modo uniforme. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de solucionar os denominados conflitos de massa, como por exemplo, demandas que envolvam relações de consumo e os Juizados Especiais Estaduais, através de um “processo-modelo” para os demais casos semelhantes.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão do presente instituto no contexto do Novo CPC, fazendo uma comparação, no que tange ao procedimento e regulação, similares aos dos recursos especiais repetitivos previstos no art. 543-C do CPC/73. O CPC de 2015, entretanto, amplia o IRDR para os tribunais de segunda instância, estimulando a uniformização da jurisprudência também dos Estados, no caso dos TJs, e das regiões, no caso dos TRFs.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a necessidade da padronização dos processos frente ao desenfreado crescimento da demanda da prestação jurisdicional, em que soluções a casos de mesma fundamentação jurídica, ou seja, ações com a mesma questão de direito, encontrem uniformidade, previsibilidade e garantam uma maior racionalização nos julgamentos.

O terceiro capítulo destina-se a examinar o instituto como valorizador dos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da razoável duração do processo, a fim de adequar o direito processual à era pós-moderna.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva-qualitativa e exploratória, com ênfase nos recentes livros de doutrina acerca do



tema tratado no Novo Código de Processo Civil, fazendo uma breve análise comparativa com o Código de 1973.

## **1. A CRIAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS PELO NOVO CPC**

Uma das maiores novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, em termos de precedentes, é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conhecido pela sigla IRDR, cuja previsão encontra-se nos artigos 976 ao 987 do novel diploma<sup>1</sup>.

O incidente apresenta-se, não como um recurso, mas como um método de soluções de demandas múltiplas, em que se parte de um caso concreto entre litigantes individuais, cuja pretensão é apta a repetir-se.

É, pois, mais uma medida para minimizar os efeitos decorrentes da massificação dos processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro, de modo a viabilizar a celeridade processual, além de um tratamento igualitário e segurança jurídica aos jurisdicionados.

O procedimento e a regulação do IRDR apresentam semelhanças com os procedimentos de julgamento por amostragem dos recursos excepcionais, especificamente os da repercussão geral (art. 543-B, do CPC/73) e dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C, do CPC/73). Contudo, o Novo CPC amplia a sua vinculação, não só para o Juízo de primeira instância, como também para os tribunais de segunda instância, estimulando a uniformização da jurisprudência nos estados, através dos Tribunais de Justiça, e nas regiões, no caso dos Tribunais Regionais Federais.<sup>2</sup>

O ponto em comum dos institutos acima mencionados, que visam à resolução das demandas repetitivas, é a criação de um precedente que servirá de norte aos demais processos

<sup>1</sup> ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016, p. 324.

<sup>2</sup> BASTOS, Fabrício Rocha. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 127-158, set. – out. 2015.





que surjam com a mesma matéria, ou para aquelas que tenham ficado sobrestadas aguardando o julgado paradigmático. Isso é, o tratamento das demandas homogêneas está diretamente relacionado à questão do precedente modelo.

O precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, em que o núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos<sup>3</sup>, e é justamente essa a ideia do IRDR, produzir decisões judiciais que terão eficácia vinculante, a fim de assegurar solução uniforme a demandas idênticas.

Cumprido esclarecer que, por demandas idênticas, subentendem-se aquelas que são idênticas por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que as partes sejam distintas. Tal fenômeno não se confunde com a conexão, pois essa ocorre quando duas ou mais ações tem a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Não se pode confundir, ainda, os conceitos de igual e mesmo. Enquanto o primeiro pressupõe a existência de dois ou mais entes que, comparados, se revelam idênticos, o último, pressupõe a existência de um só ente que se manifesta mais de uma vez<sup>4</sup>. Logo, quando se trata de demandas repetitivas, o que se deve ter em mente é que as causas de pedir são iguais, mas não se trata da mesma causa de pedir.

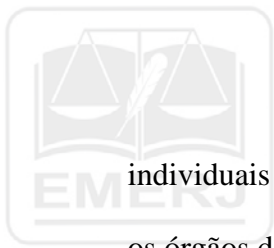
Para se evitar a quebra da isonomia e tratamento diferente às demandas repetitivas ou seriais, é que se criou uma ferramenta de fundamental importância para assegurar que casos iguais recebam resultados iguais, mediante a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

O acórdão do Tribunal de Justiça ou do TRF, no âmbito do IRDR, servirá como uma verdadeira causa-piloto para o julgamento dos demais processos, presentes e futuros,

---

<sup>3</sup> DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 2, p. 385.

<sup>4</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p. 477.



individuais e coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito, ou seja, vinculará tanto os órgãos de primeiro grau quanto o próprio tribunal.

Essa decisão, dotada de eficácia vinculante, passará a ser o precedente que irá reger os processos em tramitação, bem como aqueles que vierem a ser ajuizados. Nesse sentido, a uniformização da jurisprudência procura concretizar os princípios constitucionais: da duração razoável do processo, na medida em que havendo um processo-modelo, o postulante vai poder decidir se vale ou não a pena recorrer ao Judiciário em busca do reconhecimento de determinado direito; da isonomia, uma vez que casos iguais serão tratados igualmente, e da segurança jurídica, pois se estabelecendo um padrão decisório vinculando os juízes em casos idênticos, não haverá mais a imprevisibilidade do resultado do processo. Sem falar que essa regra inédita vai trazer julgamentos mais céleres, na medida em que evitará a dispersão excessiva da jurisprudência em situações jurídicas homogêneas<sup>5</sup>.

Desse modo, a lei estabeleceu dois requisitos cumulativos para a instauração do incidente. São eles: (i) existência de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e (ii) existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Há, ainda, um terceiro requisito que não está expresso na lei, mas que resulta de um enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis<sup>6</sup>, que é a existência de pelo menos um processo pendente perante o tribunal, não necessitando haver uma grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão.

---

<sup>5</sup> FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel *et al.* *Novo Código de Processo Civil*. Bahia: JusPodivm, 2015. p.621.

<sup>6</sup> Enunciado n. 87, FPPC: “(art. 976, II) A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.”



## 2. A NECESSIDADE DA PADRONIZAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS FRENTE À ATUAL MASSIFICAÇÃO DOS LITÍGIOS

A realidade do dia a dia do Judiciário brasileiro é bem diferente dos demais países, isso porque o volume de processos que se tem aqui é avassalador. Assim, para comportar tantas demandas e poder satisfazer com efetividade e presteza os anseios dos jurisdicionados aflitos pela solução dos seus conflitos, é necessário criar mecanismos que possibilitem condições mínimas para manter a qualidade da atividade jurisdicional.

A criação de técnicas processuais especiais destinadas à resolução de demandas repetitivas evidencia uma preocupação atual com a problemática contemporânea de massificação e homogeneização das relações jurídicas e dos conflitos levados ao Judiciário.

Em decorrência do crescente e expressivo número de causas, observa-se a proliferação das mesmas questões jurídicas pontuais em demandas com causas de pedir e pedidos distintos, caracterizando zonas de homogeneidade nos litígios heterogêneos, individuais e coletivos.

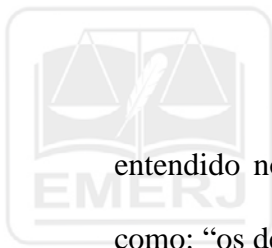
A feição repetitiva dos conflitos judicializados tornou premente a necessidade de adequação da técnica processual e a reinvenção do processo judicial<sup>7</sup>.

Nesse sentido, o incidente de resolução de demandas repetitivas funciona como um verdadeiro filtro para conter a litigiosidade de massa, a partir da eleição de um caso piloto, inicial, que serve de modelo, experiência ou exemplo, cuja decisão servirá de paradigma para o julgamento dos demais processos que versem sobre questão de direito idêntica, desde que dentro dos limites da competência territorial do tribunal que for instaurado.

É possível verificar tal situação nas demandas propostas nos Juizados Especiais Estaduais que tratam das relações de consumo e de interesses individuais homogêneos,

---

<sup>7</sup> FLEXA, op. cit., p. 623.



entendido nos termos do art. 81, § único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor como: “os decorrentes de origem comum”.<sup>8</sup>

Pode-se pegar como exemplo os diversos consumidores lesados por um defeito de fabricação em série de um certo modelo de automóveis; os servidores públicos lesados por não ter o Estado inserido no cálculo de suas remunerações uma determinada gratificação a que fariam jus; ou ainda, os moradores de uma certa localidade lesados por uma obstrução da rede de esgotamento sanitário.

O Novo CPC não faz qualquer referência quantitativa para fins de instauração do incidente, apenas menciona a necessidade de haver repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, sendo este o seu primeiro requisito. Portanto, caberá à jurisprudência estabelecer esse patamar, sendo certo que deverá haver uma quantidade ao menos relevante a ensejar a admissibilidade do IRDR.

Vale destacar o Enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que prevê que a instauração do incidente não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas que deve haver preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica. Esse é o segundo requisito para a instauração do IRDR.

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara, há uma intensa ligação entre os interesses individuais homogêneos e o fenômeno da repetição de demandas<sup>9</sup>.

Câmara ensina que as demandas repetitivas, muitas vezes, recebem do Judiciário tratamentos distintos, levando a quebras de isonomia, pois se tem frequentemente soluções completamente diferentes para casos rigorosamente iguais. À isso, denomina-se de “jurisprudência lotérica”, pois o resultado do processo vai depender do juízo para o qual será distribuído por sorteio.

---

<sup>8</sup> ANGHER, op. cit., p. 587.

<sup>9</sup> CÂMARA, op. cit., p. 476.



Por esse motivo que a Lei 13.105/2015 trouxe esse mecanismo de inovação a fim de assegurar que casos iguais recebam resultados iguais, dessa forma, o IRDR prima pelo princípio da efetividade da jurisdição.

O terceiro requisito cumulativo para a instauração do incidente não está previsto na lei, é que haja ao menos um processo pendente de julgamento perante o tribunal, sob pena de haver uma inadequada supressão de instância, uma vez que o incidente é instaurado perante os Tribunais de segunda instância.

Confiando na solução justa e efetiva de eventuais lides em que se vejam envolvidos, os jurisdicionados acreditam que, a casos idênticos, serão dadas respostas idênticas. Ou seja, espera-se que os julgados sejam coerentes entre si, mantendo-se a higidez e a harmonia de uma jurisprudência estável, contínua e previsível. Nada mais lógico e justo.

A segurança jurídica e a isonomia, afinal, estão na base do IRDR, vez que o Estado-juiz deve atentar-se para o fato de que “Linhas decisórias inconstantes violam expectativas legítimas do jurisdicionado. Aquele que se coloca em situação similar à do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa”<sup>10</sup>.

Importante ressaltar que a tutela coletiva de defesa dos direitos individuais homogêneos mostrou-se insuficiente para resolver os litígios seriados, diante do seu próprio descabimento, como a restrição em relação a algumas matérias que poderiam ser objeto de tais ações, como as de natureza tributária; a inadequada restrição da atuação de associações; a condenação genérica e necessidade de execução individual; a falta de uma cultura de associatividade e a tendência à propositura de processos individuais.

Portanto, o incidente trazido pelo Novo CPC, tem como escopo tutelar a isonomia e a efetividade dos direitos individuais homogêneos e a sua criação traduz o reconhecimento do

---

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2074.



legislador de que a chamada ‘litigiosidade de massa’ atingiu patamares insuportáveis em razão da insuficiência do modelo até então adotado, carecendo de uma solução imediatista.

### **3. O IRDR COMO VALORIZADOR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.**

Conforme visto anteriormente, o IRDR é uma regra inédita no ordenamento jurídico brasileiro, cuja finalidade, de acordo com a exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil, é a de atenuar o asoeramento de trabalho no Poder Judiciário, evitando, por conseguinte, a dispersão excessiva da jurisprudência em situações jurídicas homogêneas. Sua natureza jurídica caracteriza-se como um verdadeiro objeto litigioso coletivo<sup>11</sup>.

Quando se trata de Estado Democrático de Direito há dois princípios basilares que são: a segurança jurídica e a igualdade. Neste sentido, a uniformização da jurisprudência objetiva concretizar tais princípios constitucionais e assegurar aos jurisdicionados que tenham tratamento isonômico em casos jurídicos análogos.

Haroldo Lourenço, em artigo publicado sobre o tema, ensina que:

Assim, quanto mais uniformizada a jurisprudência mais se fortalece a segurança jurídica, garantindo ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta, induzindo confiança, possibilitando uma expectativa legítima do jurisdicionado. A orientação jurisprudencial predominante em um determinado momento presta-se a que o jurisdicionado decida se vale ou não a pena recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento de determinado direito.<sup>12</sup>

Os pilares do incidente – que, inclusive, justificam a sua existência – são: a segurança jurídica baseada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; a

<sup>11</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 9 ed. Bahia: JusPodvm, v. 3, p. 321. RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro. *Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá. 2013, p. 196.

<sup>12</sup> LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <[www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc](http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

isonomia, estampada no tratamento e solução uniforme dada às mesmas questões e a celeridade, por meio de uma prestação jurisdicional em tempo razoável.<sup>13</sup>

A isonomia concretizada pelo IRDR é aquela que permite aos jurisdicionados receber um tratamento uniforme das questões comuns, assegurando que a mesma situação jurídica receba idêntica interpretação e aplicação pelos tribunais.

Nesse sentido, a lição de Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

Tudo leva a crer que [o incidente] contribuirá de forma significativa para a efetivação dos princípios da segurança jurídica, da isonomia, da economia processual e da duração razoável do processo, ao possibilitar uma maior uniformização nos julgamentos proferidos no país, contribuindo, assim, para a construção de um sistema jurisdicional mais racional e harmônico.<sup>14</sup>

Como função da tutela coletiva de direitos individuais, Sérgio Cruz Arenhart<sup>15</sup>, destaca o tratamento uniforme de situações que podem se enquadrar na mesma hipótese normativa. Diz ainda, que a função principal desempenhada por essa tutela coletiva é a uniformização do entendimento judicial sobre certo litígio e, conseqüentemente, a preservação da isonomia.

Uma das graves violações ao princípio da isonomia, sem dúvida, é a prestação jurisdicional díspar a casos idênticos. A isonomia está intimamente ligada à previsibilidade e à estabilidade da prestação jurisdicional, que concretizam o princípio da segurança jurídica<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Bahia: JusPodvm. 2016, p. 39.

<sup>14</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *RePro*, v. 211, set/2012, p.191.

<sup>15</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

<sup>16</sup> NERY JR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.



A fixação de uma tese jurídica aplicável a casos análogos permite que o Poder Judiciário consolide o seu entendimento e possibilita o estabelecimento de padrões de conduta confiáveis aos jurisdicionados.

O IRDR também possui potencial para consagrar o direito à razoável duração do processo, por sua vez, relacionado ao princípio da celeridade, por permitir a redução do tempo de duração dos processos judiciais.

O tratamento pulverizado das questões repetitivas ofende a segurança jurídica, na opinião do jurista Guilherme Rizzo Amaral, ao apontar que “nos julgamentos das ações de massa, surge talvez a pior consequência para a segurança jurídica: a ausência de um julgamento concentrado das causas torna absolutamente imprevisível a sua solução. Cada juiz, uma sentença.

Com isso, demandantes e demandados voltam a sua atenção e as suas súplicas para Brasília, cada um por si, porém num ‘comportamento de manada’, esperando que no dia e no órgão jurisdicional em que o seu recurso for julgado sejam eles premiados pela sorte”<sup>17</sup>.

Com o mesmo pensamento, Luiz Guilherme Marinoni<sup>18</sup> orienta que tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do poder e para a manutenção da segurança necessária ao desenvolvimento das relações sociais.

Vale lembrar a importante e sempre atual lição de Barbosa Moreira, no sentido de que “se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muita rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, versão digital.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 109.

<sup>19</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 102, abr./jun. 2001.



Por isso, a busca da celeridade na resolução dos conflitos repetitivos não negligencia necessariamente a qualidade da prestação jurisdicional, pelo contrário, permite a uniformização de julgamento propiciada pelo IRDR, de modo que tal uniformismo corresponde a um modelo de processo democrático com igual solução distribuída para diversas partes.

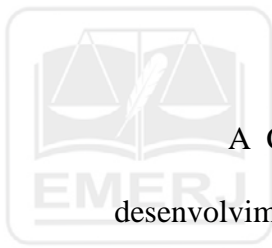
## CONCLUSÃO

O cabimento do Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva é uma regra inédita trazida pelo Novo Código de Processo Civil, e dar-se-á nos casos em que seja observado o risco de controvérsia no julgamento de demandas que versem sobre mesma questão de direito e nas demandas em que seja observado o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Sob a égide do CPC/73 já existiam instrumentos congêneres ao do IRDR, tais como a assunção de competência, a uniformização da jurisprudência, a súmula obstativa de recursos, os recursos especial e extraordinário sobre matérias idênticas, o julgamento liminar de improcedência, bem como a súmula vinculante prevista na Constituição da República.

O incidente tem por finalidade promover a igualdade e uniformidade de decisões judiciais sobre mesma questão, preservar a segurança jurídica, incentivar a razoável duração do processo e estimular a coerência da ordem jurídica mediante julgamento de um processo-modelo que servirá para fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário, uma vez que dotada de efeito vinculante.

Com a criação do IRDR, o legislador busca uma maior racionalização e eficiência dos meios processuais, objetivando conter a litigiosidade de massa ao eleger um caso-piloto, cujo julgamento irá repercutir sobre os demais processos que versem sobre casos similares ao paradigma.



A CRFB/88 é a base do direito processual brasileiro, por isso deve nortear seu desenvolvimento, interpretação e aplicação. Nesse sentido, as alterações do sistema processual civil buscam harmonizar o Novo CPC com o espírito da Constituição Federal, no que diz respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

Por tais razões, é que se acredita que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas irá contribuir de forma significativa para a efetivação dos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica, da economia processual e da duração razoável do processo, na medida em que possibilitará uma maior uniformização nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, contribuindo, não só para uma prestação jurisdicional mais racional e harmônica, mas para o sistema processual como um todo.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun./2011, versão digital.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 21. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

\_\_\_\_\_, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 102, abr./jun. 2001.

BASTOS, Fabrício Rocha. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 127-158, set. – out. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.* 9 ed. v. 3. Bahia: JusPodvm, 2011.

Enunciado n. 87, FPPC: “(art. 976, II) A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.”

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel *et al.* *Novo Código de Processo Civil.* Bahia: JusPodvm, 2015.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC.* Disponível em: <[www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc](http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *RePro*, v. 211, set/2012.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios.* 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

NERY JR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro. *Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos.* Curitiba: Juruá. 2013.

TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.* Bahia: JusPodvm, 2016.



## CONTROVÉRSIA ACERCA DA REDUÇÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Bruno de Oliveira Lima

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida. Advogado.

**Resumo:** A Administração Pública ao longo dos anos vem reduzindo os proventos de aposentadoria dos servidores inativos, por inúmeros motivos. O presente trabalho visa analisar a hipótese específica de redução de proventos com fundamento em inconstitucionalidade de lei que previa determinado benefício, como por exemplo, os triênios em seu percentual máximo, sem que haja prévio processo administrativo.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Revisão de Aposentadoria. Servidor Público. Inconstitucionalidade.

**Sumário:** Introdução. 1. Aspectos Controvertidos do Ato Administrativo de Aposentadoria: Natureza Jurídica e Prazo para Anulação. 2. Legalidade da Revisão da Aposentadoria Sem Prévio Processo Administrativo. 3. Caso Concreto de Inconstitucionalidade de Lei Após Concessão de Aposentadoria e Controvérsia Acerca da Validade de Revisão. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a problemática dos servidores aposentados que têm seus proventos reduzidos. Busca-se ainda expor como a Administração utiliza-se de brechas legais para efetuar tal redução, amparada por inconstitucionalidade, mas sem respeitar a segurança jurídica do ato de aposentadoria.

Assim, o trabalho expõe a situação do servidor público que se aposenta e, conseqüentemente, cria uma expectativa ao longo do tempo acerca da irredutibilidade de seus vencimentos, visando, especificamente, ao seu sustento em idade mais avançada, mas que após decorrido longo lapso temporal da concessão da aposentadoria, tem os seus proventos reduzidos unilateralmente pela Administração, sem prévio processo administrativo.

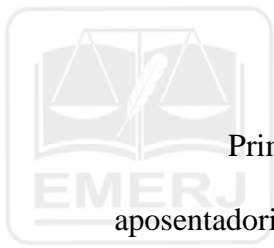
A relevância dessa abordagem reside em consonância com o cenário atual do Estado, que passa por grave crise econômica, gerando assim incerteza em diversos seguimentos, principalmente na pública, no que tange à situação dos servidores.

Assim, o que se tem observado ao longo dos anos foi a retirada de benefícios e de vantagens anteriormente concedidas aos servidores, sejam ativos ou inativos. No entanto, o que mais é a redução dos proventos de servidores aposentados, realizada muitos anos após a concessão da aposentadoria e da declaração de inconstitucionalidade de determinada lei, que serve de fundamento para a prática daquele ato. Tal situação se intensifica em diversas esferas, sem que haja um mínimo de razoabilidade.

Para esmiuçar o assunto é necessário discorrer sobre algumas questões: Como é realizado o ato administrativo de aposentadoria de servidor público e o seu aperfeiçoamento perante a Administração Pública? É possível a revisão da aposentadoria após a sua concessão e tendo sido essa recebida pelo servidor por longo lapso temporal, por ato unilateral da administração, sem que tenha havido um processo administrativo? A inconstitucionalidade de lei que confere benefícios aos proventos do servidor aposentado permite a revisão de sua aposentadoria para diminuir os seus vencimentos?

São questões como essas que este trabalho se propõe a discutir e, para tanto, será realizada uma abordagem doutrinária acerca do instituto da aposentadoria do servidor público por meio de uma metodologia bibliográfica, bem como análise da jurisprudência atual acerca do tema em questão para traçar um quadro do entendimento do Poder Judiciário sobre a divergência.

## **1. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO ATO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA: NATUREZA JURÍDICA E PRAZO PARA ANULAÇÃO**



Primeiramente, cabe conceituar o instituto ora em análise. Assim, tem-se que aposentadoria é o direito de perceber remuneração, ainda que na inatividade, em decorrência do preenchimento de requisitos legais para a sua concessão.

Muito se diverge acerca da natureza jurídica de tal instituto, tendo em vista que após a concessão da aposentadoria, tal ato é remetido ao Tribunal de Contas para análise de sua legalidade e posterior registro da aposentadoria.

Assim, há entendimento de que se trata de ato complexo, mas de acordo com as lições de José dos Santos Carvalho Filho<sup>1</sup>, estar-se-ia diante de atos administrativos diversos, em virtude do propósito dos atos e órgãos que os emanam. Portanto, a administração pública verifica se o servidor preenche os requisitos legais, realiza estudo e cálculo quanto ao valor do benefício de aposentadoria em relação às contribuições, enquanto que o Tribunal de Contas exerce apenas a função de fiscal das contas e, assim analisa a legalidade desse novo encargo financeiro para a administração pública, motivo pelo qual não se confunde, nem integra o ato primeiro de concessão da aposentadoria.

O que reforça tal entendimento, apenas a título de ilustração, é o órgão que pode figurar em ação judicial que vise discutir aspectos inerentes à aposentadoria.

Dessa forma, caso a aposentadoria tenha sido indeferida pela administração, à qual o servidor está vinculado, esse poderá insurgir-se judicialmente contra aquela, via mandado de segurança, já que o ato coator emana dela. Situação diversa reside quando a aposentadoria já fora concedida e, posteriormente, negado o registro dela pelo Tribunal de Contas em decorrência de eventual ilegalidade, motivo pelo qual este figurará em ação mandamental.

---

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.726.

No entanto, o que predomina na jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal é de que se trata de ato complexo, sob o argumento de que a aposentadoria somente se aperfeiçoa com o ato de concessão e posterior registro pelo Tribunal de Contas<sup>2</sup>.

Outra questão que intriga os estudiosos reside no prazo para anular ou alterar os atos anteriormente comentados.

Tal controvérsia baseia-se na mesma questão acerca da natureza jurídica. Assim, há entendimento de que para cada ato haveria o prazo de 5 (cinco) anos para anular ou alterar. Em outra vertente, o prazo teria início quando da chegada do processo de aposentadoria perante o Tribunal de Contas, e que decorrido aquele, restaria operada a decadência, por conta do princípio da segurança jurídica, tendo em vista o longo lapso temporal desde a concessão da aposentadoria, e posterior demora na apreciação pela corte de contas.

O entendimento ora apresentado é o que mais condiz em um cenário favorável ao servidor, pois ele não pode ficar à mercê do Tribunal de Contas, após a concessão de sua aposentadoria, tampouco ser prejudicado muito tempo depois, após a obtenção do benefício, em virtude de eventual negativa do registro ou eventual alteração de seu benefício.

No entanto, há entendimento diverso na jurisprudência, no sentido de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos somente começaria a fluir após o registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas<sup>3</sup>, o que se apresenta deveras prejudicial ao servidor público. Isso se deve ao fato de que, após a concessão da aposentadoria, o processo administrativo desta é remetido à corte de contas, que realiza uma análise de todo o procedimento, mas que somente é concluído após longo decurso do tempo, o que deixa o servidor aposentado desprotegido, sem qualquer segurança, pois a qualquer momento pode ter sua aposentadoria cassada ou reduzida.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n.31527 AgR / DF. Relatora: Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=MS&numero=31527&origem=AP>> Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp n. 1.145.613/RS. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11636599&num\\_registro=200901175527&data=20101011&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11636599&num_registro=200901175527&data=20101011&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 18 out. 2015.



Questão que intriga os estudiosos, os servidores afetados e, é o cerne deste trabalho, é como se justifica a redução dos proventos de aposentadoria de servidor público após a concessão pela administração e posterior registro pelo Tribunal de Contas, sem prévio procedimento administrativo. Como se depreende da jurisprudência citada anteriormente, tal redução não seria legal, eis que realizada após o registro da aposentadoria e na grande maioria dos casos concretos, a redução se deu após o transcurso de 5 (cinco) anos.

Apesar da jurisprudência citada, a administração insiste em reduzir os proventos, pois utiliza como fundamento para tal ato de revisão a declaração de inconstitucionalidade de lei que conceda eventual vantagem pecuniária que integra a aposentadoria do servidor.

Utiliza ainda as súmulas 346 e 473 do STF que dispõe respectivamente acerca da possibilidade de a administração anular seus próprios atos e, também, de anular os atos eivados de ilegalidade ou revogar por conveniência ou oportunidade.

A situação se agrava ao passo que o Judiciário acolhe tais fundamentos e confirma esses atos. Vale consignar julgado acerca do tema:

APELAÇÃO CÍVEL. POLICIAL MILITAR REFORMADO. TRIÊNIO REDUZIDOS. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO NO PERCENTUAL MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. Triênio concedido no percentual máximo de forma equivocada. A E.C. nº 20/98 proíbe a percepção de tempo de serviço de forma fictícia. A lei não pode estabelecer contagem de tempo fictício em favor do servidor, sob pena de ofender o disposto no parágrafo 10º, do art. 40 da Constituição da República. A gratificação por tempo de serviço deve ser deferida ao servidor no percentual equivalente ao tempo serviço efetivamente prestado. Foi reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça a inconstitucionalidade do art. 4º, da Lei Estadual nº 4.024/2002 na arguição de inconstitucionalidade nº 17/2005, julgada em 09/01/06. Poder-dever da Administração Pública de rever, de ofício, os atos praticados com base em legislação declarada inconstitucional. Incidência das Súmulas 346 e 473 do STF. Correta a sentença. Negativa de seguimento do recurso, nos termos do art. 557, caput do CPC<sup>4</sup>.

Apesar do fundamento com alicerce em súmulas do STF, tanto a administração, quanto o Judiciário Estadual se equivocam, pois desconsideram julgados da Suprema Corte,

---

<sup>4</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0057814-11.2013.8.19.0001. Relator: Des. Teresa de Andrade Castro Neves. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004006E9ABE8444EC068F89C9468790C7DBC504072A1A2D>> Acesso em: 19 out. 2015.



no sentido de que a aposentadoria trata-se de ato complexo e que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos começaria a fluir após o ato de registro pelo Tribunal de Contas. Assim, na maioria dos casos, tal prazo já se escoou, o que impediria a revisão da aposentadoria.

Portanto, faz-se necessária uma melhor análise do caso concreto, pois não é plausível, tampouco proporcional, reduzir os proventos de servidor aposentado, que já o recebe por longo tempo, representando verdadeiro prejuízo para o seu sustento e de sua família, em uma fase da vida, na qual não detém mais o vigor físico para complementar sua renda.

## **2. LEGALIDADE DA REVISÃO DA APOSENTADORIA SEM PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Como citado anteriormente, por conta de a aposentadoria tratar-se de ato administrativo complexo, o qual é exarado pela Administração Pública e posteriormente analisado pelo Tribunal de Contas, tem-se que a revisão da aposentadoria do servidor público submete-se ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos contados a partir do registro daquela. No entanto, há casos em que diante da inércia, por exemplo, do Tribunal de Contas, a rejeição da aposentadoria se dá após longo lapso temporal, tendo por base a entrada do procedimento de aposentadoria no tribunal.

Assim, em casos exorbitantes, diante do decurso do tempo e por conta da aplicação do princípio da segurança jurídica atribuída ao servidor que recebe o seu provento a muito tempo, resta assegurado manutenção do seu benefício, conforme se verifica em um trecho do julgado a seguir:

Mandado de Segurança. 2. Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU). Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Controle externo de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Inaplicabilidade ao caso da decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99. 4. Negativa de registro de aposentadoria julgada ilegal pelo TCU. Decisão proferida após mais de 5 (cinco) anos da chegada do processo administrativo ao TCU e após mais de 10 (dez) anos da concessão da aposentadoria pelo órgão de origem.



Princípio da segurança jurídica (confiança legítima). Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exigência.<sup>5</sup>

Já em relação à redução dos proventos de aposentadoria ou negatória deste pelo Tribunal de Contas, é assente na jurisprudência, que decorridos mais de 5 anos da entrada do processo na corte de contas, deve ser assegurado ao indivíduo o contraditório e ampla defesa, conforme se extrai do julgado abaixo:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVENTOS. APOSENTADORIA. REGISTRO. ACÓRDÃO DO TCU QUE DETERMINOU A IMEDIATA INTERRUPTÃO DO PAGAMENTO DA URP DE FEVEREIRO DE 1989 (26,05%). NATUREZA DE ANTECIPAÇÃO SALARIAL. PREVISÃO LEGAL. DECISÃO JUDICIAL. ALCANCE. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 54 DA LEI Nº 9.784/99. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA À CORTE DE CONTAS. MODIFICAÇÃO DE FORMA DE CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, COISA JULGADA, SEGURANÇA JURÍDICA E IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. PLANOS ECONÔMICOS. REAJUSTES SALARIAIS. VANTAGEM SALARIAL RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. REMUNERAÇÃO. ALCANCE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. SEGURANÇA DENEGADA.<sup>6</sup>

No entanto, a análise precípua no momento é acerca da legalidade da revisão de aposentadoria sem prévio processo administrativo. Na prática, a Administração Pública em reiteradas vezes, busca de forma reflexa à crise econômica e má administração da máquina estatal, a revisão de aposentadorias e pensões, promovendo a redução dos proventos dos indivíduos sem que promova qualquer procedimento administrativo e, por conseguinte, qualquer comunicação ao lesado ou sua intimação para se defender.

Assim, o indivíduo em determinado momento se depara com a redução dos proventos em seu contracheque, mediante ato unilateral da administração, sem qualquer comunicado, com fundamento de que o inativo percebia quantia indevida. O interessante da questão é que, se a Administração consolida posição no sentido de que o indivíduo percebeu

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 24781 / DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=MS&numero=24781&origem=AP>> Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31642. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=MS&numero=31642&origem=AP>> Acesso em: 18.03.2016

indevidamente, porque não buscar a restituição dos valores pagos? Eis o questionamento a ser debatido.

Dessa forma, é possível concluir, que a Administração Pública furtivamente reduz os proventos, ainda que amparada por pretensa legalidade, mas que à época da redução, em decorrência do tempo no qual o indivíduo percebe os seus proventos, já não mais seria possível lhe retirar tal benefício. Por esse motivo que a administração não busca a restituição, tendo em vista que muitos dos casos, a percepção foi de boa fé, como ocorre no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei, que por via reflexa é usada pela administração para atingir atos consolidados, como as aposentadorias já concedidas e percebidas por longo tempo.

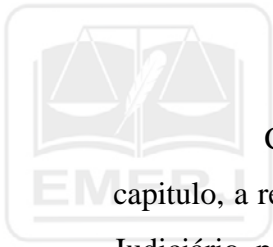
Diante de tal cenário, ao lesado não resta outra alternativa senão buscar o Judiciário, pois intentar alguma medida administrativa é inviável, por conta da perda de tempo e, da posição consolidada da administração em rejeitar qualquer pretensão que beneficie os aposentados.

Vale assim, consignar um julgado tratando sobre o tema:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO. REDUÇÃO DO BENEFÍCIO EM DECORRÊNCIA DA REVISÃO DA APOSENTADORIA CONCEDIDA AO INSTITUIDOR. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA AFASTADA. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDAS. 1. O exercício do poder de autotutela que possui a Administração Pública para rever seus atos deve ser conjugado com o pressuposto de que, para a anulação do ato administrativo que tenha repercutido no campo de interesses individuais do administrado, é necessária a instauração do devido processo legal. 2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que, a partir da Lei nº 9.784 /99, a eventual anulação de atos ilegais praticados antes de sua edição deve observar o prazo decadencial de 5 (cinco) anos contados a partir de sua publicação, e não da data do ato impugnado. 3. Apelação e remessa necessária parcialmente providas, para afastar o reconhecimento da decadência, mantendo-se os efeitos da sentença reexaminada, ainda que por fundamento diverso.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº2003.34.00.024746-6 . Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200334000247466&pA=200334000247466&pN=247378220034013400>> Acesso em: 18.03.2016.



Conforme se verifica do julgado acima e, em consonância com o presente capítulo, a revisão de aposentadoria sem prévio processo administrativo não é permitida pelo Judiciário, por violar os princípios do contraditório e ampla defesa.

### **3. CASO CONCRETO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI APÓS CONCESSÃO DE APOSENTADORIA E CONTROVÉRSIA ACERCA DA VALIDADE DE REVISÃO.**

Para melhor análise da temática e exposição dos aspectos controvertidos, cita-se o caso da declaração de inconstitucionalidade do art.4º da lei 4.024/02 do Estado do Rio de Janeiro, que assim dispunha:

Art. 4º - O Policial Militar ou Bombeiro Militar que for transferido para a inatividade incapaz para o serviço militar fará jus a gratificação de tempo de serviço nos seus valores máximos.<sup>8</sup>

Assim, tal artigo previa a hipótese na qual o policial militar que fosse reformado por invalidez permanente faria jus à gratificação por tempo de serviço no seu percentual máximo, independente do tempo efetivo de trabalho. No entanto, tal prática é vedada pela Constituição Federal, que proíbe a contagem de tempo fictício, conforme art.40, parágrafo 10º: “qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.”<sup>9</sup>

Com base no preceito constitucional foi proposta representação por inconstitucionalidade do art.4 da Lei 4.024/02 perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual, mediante seu órgão especial, julgou procedente a representação, conforme transcreve-se abaixo:

<sup>8</sup>BRASIL. Lei 4.024/RJ, de 11 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/65014272da10f32483256c98004d2536?OpenDocument>> Acesso em: 26 mar.2016.

<sup>9</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2016.



REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL N. 4024, DE 2002 POLICIAL MILITAR - REFORMA DE MILITAR – INVALIDEZ PERMANENTE - ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO.

Incidente de inconstitucionalidade. Artigo 4. da Lei Estadual n. 4.024 de 11/12/2002. Incorporação de gratificação de tempo de serviço, em seu valor máximo, a Policial Militar ou Bombeiro Militar transferido para a inatividade por incapacidade. Vícios formal e material. Competência privativa do Executivo para a iniciativa de leis sobre benefícios de servidores públicos e regime de aposentadoria ou reforma e transferência de militares para a inatividade. Artigo 112, par.1., letra b da Constituição Estadual. A lei não pode estabelecer contagem de tempo fictício em favor de qualquer servidor. Artigo 40, par.10 da Constituição Federal. Incidente acolhido. Inconstitucionalidade reconhecida.<sup>10</sup>

Vale destacar que o julgamento da representação foi realizado em sessão do Órgão Especial do TJRJ em 09/01/2006, mas a produção de efeitos foi se dando ao longo do tempo, pois, *a priori*, nem todos os aposentados foram atingidos. Com base nesse julgado, os policiais militares aposentados por invalidez absoluta, que recebiam a gratificação por tempo de serviço no patamar máximo, passaram a receber de acordo com o tempo efetivo de trabalho.

Transcreve-se julgado do TJRJ acerca do tema, utilizando o julgamento da representação como fundamento para indeferir o pleito do aposentado:

DECISÃO MONOCRÁTICA. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR REFORMADO. LEI ESTADUAL N° 4024/02. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. Bombeiro militar reformado que pretende pela via do mandamus ver restabelecido seu direito ao recebimento de triênios em grau máximo mesmo sem ostentar o correspondente tempo de serviço. A Lei Estadual 4.024/2002, que permitia a incorporação de triênios em grau máximo pelo servidor militar que se reformasse por invalidez, independentemente do tempo de serviço que ele tivesse, foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do TJRJ. O ato administrativo que, com base nessa lei, concedeu o referido benefício padece, portanto, de nulidade insanável, que pode ser reconhecida pela Administração a qualquer tempo, não se podendo suscitar a proteção conferida pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Nega-se seguimento ao recurso, nos termos do artigo 557 do CPC, por ser manifestamente improcedente.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Arguição de Inconstitucionalidade nº 2005.017.00017. Relator: DES.MARCUS FAVER - ÓRGÃO ESPECIAL. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000374356EF0818B02B9EC2A47E8AF998BE62EDFC32B4E35&USER=>> Acesso em: 26 mar. 2016.

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2009.001.18191. Relatora: Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032B93BA1EDD0413BEFE0E3B7F4A73264A57C4021D0159>> Acesso em: 26 mar.2016.



Conforme se observa do julgado acima, o entendimento inicial era de que por conta da inconstitucionalidade do art.4º da lei 4.024/02, o aposentado não teria direito a percepção do triênio (Gratificação por Tempo de Serviço) em grau máximo sem que tivesse efetivamente trabalho o tempo necessário.

Outra fundamentação, aliada à inconstitucionalidade e, que até guarda relação com esta, é a utilização da sumula 473 do STF, que assim dispõe:

SÚMULA 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.<sup>12</sup>

Pode-se observar que a súmula é utilizada com intento de afastar eventual ilegalidade na revisão da aposentadoria sob o pretexto de que, no caso de haver algum acréscimo no benefício em decorrência de algum vício ou ilegalidade, tal benesse poderá ser revista pela Administração. A título de exemplo transcreve-se julgado que utilizou tal fundamentação:

APELAÇÃO. Policial militar reformado por invalidez. Triênio. Adicional de tempo de serviço cujo percentual foi reduzido ao tempo de serviço efetivamente prestado. Contrária a ordem constitucional o cômputo de tempo ficto. Interpretação equivocada das normas de regência que se deve afastar, por configurar vício de ilegalidade. Violação dos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa. Incidência do art. 40, § 10, da CR/88, com a redação da EC nº 20/98. Aplicação do verbete 473, da Súmula do STF. Recurso a que se nega seguimento, com base no art. 557, caput, do CPC.<sup>13</sup>

No entanto, diversos julgados como o citado anteriormente deixaram de analisar questões de grande importância e relevância para julgamento, como a época em que fora concedida a aposentadoria, a quanto tempo o aposentador percebia o triênio em grau máximo, além da época em que foi reduzido tal gratificação e ainda mais importante, se foi realizado

<sup>12</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_401\\_500](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500)> Acesso em: 26 mar.2016.

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0288765-72.2011.8.19.0001. Relator: Des. Antonio Cesar Siqueira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F4816D94D8DF8EC32767D94DAC9BDE904DC4442F3156>> Acesso em: 26 mar. 2016.



procedimento administrativo com observância do contraditório e ampla defesa, antes da decisão de redução.

Assim, com o passar do tempo, começaram a surgir decisões, que destacaram os pontos acima citados, realizando uma análise mais profunda de cada aposentado, em especial neste caso, dos policiais militares reformados por invalidez absoluta. Consigne-se julgado, no qual restou assentado que a redução ocorreu após o transcurso de 5 anos da percepção da primeira parcela com o triênio no patamar máximo:

APELAÇÃO CIVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR REFORMADO POR INVALIDEZ EM 1993. TRIÊNIO FIXADO NO PERCENTUAL MÁXIMO DE 60% EM 1998. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DA LEI ESTADUAL 4.024/02. REDUÇÃO DO PERCENTUAL PARA 50% EM 2006 QUANDO JÁ DECORRIDO PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 53, § 1º, DA LEI ESTADUAL 5.427/2009. PODER DE AUTOTUTELA EXERCIDO OITO ANOS APÓS A PERCEPÇÃO DO PRIMEIRO PAGAMENTO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO À BOA FÉ. REFORMA DA SENTENÇA.<sup>14</sup>

A partir do entendimento exposto nesse julgado, verifica-se que a jurisprudência do TJRJ, com o fito de reconhecer o direito do militar aposentado por invalidez a perceber o triênio em seu grau máximo utilizou-se da decadência administrativa para fundamentar suas decisões, porém, deixando de apreciar a questão da inconstitucionalidade do art.4º da Lei 4.024/02 que conferia o direito à gratificação por tempo de serviço em grau máximo.

Outra questão de grande relevância nestes casos são as hipóteses nas quais, a Administração por desídia na prática de seus atos, deixou transcorrer longo lapso temporal para realizar a revisão da aposentadoria com base na inconstitucionalidade já citada. Vale consignar julgado que exemplifica:

APELAÇÃO Ação anulatória de ato administrativo. Policial Militar aposentado por invalidez em 2001. Pagamento efetuado de triênios na razão de 60% (sessenta por cento), por dez anos. Redução do benefício para 40% (quarenta por cento),

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0053073-35.2007.8.19.0001. Relator: Des. Rogério de Oliveira Souza. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042464B593056F69BED2A858F00BF66E40D4C45A0B0424>> Acesso em: 26 mar. 2016





percentual a que faz jus pelo tempo de serviço público prestado. Inconstitucionalidade do art. 4º, da Lei nº 4.024/2002. Estado que demorou dez anos para reduzir o benefício pago ao servidor. Arts. 53 e 54, da Lei nº 9.784/99, que normatiza o procedimento administrativo, prevê o prazo de cinco anos para a Administração Pública anular seus próprios atos. Decadência que pode ser decretada de ofício, nos termos dos arts. 219 e 220, § 5º, do CPC. Provimento do apelo, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC.<sup>15</sup>

No entanto, a questão parece longe de ser pacificada, tendo em vista que a matéria aguarda julgamento no Recurso Extraordinário interposto pela União de nº 636553/RS<sup>16</sup> de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual se discute a incidência do prazo decadencial de 5 anos para a administração anular seus atos quando eivados de ilegalidade e a também a aplicação da súmula 473 do STF.

A *priori* nesta questão, há parecer<sup>17</sup> naqueles autos do PGR Rodrigo Janot no sentido de desprovimento do RE por conta da observância dos princípios da segurança jurídica, boa fé e da proteção da confiança.

#### 4. CONCLUSÃO

Apesar da análise do instituto da aposentadoria, com as suas peculiaridades no âmbito administrativo, aliada ao estudo da jurisprudência em casos específicos como o da redução de proventos dos Policiais Militares do Estado do Rio de Janeiro, tem-se que ainda, pelo menos no Judiciário não há uma posição consolidada. Tanto que a questão aguarda julgamento pelo STF conforme citado anteriormente.

No entanto, com base no estudo realizado é possível aferir que a posição mais coerente e juridicamente plausível seria pela não legalidade da redução dos proventos de

---

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível N.º 0037659-21.2012.8.19.0001. Relatora: Des. Helda Lima Meireles. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040C8D368318C88B108CBE7B999B644E7BC502543F2035>> Acesso: 26 mar. 2016.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 636553/RS. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4043019>> Acesso em: 26 mar.2016.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 636553/RS. Manifestação da PGR. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=2613500&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 26 mar.2016.



aposentadoria, ainda que embasados por inconstitucionalidade posterior de lei. Tal proceder, tem como amparo os princípios gerais de direito, precipuamente, os da boa fé e da segurança jurídica, tendo em vista que jurisdicionado (aposentado) é a parte economicamente inferior na relação administrativa e em muitos dos casos percebia a aposentadoria a muito tempo antes da eventual redução.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2016

\_\_\_\_\_. Lei 4.024/RJ, de 11 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/65014272da10f32483256c98004d2536?OpenDocument>> Acesso em: 26 mar.2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp n. 1.145.613/RS. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11636599&num\\_registro=200901175527&data=20101011&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11636599&num_registro=200901175527&data=20101011&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 31642. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=MS&numero=31642&origem=AP>> Acesso em: 18.03.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS n. 24781 / DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=MS&numero=24781&origem=AP>> Acesso em: 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS n.31527 AgR / DF. Relatora: Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=MS&numero=31527&origem=AP>> Acesso em: 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 636553/RS. Manifestação da PGR. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=2613500&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 26 mar.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 636553/RS. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4043019>> Acesso em: 26 mar.2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0053073-35.2007.8.19.0001. Relator: Des. Rogerio de Oliveira Souza. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042464B593056F69BED2A858F00BF66E40D4C45A0B0424>> Acesso em: 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível N.º 0037659-21.2012.8.19.0001. Relatora: Des. Helda Lima Meireles. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040C8D368318C88B108CBE7B999B644E7BC502543F2035>> Acesso: 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0288765-72.2011.8.19.0001. Relator: Des. Antonio Cesar Siqueira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F4816D94D8DF8EC32767D94DAC9BDE904DC4442F3156>> Acesso em: 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0057814-11.2013.8.19.0001. Relator: Des. Teresa de Andrade Castro Neves. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004006E9ABE8444EC068F89C9468790C7DBC504072A1A2D>> Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2009.001.18191. Relatora: Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032B93BA1EDD0413BEFE0E3B7F4A73264A57C4021D0159>> Acesso em: 26 mar.2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Arguição de Inconstitucionalidade nº 2005.017.00017. Relator: DES.MARCUS FAVER - ÓRGÃO ESPECIAL. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000374356EF0818B02B9EC2A47E8AF998BE62EDFC32B4E35&USER=>>> Acesso em: 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº2003.34.00.024746-6 . Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200334000247466&pA=200334000247466&pN=247378220034013400>> Acesso em: 18.03.2016.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_401\\_500](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500)> Acesso em: 26 mar.2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.



## O CONFLITO ENTRE O SUPREMO E A CORTE INTERAMERICANA NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: A VALIDADE DA LEI DE ANISTIA

Bruno Santos Vilela

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogado.

**Resumo:** As relações entre as Cortes competentes para a tutela de Direitos Humanos têm produzido decisões conflitantes. No contexto brasileiro, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar acerca da validade da Lei 6.683/79. Ocorre que, a decisão proferida na ADPF 153/DF contrariou a firme jurisprudência estabelecida no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse contexto, impõe-se a aplicação do Princípio do Cosmopolitismo, como forma de orientar o trabalho dos Tribunais, quando do enfrentamento de questões de estatura supranacional.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade. Validade da Lei de Anistia.

**Sumário:** Introdução. 1. O Controle de Convencionalidade e a internacionalização dos direitos humanos. 2. A validade da Lei de Anistia no Supremo e na Corte Interamericana. 3. O diálogo entre os Tribunais: interpretação constitucional cosmopolita. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo investigar o conflito jurisdicional de competência entre o Supremo Tribunal Federal – STF- e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no tocante à interpretação e à aplicação das garantias insculpidas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), internalizada no ordenamento pátrio por meio do Decreto 678/92.

Inicialmente, é preciso analisar o papel das referidas Cortes no exercício do chamado Controle de Convencionalidade das leis. Se, por um lado, o art. 102, *caput*, da Constituição Federal, confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para tutelar os direitos e garantias fundamentais arrolados no Título II da Lei Maior, a Convenção, em seu art. 62, 3, atribui à Corte

Interamericana a competência para conhecer de qualquer caso relativo à aplicação e à interpretação de suas disposições.

Nesse contexto, será realizado um cotejo entre a posição assumida pelo STF no julgamento da ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, e a decisão proferida pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, com vistas a analisar a preocupação dos Tribunais na tutela da máxima efetividade dos Direitos Humanos.

Os limites da jurisdição de cada Tribunal geram forte controvérsia tanto na doutrina quanto na jurisprudência, tendo em vista que o tema envolve não só o exercício da soberania do Estado e da jurisdição constitucional, mas também o alcance do princípio da Supremacia da Constituição.

Para melhor compreensão do tema, será analisado, no primeiro capítulo, o instituto do controle de Convencionalidade das Leis, com o fito de questionar o seu exercício quando do confronto entre os referidos Tribunais. Dentro dessa problemática, abordar-se-á os fundamentos doutrinários imprescindíveis para a efetiva compreensão do tema,

Feita a análise teórica, passa-se, no segundo capítulo, ao estudo dos precedentes citados; o foco será enfrentar as divergências surgidas quando do exame da validade ou não da Lei 6.683/79, a Lei da Anistia. Nesse momento, é forçoso abordar a necessidade de diálogo entre os Tribunais, como forma de promover uma harmonização dos entendimentos.

No derradeiro capítulo, será necessário avaliar a relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional, com vistas a traçar pontos de interseção entre esses ramos do Direito, bem como a existência de um intercâmbio entre os Tribunais Internacionais e o Judiciário interno de cada país, a partir da interpretação constitucional cosmopolita.



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

## **1. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

A temática envolvendo o controle de convencionalidade das normas tem origem no processo de internacionalização dos Direitos Humanos<sup>1</sup>, os quais, em sua concepção contemporânea, consistem em reivindicações morais construídas dentro de um espaço de ação social.<sup>2</sup> Nesse sentido, cumpre destacar o clássico ensinamento de Norberto Bobbio<sup>3</sup>, segundo o qual os direitos são históricos e: “caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

O movimento de internacionalização dos Direitos Humanos surge no Pós-Guerra, como forma de contraposição aos horrores cometidos pelo Regime Nazista. De meados do século XX até hoje, verifica-se um crescimento tanto no número de Tratados Internacionais destinados à tutela dos Direitos Humanos quanto no desenvolvimento de instituições internacionais responsáveis pela sua aplicação, fiscalização e promoção.

Dentre os sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos, o interamericano possui instrumentos próprios, como, por exemplo, a Convenção Americana de 1969 (também denominado de Pacto de San José da Costa Rica), diploma responsável pela criação da Corte e da Comissão Interamericana bem como pelo estabelecimento de um catálogo de direitos de natureza civil e política<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria geral do controle de Convencionalidade no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 13 out. 2015.

<sup>2</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 154.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 7.

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 322.

A Constituição Federal de 1988 recebeu forte influência desse movimento. Para constatá-lo, basta observar a elevação da dignidade da pessoa humana a fundamento da República (art. 1º, III); a prevalência dos Direitos Humanos como princípio norteador das relações internacionais (art. 4º, II); o extenso rol de direitos fundamentais de cunho civil, social, político e econômico previstos no Título II; a abertura do catálogo de garantias fundamentais a outros direitos decorrentes dos princípios e do regime adotado pela ordem constitucional, ou dos Tratados assinados pela República Federativa do Brasil<sup>5</sup>.

Nessa esteira, especialmente após o advento da Emenda Constitucional 45/04, que inseriu o §3º no art. 5º, verifica-se uma nova modalidade de controle da produção normativa doméstica, qual seja: o controle de convencionalidade, a partir do qual as normas internas devem ser compatíveis não só com a Constituição Federal, mas também com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos<sup>6</sup>.

Em outros termos, o controle de convencionalidade adota, como referência, os Tratados Internacionais, sendo orientado, não pelas Cortes Constitucionais, mas, sim, pela jurisprudência dos Tribunais Internacionais<sup>7</sup>.

Segundo esse conceito, observa-se um certa proximidade entre o controle de convencionalidade e o de constitucionalidade, porque este, alçando a Constituição ao ápice do sistema jurídico, sendo ela o diploma responsável por conferir fundamento às demais normas, também é destinado a manter a compatibilidade vertical do ordenamento<sup>8</sup>. Ambos, portanto, se destinam a remediar eventuais quebras na harmonia do sistema jurídico.

---

<sup>5</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva. Ebook.

<sup>6</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da Convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 32

<sup>7</sup> RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O controle de Convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna*. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoaap/index.php/revista/article/viewFile/305/294>>. Acesso em: 13 out. 2015.

<sup>8</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 42.

Fixados os contornos do controle de convencionalidade, torna-se importante examinar os órgãos judiciais competentes para exercê-lo. A Corte Interamericana, ao examinar o caso *Carbera García e Montiel Flores vs. México*<sup>9</sup>, assinalou, à luz do entendimento firmado no caso *Aguado Alfato e outros vs. Peru*, que todos os órgãos jurisdicionais dos Estados participantes do Sistema americano de proteção dos direitos humanos devem exercê-lo *ex officio*, promovendo-se uma constante integração entre os sistemas nacionais e internacionais, com o fito de reforçar a tutela dos direitos humanos.

O que se verifica pela análise da jurisprudência da Corte é a necessidade de realização do controle de convencionalidade difusa, exercida por todos os juízes, os quais deveriam, sob orientação dos seus precedentes, aferir a validade *in concreto* da legislação doméstica à luz do Pacto de San José.

Salienta-se, por óbvio, que tal entendimento não busca infirmar toda legislação local. Respeitadas as competências de cada órgão jurisdicional, bem como a legislação processual de cada Estado, pretende-se, na verdade, harmonizar o sistema internacional com o interno.

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tema se mostra sufocado pela decisão proferida nos autos do HC n. 87.585/TO<sup>10</sup> e RE n. 466.343/SP<sup>11</sup>. Na oportunidade, discutiu-se o *status* normativo dos Tratados de Direitos Humanos internalizados sem observância do rito previsto no §3º do art. 5º. Por maioria, seguindo-se a tese do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno decidiu pela natureza supralegal, mas infraconstitucional de tais diplomas, dentro dos quais se encontra o Pacto de San José, internalizado por meio do Decreto n. 678/92.

---

<sup>9</sup> COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Carbera García e Montiel Flores vs. México*. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_ing.pdf)>. Acesso em 13 out. 2015.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 13 out. 2015

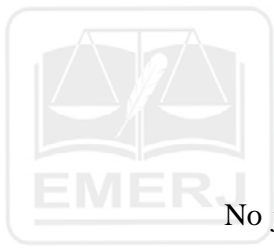
<sup>11</sup> Id. RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 13 out. 2015.



Ocorre que, embora tenha havido coincidência quanto à conclusão final dos referidos casos, qual seja: a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, o Ministro Celso de Mello abriu divergência. Ele assinalou que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento brasileiro, ainda que anteriores ao advento da Emenda Constitucional n. 45/04, possuem caráter materialmente constitucional, compondo, dessa forma, o bloco de constitucionalidade - compreendido como o conjunto de normas materialmente compatíveis com a Constituição que são adicionadas ao seu texto escrito, na medida em que reforçam e expandem os seus valores, ampliando o parâmetro hermenêutico quando do exame da validade da produção normativa doméstica.

Desse modo, ao reconhecer a inclusão das garantias previstas no Pacto de San José ao bloco de constitucionalidade, infere-se, segundo a premissa teórica adotada pelo Ministro Celso de Mello, que incumbe ao Supremo, enquanto guardião da Carta da República (art. 102, I da Constituição Federal), examinar a validade da produção normativa doméstica também em relação ao disposto nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Há, portanto, o exercício do controle de convencionalidade juntamente com o de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante seja de inegável relevância a divergência apresentada, o Ministro Celso de Mello não tratou, porém, da compatibilização da jurisprudência da Corte Interamericana e do STF. É comum que ambos os Tribunais examinem o alcance e o significado de garantias fundamentais previstas tanto no Pacto quanto na Constituição sem, contudo, alcançarem a mesma conclusão.



No julgamento da ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau<sup>12</sup>, o Supremo Tribunal Federal, ainda que por maioria, reconheceu a validade da Lei 6.683/79<sup>13</sup>, decisão esta totalmente divergente da proferida pela Corte Interamericana, quando do exame do caso *Gomes Lund vs. Brasil*. O objeto de ambos os processos consistia na recepção ou não da Lei de Anistia editada sob os regimes de exceção.

Fixadas essas balizas teóricas, passa-se ao exame dos referidos casos, com vistas a investigar as divergências entre as Cortes e a buscar soluções jurídicas para solução desse conflito de entendimento.

## **2. A VALIDADE DA LEI DE ANISTIA NO SUPREMO E NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

O Supremo Tribunal Federal foi provocado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com fundamento no art. 103, VII da Constituição Federal<sup>14</sup> c/c Lei 9.882/98<sup>15</sup>, a se manifestar acerca da recepção do art. 1º, §1º da Lei 6.683/79<sup>16</sup>, cujo teor é: “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

De acordo com o autor, seria notória a controvérsia constitucional sobre a validade da Lei de Anistia, tendo em vista a possibilidade de se abranger os agentes estatais responsáveis pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra os opositores do regime ditatorial. Asseverou haver

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 13 out. 2015.

<sup>13</sup> BRASIL. Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei 9.882, de 3 de Dezembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

ofensa à isonomia no que toca à segurança (art. 5º, *caput* e inciso XXXIX)<sup>17</sup> e ao dever de não ocultação da verdade (art. 5º, XXXIII)<sup>18</sup>. Concluiu afirmando que eventual recepção da norma implicaria desrespeito ao dever de não ocultar a verdade, aos princípios democrático e republicano e à dignidade humana. Sendo assim, pugnou-se pela aplicação de interpretação conforme à Constituição, com vistas a estabelecer que a anistia concedida pela Lei 6.683/79 não alcança o agentes da repressão.

Sob a pena do Relator Eros Grau, a maioria dos Ministros julgou improcedente a pretensão do demandante. Inicialmente, a Corte afastou a jurisprudência construída no tocante ao conceito dos crimes políticos quando do julgamento de pedidos de extradição; conforme destacado pelo Relator, os crimes conexos aos políticos a que se refere a Lei 6.683/79 devem ser interpretados não à luz do conceito doutrinário ou jurisprudencial construído pelo Tribunal, mas, sim, do contexto histórico em que editado o ato normativo.

Destacou-se o caráter *sui generis* da Lei de Anistia, sob argumento de que estava inserida em especial momento histórico, qual seja: processo de redemocratização política do Brasil. Nesse sentido consignou a Ministra Cármen Lúcia<sup>19</sup>:

É preciso não deslembrar que, naqueles dias dos anos setenta, havia presos políticos sem prisão formal decretada, desaparecidos ainda hoje desconhecidos, exilados pretendendo e sem poder voltar à pátria, pais e mães dilacerados pelo dilema de viver de um perdão sobre humano e um ódio desumano, uns e outros a pesar na alma do Brasil. Aquela quadra e o advento da lei que propiciou ultrapassar o momento para se chegar às eleições dos Governadores de 1982 (minha geração votaria, então, pela primeira vez), à campanha das diretas já, Tancredo Já e, depois, Constituinte já não teria tido lugar sem aquela lei

Aduziu-se que a Lei de Anistia possuía outra peculiaridade. De acordo com o Relator, não se tratava de ato normativo geral e abstrato, porquanto tanto o objeto quanto os destinatários

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960> Acesso em: 09 mar. 2016



eram determinados. Seria, na verdade, um ato administrativo especial ou lei-medida. Por tais motivos, não seria possível interpretá-lo com base no sistema normativo atual, porque sua norma seria extraída da realidade histórica e social do final dos anos setenta.

O Tribunal, ainda que de forma não unânime, mas majoritária, filiou-se ao entendimento de que a edição da Lei 6.683/79 foi fruto de uma conciliação entre grupos políticos antagônicos. Além disso, partiu-se da premissa de que o Congresso Nacional de então detinha legitimidade e representatividade para legislar. Aliás, segundo o Relator, a anistia foi reafirmada no art. 4º da Emenda Constitucional 26/85, fato que reforçaria a legitimidade da decisão política adotada.

Gilmar Mendes, em obra doutrinária, aponta que os atos de violência foram praticados de parte a parte, ainda que se reconheça a predominância da força estatal. Segundo a perspectiva histórica do autor, seria impossível conferir licitude a determinados atos e, ao mesmo tempo, condená-los quando praticados por outro grupo. Sendo assim, não seria possível legitimar a violência, com base em critério ideológico. Ademais, sinaliza que não caberia ao Judiciário imiscuir-se em matéria de competência do Legislativo e salienta que a única via possível para se alterar o paradigma fixado em 1979 seria dentro do Congresso Nacional. Pontua o ministro e doutrinador, por fim, que, como a referida Lei já produziu os seus efeitos, ou seja, já houvera anistia, o disposto no art. 5º, XLIII da Constituição Federal não retroagiria para afetar fatos jurídicos que lhe tinham precedido<sup>20</sup>.

Poucos meses após a referida decisão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos examinou, em 24 de novembro de 2010<sup>21</sup>, a validade da Lei 6.683/79 à luz da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Gomes Lund vs Brasil*.

---

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 69/70.

<sup>21</sup> O julgamento da ADFP 153 ocorreu em 28 de abril de 2010

Antes de adentrar na conclusão da Corte, cumpre salientar que o Tribunal Interamericano possui farta jurisprudência tratando do tema da Justiça de Transição. Nesse contexto, é emblemático o caso *Barrios Altos vs. Peru*<sup>22</sup>, episódio marcado pela execução de 14 (catorze) civis por agentes do Estado peruano. Na oportunidade, a Corte declarou a invalidade da Lei de Anistia peruana, bem como determinou a reabertura das investigações sobre os fatos e o dever de indenizar, por danos morais e materiais sofridos, os parentes das vítimas.

Conforme esclarece Flávia Piovesan, a Corte tem se manifestado firmemente no sentido de que as leis de anistia, ao impedirem a investigação e punição dos agentes estatais responsáveis pelo cometimento de crimes de tortura, execução extrajudicial, desaparecimento forçado e homicídio, tornam-se incompatíveis com o sistema interamericano de Direitos Humanos, na medida em que perpetuam a impunidade, fomentam a injustiça e obstam as vítimas e os seus familiares de acessar ao Poder Judiciário<sup>23</sup>.

Seguindo tal orientação, a Corte, no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, ao examinar a validade do Decreto-Lei chileno nº 2.191/79, cujo teor era isentar de punição os agentes estatais responsáveis por crimes cometidos durante a ditadura liderada por Augusto Pinochet, declarou a não recepção do referido ato normativo, sob argumento de que este afasta a tutela jurisdicional das vítimas, além de perpetuar a impunidade de crimes de lesa humanidade<sup>24</sup>.

No contexto brasileiro, conforme já destacado, a Corte condenou o Estado brasileiro em razão do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia, durante as investidas realizadas pelo regime militar no início da década de 1970. Na oportunidade, a Corte destacou que a Lei de Anistia de 1979 representa um grave empecilho à descoberta e às investigações das

---

<sup>22</sup> COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Barrios Altos versus Peru*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2016

<sup>23</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 175/176.

<sup>24</sup> COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano Vs. Chile*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_154_esp.pdf). Acesso em: 09 mar. 2016



atrocidades cometidas no curso do Estado de exceção instalado em 1964. Aduziu-se que todo e qualquer ato normativo que dê guarida a atos incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e com as obrigações jurídicas assumidas na esfera internacional não são oponíveis àquela Corte.

Verifica-se, portanto, que a posição assumida na ocasião segue de maneira fiel o entendimento consolidado acerca da validade e do alcance das leis de anistia. O que se determinou ao Brasil coincide com as demais decisões proferidas quando do exame de atos normativo congêneres oriundos de outros países latino-americanos.

Especialmente no que tange à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, convém esclarecer que, segundo a Corte Interamericana, não houve qualquer mudança na responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela investigação e punição das ofensas aos direitos humanos. Pontuou-se que, ao ratificar o Pacto de San José, o Poder Judiciário deve se submeter a ele, de modo a assegurar a máxima efetividade dos direitos e garantias previstos na Convenção.

Na oportunidade, a Corte Interamericana salientou que incumbe a todos os juízes realizar o controle de convencionalidade das normas internas. Nesse desiderato, o magistrado deverá ter em conta não apenas as disposições da normativa internacional, mas também o entendimento estabelecido no âmbito da Corte, órgão competente para conferir a última interpretação sobre o Pacto de San José<sup>25</sup>.

### **3. O DIÁLOGO ENTRE OS TRIBUNAIS: INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COSMOPOLITA**

---

<sup>25</sup> COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gomes Lund e outros (“guerrilha do Araguaia”) vs Brasil*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em: 09 mar. 2016.

No contexto da globalização, verifica-se um aumento no intercâmbio entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A interpretação da Constituição passa a ser influenciada pelos argumentos desenvolvidos em outros Tribunais Constitucionais, bem como por Tribunais Internacionais destinados à defesa dos Direitos Humanos, à medida que aumenta a comunicação entre os operadores jurídicos de sistemas diversos.

Esse fenômeno não tem raiz tão somente na construção jurisprudencial dos Tribunais, há respaldo normativo para tanto. A Constituição Portuguesa, por exemplo, em seu art. 16.2, estabelece que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

No âmbito da doutrina do Direito Constitucional, utiliza-se o princípio do cosmopolitismo, segundo o qual a interpretação das normas constitucionais é realizada por meio da invocação dos Direitos Humanos e do Direito Comparado, num verdadeiro aprendizado recíproco entre os Tribunais<sup>26</sup>.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é comum a utilização do princípio do cosmopolitismo, como forma de adotar argumentos e técnicas de decisão oriundas de outros sistemas jurídicos.

Instado a decidir sobre a constitucionalidade da exigência de diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista<sup>27</sup> no Brasil, a Corte Constitucional, ao examinar a validade do Decreto-Lei 972/69, utilizou, como reforço argumentativo, a Opinião Consultiva 5 de 13/11/1985 emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual a

---

<sup>26</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO; Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum. 2013, p. 450/451.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>> Acesso em 14 mar. 2016.



liberdade de expressão prevista no art. 13 do Pacto de San José é incompatível com a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista<sup>28</sup>.

Observa-se, portanto, que, nos casos envolvendo a tutela de direitos fundamentais, o STF já lançou mão do entendimento fixado na Corte Interamericana para orientar sua decisão. Porém, no que concerne à validade da Lei de Anistia, o mesmo Tribunal ignorou solenemente a firme posição adotada há tempos por aquela Corte.

Em casos nos quais se verifica uma inter-relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional, sobretudo no que diz respeito à extensão e ao alcance da proteção conferida por garantias fundamentais insculpidas em diplomas de natureza internacional e interna, é imprescindível o estabelecimento de um diálogo entre os Tribunais.

Tal necessidade de análise dos fundamentos dos demais órgãos jurisdicionais envolvidos na questão foi referendada, por exemplo, pelo Tribunal Constitucional Alemão. No caso *Görgülü*, este, dando continuidade à sua jurisprudência no sentido da coexistência harmônica entre a ordem interna e a Convenção Europeia de direitos Humanos, assinalou que os tribunais nacionais têm o dever de cumprir as decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, sob pena de ajuizamento de queixa constitucional perante o próprio Tribunal Constitucional<sup>29</sup>.

Daniel Sarmiento ensina que a promoção de um intercâmbio argumentativo entre os Tribunais não implica imperialismo internacionalista, pois não é cabível uma automática incorporação das orientações firmadas pelos órgãos internacionais e entendimento contrário

---

<sup>28</sup> COSTA RICA, Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Parecer Consultivo OC-5/85*, 13 de novembro de 1985. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf)> Acesso em 14 mar. 2016.

<sup>29</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. *Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional*. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/18/1000445-supralegalidade-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-interpretacao-constitucional>>. Acesso em: 14 mar. 2016.



significaria não um diálogo, mas, sim, um monólogo. Destaca o referido autor que a democracia restaria fortemente comprometida, caso se aceitasse de maneira acrítica as posições dos Tribunais Internacionais. Nessa esteira, merece ênfase a função contramajoritária, justamente pelo fato de que os juízes, mesmo sem possuírem legitimidade fundada no voto popular, têm o poder de invalidar atos normativos oriundos do Poder Legislativo<sup>30</sup>.

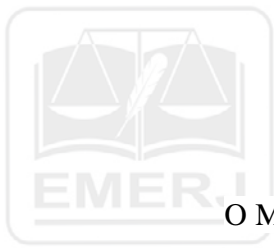
Nesse sentido, considerando o sistema adotado pela Constituição Federal, a escolha dos Ministros do Supremo tem uma participação ao menos indireta da população, na medida em que eles são indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal. Por outro lado, no que toca à composição dos Tribunais Internacionais, a participação popular é quase nula. Justamente por esse déficit de representatividade, é preciso ter mais cautela.

Não obstante tais observações, saliente-se que o princípio do cosmopolitismo impõe aos julgadores o dever de enfrentar os argumentos desenvolvidos pelos demais intérpretes da matéria posta *sub judice*. Sendo assim: incumbia ao Supremo Tribunal Federal, quando do exame da validade da Lei de Anistia, analisar toda a jurisprudência criada pela Corte Interamericana sobre matéria, realizando assim um verdadeiro diálogo entre os órgãos acerca do tema submetido à jurisdição constitucional. Esse tipo de mecanismo enriquece a decisão, na medida em que traz à baila diferentes pontos de vistas, o que confere uma perspectiva mais ampla e menos provinciana ao debate.

Importante salientar que, no âmbito nacional, mesmo os votos divergentes também não se posicionaram sobre o entendimento da Corte Interamericana.

---

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel. *Interpretação constitucional cosmopolita*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/interpretacao-constitucional-cosmopolita>>. Acesso em: 14 mar. 2016.



O Ministro Ayres Britto<sup>31</sup>, inicialmente, consignou que muitos agentes do Estado foram além do regime de exceção, ou seja, exacerbaram no cometimento de crimes no contexto da ditadura militar, ofendendo não só a legalidade democrática de 1946, como também a instituída pelo regime autoritário.

Nesse sentido, para o referido Ministro, a Lei 6.638/79<sup>32</sup> não afastou de maneira clara e objetiva de seu âmbito de incidência toda conduta dos torturadores e agentes do regime autoritário. Afirmou que a configuração da anistia ampla, geral e irrestrita deve ser amplamente discutida, sem que recaia sobre a deliberação qualquer pecha de dúvida acerca da liberdade e da legitimidade do Congresso Nacional. Verifica-se, portanto, que o Ministro preocupou-se com a vontade objetiva da norma; como não extraiu a amplitude e a generalidade esposada pelos seus pares, apresentou divergência.

Já o Ministro Ricardo Lewandowski, autor do outro voto divergente, fundamentou sua decisão a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal construída basicamente no contexto dos pedidos de extradição. No exame dessa temática, realizou, primeiramente, considerações acerca das hipóteses de conexão previstas no Código de Processo Penal, para concluir pela atecnia empregada pelo legislador, porquanto não se verifica a possibilidade de existência de conexão material entre os crimes políticos e os crimes comuns<sup>33</sup>.

Afastada, por conseguinte, a possibilidade de conexão, o Ministro Ricardo Lewandowski analisou a natureza dos crimes praticados pelos agentes da repressão, com vistas a identificar se possuíam motivação política ou se foram de alguma forma absorvidos pelos delitos políticos. Nesse sentido, assinalou que a jurisprudência do Supremo distingue os crimes políticos

---

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 09 mar. 2016

<sup>32</sup> BRASIL. Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 09 mar. 2016

absolutos dos crimes políticos relativos; com relação a este, sua caracterização será guiada segundo dois critérios, quais sejam: a preponderância e a atrocidade dos meios. Sendo assim, conclui que somente por meio da análise de cada caso concreto a ser realizado pelo juiz competente é que será possível concluir se o réu praticou ou não crime político – absoluto ou relativo – e, conseqüentemente, beneficiá-lo com a extinção da punibilidade<sup>34</sup>.

Dito isso, resta claro que o Supremo não teceu quaisquer considerações acerca do entendimento fixado pela Corte Interamericana; sequer os Ministros vencidos o fizeram.

Nessa esteira, o que se defende no presente trabalho é uma postura procedimental distinta. Ainda que se adote a linha esposada pela Corte Interamericana, por entendê-la mais afinada com a tutela dos direitos fundamentais, pugna-se pelo estabelecimento de um diálogo entre os Tribunais, de forma a fomentar um debate institucional digno da grandeza e relevância da matéria posta em juízo. As Cortes Internacionais e as Cortes Constitucionais não podem se comportar como se fossem ilhas que sequer formam um arquipélago. Pelo contrário: é necessário firmar laços entre as instituições, o cenário globalizado de hoje exige essa mudança.

## CONCLUSÃO

A temática envolvendo a internacionalização da tutela dos Direitos Humanos foi aprofundada nos pós 2ª Guerra Mundial, por meio da criação de instituições de âmbito supranacional, as quais promoveram a edição de Tratados Internacionais e o estabelecimento de Tribunais Internacionais competentes para aplicação e interpretação dessas normas.

Destaca-se no sistema regional, o Pacto de San José da Costa Rica, diploma responsável pela previsão de um rol Direitos Humanos no contexto americano, bem como pela criação da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

---

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 09 mar. 2016



Influenciada por esse movimento, a Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional 45/04, passou a conferir expressamente, no art. 5º, §3º, o status de Emenda Constitucional aos Tratados celebrados de acordo com o procedimento previsto no seu art. 60.

Tais previsões, tanto na esfera internacional quanto na esfera nacional, não são suficientes para um adequado resguardo dos Direitos Humanos. Sendo assim, a jurisprudência da Corte Interamericana acolheu o instituto francês do controle de convencionalidade das normas. Nesse sentido, a interpretação firmada pela Corte e a observância das disposições insculpidas na Convenção devem orientar a atuação de todo judiciário, para, inclusive, afastar a aplicação do direito local, caso este seja contrário ao Pacto.

Nesse contexto, destaca-se a questão relativa à recepção pela ordem constitucional de 1988 da Lei 6.683/79, a denominada Lei da Anistia. O Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, decidiu, por maioria, pela validade do diploma.

Tal decisão, porém, contrariou a remansosa jurisprudência consolidada no âmbito da Corte Interamericana a qual é firme no sentido da invalidade de tais normas, sob o argumento de que delitos como a tortura, a execução extrajudicial, o desaparecimento forçado e o homicídio fomentam a injustiça e obstam o devido acesso ao Poder Judiciário.

Observa-se, portanto, uma evidente divergência entre duas Cortes destinadas essencialmente a dignidade humana e a proteção dos Direitos Humanos.

Nessa linha, impõe, como forma de solucionar tal controvérsia, a incidência do princípio do cosmopolitismo, segundo o qual a interpretação das normas constitucionais é realizada por meio da invocação dos Direitos Humanos e do Direito Comparado, num verdadeiro aprendizado recíproco entre os Tribunais.

Esse mesmo princípio, aliás, já foi adotado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, quando do exame da necessidade de diploma universitário para o exercício da atividade de

jornalista. No entanto, no caso da Lei de Anistia, o entendimento da Corte Interamericana foi totalmente desconhecido pelo STF, inclusive por Ministros vencidos.

Sendo assim, o que se propõe é uma revisão no método de solução de controvérsias de natureza transnacional, aptas a serem enfrentada por diversos Tribunais, igualmente competentes para o exame da matéria. O princípio do cosmopolitismo é uma forma eficaz no diálogo entre os Tribunais, além de ampliar o debate, na medida em que vários argumentos são enfrentados pelos atores responsáveis por definir e interpretar os direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

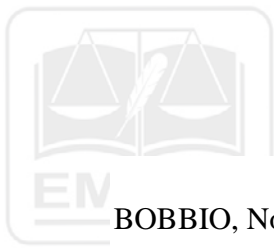
\_\_\_\_\_. Lei 9.882, de 3 de Dezembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2016

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 153/DF*, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC 87.585/TO*, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 13 out. 2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 466.343/SP*, Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 13 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 511.961/SP*, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 14 mar. 2016.



BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Barrios Altos versus Peru*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2016

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano vs. Chile*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2016

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Carbera García e Montiel Flores vs. México*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_22ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22ing.pdf)>. Acesso em 13 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gomes Lund e outros (“guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Parecer Consultivo OC-5/85*, 13 de novembro de 1985. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf)>. Acesso em 14 mar. 2016.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da Convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do controle de Convencionalidade no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em: 13 out. 2015.

MENDES, Gilmar. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva. RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O controle de Convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna*. Disponível em: <<http://www.2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/viewFile/305/294>>. Acesso em: 13 out. 2015.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum. 2013.

\_\_\_\_\_. *Interpretação constitucional cosmopolita*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/interpretacao-constitucional-cosmopolita>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

## VISÃO CRÍTICA SOBRE A PENHORABILIDADE DO BEM RESIDENCIAL DO FIADOR LOCATÍCIO À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Camile Valladares

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** O art. 3º, VII da Lei n. 8009/90 consagrou a possibilidade de penhora do bem residencial do fiador. No entanto, tal dispositivo encontra-se eivado de vício de inconstitucionalidade, na medida em que não observa valores constitucionais como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o da Isonomia Material. A jurisprudência pátria sustenta a constitucionalidade, sob o fundamento de valorização do Princípio da Autonomia Privada, sem levar em conta a mitigação sofrida pelos paradigmas civilistas da socialidade e eticidade. Além disso, a possibilidade de penhora do único bem residencial do fiador denota exacerbada tutela de interesse patrimonial do locador, em desconcontro com a perspectiva do Direito Civil-Constitucional.

**Palavras-chave:** Direito Civil-Constitucional. Impenhorabilidade. Bem Residencial do Fiador.

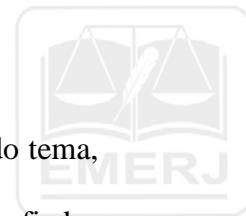
**Sumário:** Introdução. 1. Da origem ao efeito da penhorabilidade do bem residencial do fiador. 2. Da (in)compatibilidade principiológica. 3. Da (im)possibilidade de penhora do bem residencial do fiador sob a perspectiva contratual. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática da penhorabilidade do bem residencial do fiador e se propõe a debater sobre a sua suposta inconstitucionalidade à luz do Direito Civil-Constitucional, apesar de haver manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da constitucionalidade.

Pretende-se demonstrar que a exceção positivada no Art. 3º, VII da Lei n. 8009/90 desvirtua a finalidade, para a qual tal lei foi criada, de conferir proteção e fomento ao mercado imobiliário. Procura-se, ainda, verificar a compatibilidade entre o permissivo legal supramencionado e os Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade. Além disso, busca-se suscitar a reflexão sobre a melhor ponderação entre os Princípios da Autonomia da Vontade e da Isonomia.





Serão analisados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema, de forma a questionar em que medida a possibilidade de penhora do bem residencial do fiador fomenta a expansão imobiliária.

O Direito Civil-Constitucional impõe releitura do Direito Civil, a partir da Constituição, como vetor hermenêutico e não apenas como fundamento de validade. Nesse sentido, é oportuno examinar até que ponto a penhorabilidade do bem do fiador se insere nessa nova perspectiva. Assim como também se torna propício avaliar se é cabível a prevalência do Princípio da Autonomia Privada, que rege as relações contratuais, sobre o Princípio da Isonomia, que tutela, em sua essência, a dignidade da pessoa humana.

O tema gerou divergências no próprio STF e não se finda com a decisão de constitucionalidade proferida pela Suprema Corte, tanto que tramitam três Projetos de Lei que se propõem a revogar o inciso VII do Art.3º da Lei n. 8009/90, e parte da doutrina, formada por conceituados civilistas, sustenta a flagrante inconstitucionalidade da norma.

Ademais, não se pode olvidar que o instituto da fiança assume relevante papel na celebração de contratos locatícios, que é uma das formas de efetivar o direito social à moradia e de viabilizar a função social da propriedade.

Nessa conjuntura, o primeiro capítulo do trabalho dedica-se a abordar o contexto do surgimento da penhorabilidade do bem residencial do fiador e seus efeitos em relação ao instituto da fiança locatícia como modelo de garantia mais comum.

O segundo capítulo tem como foco explicitar a incompatibilidade entre o permissivo legal da possibilidade de penhora do bem residencial do fiador e os Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade.

O terceiro capítulo destina-se a expor o descabimento da prevalência do Princípio da Autonomia Privada em relação ao Princípio da Igualdade Substancial.



O trabalho será pautado na metodologia qualitativa, bibliográfica, histórica de natureza explicativa e descritiva.

## **1. DA ORIGEM AO EFEITO DA PENHORABILIDADE DO BEM RESIDENCIAL DO FIADOR**

O déficit habitacional no Brasil é um problema antigo, oriundo de explosões demográficas desacompanhadas da falta de planejamento e da ausência de políticas públicas eficazes, apesar de o “direito à moradia ter sido reconhecido e implementado como pressuposto da dignidade da pessoa humana desde 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXV”<sup>1</sup>.

Diante de tal cenário, o poder constituinte originário, que promulgou a Constituição de 1988, implicitamente se preocupou com a promoção do acesso à moradia, por interpretação ampliativa dos art. 1º e 3º da CRFB/88 e “explicitamente, mencionou o referido direito no art. 7º, IV e art. 23, IX da CRFB”<sup>2</sup>.

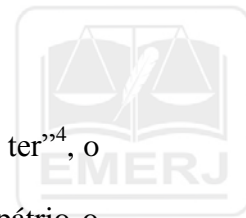
Segundo ensinamentos de José Afonso da Silva, “o direito à moradia não se consubstancia no direito à casa própria, mas se refere à ocupação de um lugar como residência para nele habitar”<sup>3</sup>, suprimindo a necessidade de conferir ao indivíduo um local seguro e protegido para desenvolver sua vida.

Nesse diapasão, buscando conferir maior proteção ao direito de moradia consagrado na carta magna, em associação com a ideia de patrimônio mínimo, que emerge como meio de satisfação da dignidade da pessoa humana, e em harmonia com o movimento de

<sup>1</sup> GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. *Direitos sociais: direito à moradia*. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12892&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12892&revista_caderno=9)>. Acesso em: 04 abr. 2015.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 317.



despatrimonialização do Direito Civil, que passa a “privilegiar o ser em detrimento do ter”<sup>4</sup>, o legislador infraconstitucional editou a Lei n. 8009/90, que inseriu no ordenamento pátrio o instituto da impenhorabilidade legal do bem residencial do devedor.

O ilustre jurista e doutrinador Alexandre Câmara alerta que o mencionado diploma legislativo trouxe a impenhorabilidade do bem residencial do devedor e não do bem de família propriamente, uma vez que a lei se aplica à proteção de bem daquele que reside sozinho e não somente daquele que constitui entidade familiar, assim como é preciso fazer distinção entre a figura da Lei n. 8009/90 e aquela criada pelo art. 1711 do *Código Civil* de 2002<sup>5</sup>.

Indubitavelmente, a Lei n. 8009/90 trouxe mais uma mitigação ao Princípio da Patrimonialidade, também chamado de Princípio da Realidade, previsto no art. 591 do *Código de Processo Civil*, segundo o qual o inadimplemento de uma obrigação enseja possível execução de bens presentes e futuros do devedor.

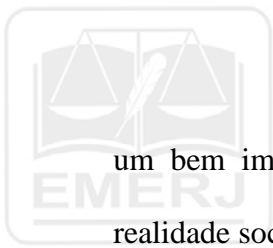
Nessa conjuntura, a impenhorabilidade do bem residencial do devedor em face de qualquer espécie de dívida, conforme positivado no art. 1º da Lei n. 8009/90, provocou imenso abalo nas relações obrigacionais, sobretudo nas relações locatícias e de fiança, já que esvaziou a fiança enquanto forma de garantia prevista no art. 31, III da antiga Lei de Inquilinato, Lei n. 6649/79.

Caracterizada a fiança como o modelo mais usual de garantia firmado nos contratos de locação no Brasil, o alcance do bem residencial de garantidores fidejussórios, como fiadores locatícios, pela impenhorabilidade, implicou retração do mercado locatício. Notadamente, a exigência pelos locadores de que os fiadores fossem proprietários de mais de

---

<sup>4</sup> LACERDA, Leydslyne Israel. *A despatrimonialização do Direito Civil*. Disponível em [http://ww3.lfg.com.br/artigo/20080306152644581\\_direito-civil-artigos-a-despatrimonializacao-do-direito-civil.html](http://ww3.lfg.com.br/artigo/20080306152644581_direito-civil-artigos-a-despatrimonializacao-do-direito-civil.html). Acesso em: 04 abr. 2015.

<sup>5</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23. ed. v.2. São Paulo: Atlas, 2014, p. 318.



um bem imóvel, passou a dificultar o estabelecimento de fiança, em se considerando a realidade social brasileira.

Com efeito, em consonância com a busca pela proteção à moradia e com o fito de promover um instrumento eficaz de política habitacional, o legislador infraconstitucional, ao editar a Lei de Inquilinato n. 8245/91, em seu art.82, acrescentou ao art. 3º da Lei n. 8009/90 mais uma exceção representada pela penhorabilidade do bem residencial do fiador.

Posteriormente, o poder constituinte reformador editou a EC 26/00, que inseriu o direito à moradia no Art. 6º da CRFB/88, conferindo-lhe *status* de direito fundamental de 2ª geração.

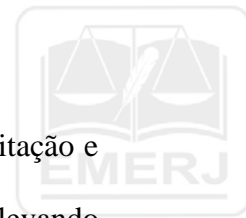
Perante a configuração do direito à moradia como direito social fundamental, que constitui categoria especial de direitos subjetivos, surgiram questionamentos acerca da recepção do art. 3º, VII da Lei n. 8009/90 pelo art. 6º da CRFB/88, após alteração feita pela EC 26/00.

No Supremo Tribunal Federal, conforme explicita Cristiano Chaves de Farias, chegou a existir manifestação pela não-recepção do supracitado dispositivo pela Constituição, conforme decisão monocrática pronunciada em sede do julgamento do Recurso Extraordinário n. 352.940-4/SP da relatoria do então Ministro Carlos Velloso<sup>6</sup>. Ademais, esta decisão não se absteve de apontar a violação perpetrada pela exceção, contemplada no art. 3º, VII da Lei n. 8009/90, ao Princípio da Isonomia, em harmonia com a tese sustentada por alguns doutrinadores civilistas.

Em julgamento posterior do Recurso Extraordinário n. 407.688-8/SP, o plenário da Suprema Corte, por maioria, com divergência manifestada à época pelos Ministros Ero Graus, Ayres Brito e Celso de Mello, adotou o entendimento diverso. Considerou-se que a penhorabilidade do bem residencial do fiador não guarda incompatibilidade com art. 6º da

---

<sup>6</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Parte Geral e LINDB*. 10. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2012, p. 552.



CRFB/88, mas, pelo contrário, funciona como mecanismo facilitador de acesso à habitação e de proteção ao mercado imobiliário, nos moldes do art. 170 da CRFB/88. Igualmente, levando em conta a liberdade de escolha, quanto a colocar-se na condição de fiador, ponderou-se pela ausência de violação ao Princípio da Isonomia.

A despeito do posicionamento do STF pela constitucionalidade da norma ora analisada, alguns Tribunais Estaduais, como o do estado de Minas Gerais, têm ousado em dissentar, conferindo primazia ao Princípio da Igualdade Substancial, mormente “por não se tratar de decisão prolatada em controle de constitucionalidade concentrado”<sup>7</sup>, cujos efeitos se operariam *erga omnes*.

A questão aqui apreciada, além de suscitar debates jurídicos, ensejou, na seara legislativa, a elaboração dos Projetos de Lei n. 1622/96, 2368/1996 e 1458/2003, que tramitam perante a Câmara dos Deputados, e do Projeto de Lei n. 408/2008, que prossegue junto ao Senado Federal, com a finalidade de revogar a disposição do art. 3º, VII da Lei n. 8009/90, segundo exposição de Flávio Tartuce<sup>8</sup>.

É oportuno esclarecer que a exceção da penhorabilidade do bem residencial do fiador, criada com o propósito de estimular o mercado locatício a partir da constituição de garantia menos onerosa, não raramente tem se afastado do efeito esperado.

Naturalmente, se por um lado a fiança é a garantia mais usada pelas classes de média e baixa renda, em razão de sua economicidade, por outro, a submissão do fiador locatício ao risco de perder de seu bem residencial, para adimplir obrigação do locatário, torna cada vez mais difícil a tarefa de encontrar alguém que se proponha a prestá-la.

Frise-se que, apesar de o art. 831 do *Código Civil* de 2002 assegurar o direito de sub-rogação do fiador nos direitos do credor, aquele está, efetivamente, sujeito ao não-ressarcimento pelo dano sofrido, pois o direito de regresso em face de bem residencial que o

---

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> TARTUCE, Flávio. *Lei de Introdução e parte geral*. 10. ed. São Paulo: Método, 2014(A), p. 309.



afiançado, eventualmente, possua, resta prejudicado pela impenhorabilidade prevista no art.1º da Lei n. 8009/90.

Nesse contexto, torna-se desarrazoada a manutenção, no ordenamento jurídico, de uma norma que ao mesmo tempo em que se afasta da finalidade para a qual foi editada, lesa princípios constitucionais, conforme se demonstrará a seguir, apesar do entendimento esposado pelo STF, constante do enunciado n. 549 da Súmula do STJ, aprovado recentemente, em 14/10/2015, pela 2ª Seção do mencionado Tribunal, e igualmente refletido pelo Enunciado n. 63 da Súmula do TJ-RJ.

## 2. DA (IN)COMPATIBILIDADE PRINCIPIOLÓGICA

Os Princípios com força normativa, e sem caráter meramente supletivo, ganham espaço a partir da superação do modelo jusfilosófico positivista – que atribuía valor normativo somente às regras, privilegiando, muitas vezes, a segurança jurídica em prol da justiça – que imperou no Estado Liberal do século XIX, pelo modelo pós-positivista que emerge como matriz jusfilosófica do neoconstitucionalismo, consagrado, no Brasil, com a Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 elenca uma série de valores de caráter social e humanista, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a igualdade substancial e a função social da propriedade, entre outros que passam a confrontar com valores eminentemente privados previstos, principalmente, no *Código Civil*.

Nessa seara, ganha êxito a metodologia civil-constitucional, que defende não só “a necessidade permanente de releitura do Direito Civil à luz da Constituição”<sup>9</sup>, como também a aplicação direta das normas constitucionais às relações travadas entre particulares, o que

---

<sup>9</sup> SCHREIBER, Renato. *Direito Civil e Constituição*. 9. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 6.



evidencia a eficácia normativa atribuída à Constituição, na busca da máxima efetividade dos valores constitucionais no setor privado.

Diante dos novos contornos imprimidos à Constituição, que ultrapassam o *status* de simples vetor hermenêutico e mero fundamento de validade do ordenamento jurídico, os princípios constitucionais assumem papel de destaque na efetivação da justiça, por conferirem unidade ao ordenamento, ao permitirem uma atuação integrativa e construtiva dos intérpretes do Direito, associada a uma identidade ideológica e ética do sistema jurídico.

Considerando a relevância principiológica, e à luz do Direito Civil-Constitucional, a possibilidade de penhora do bem residencial do fiador representa uma inconstitucionalidade, por afrontar o Princípio da Isonomia e o Princípio da Proporcionalidade.

Cumprir registrar que o Princípio da Isonomia, Igualdade, Equiparação ou Paridade, se configura como o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público e se desdobra em igualdade formal e substancial.

A igualdade formal está consagrada no art. 5º, caput, 1ª parte da CRFB/88 e visa a impedir a edição e publicação de leis veiculadoras de desigualdades ilícitas e inconstitucionais, “devendo ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classes, como igualdade diante dos administradores e dos juízes”<sup>10</sup>. Já a igualdade substancial, conforme esclarece Uadi Lammêgo Bulos, é o que se busca proteger na prática, a partir da concretização da própria igualdade formal, e constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme se extrai do art. 3º, III e IV da CRFB/88<sup>11</sup>.

Nesse sentido, a violação ao Princípio da Isonomia, pela norma objeto do presente estudo, decorre do fato de que o contrato de fiança, mesmo possuindo caráter acessório, conforme dispõe o art. 827 do *Código Civil*, é capaz de impor uma constrição ao bem do fiador;

<sup>10</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 556.

<sup>11</sup> D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. *Breve análise do Princípio da Isonomia*. Disponível em: [http://www.institutoprocesso.com.br/2012/wp-content/uploads/.../3\\_edicao1.pdf](http://www.institutoprocesso.com.br/2012/wp-content/uploads/.../3_edicao1.pdf). Acesso em: 25 mar. 2016.



que o contrato de locação, cuja natureza é principal, não é capaz de impor sobre o bem do locatário, real devedor.

Ressalta-se que, segundo entendimento de autores como Judite Martins Costa e Flávio Tartuce, o vínculo obrigacional é regido pela Teoria Dualista, de origem alemã, que além de consagrar a distinção entre débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*) admite a existência independente de tais preceitos, de modo que a obrigação cumprida conforme os termos pactuados afasta a responsabilidade, que só surgirá quando houver o inadimplemento total ou parcial pelo devedor principal.

Assim, denota-se um contrassenso na Lei n. 8009/90, ao conferir proteção ao bem residencial do locatário inadimplente, que possui débito e responsabilidade, e não concedê-la ao bem residencial do fiador, que só possui responsabilidade, evidenciando a ofensa ao vetor da isonomia, “uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação”<sup>12</sup>.

No que diz respeito ao Princípio da Proporcionalidade, é cabível mencionar que a ideia da proporcionalidade como princípio constitucional, no ordenamento pátrio, é calcada em diversos fundamentos.

O teor de decisões jurisprudenciais já enfatizou o Princípio da Proporcionalidade como elemento integrante ou cláusula implícita dos direitos fundamentais, assim como também já apontou uma percepção acerca do supracitado Princípio, como princípio geral do Direito, que encontraria base material na disposição constitucional do devido processo legal

Segundo Gilmar Mendes, o referido postulado alberga tanto a proibição de excesso do Poder Legislativo na elaboração do ato legislativo, como também a proibição de proteção insuficiente. Notadamente, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade se baseia na verificação da adequação e necessidade da produção legislativa. Frise-se que “o meio é

---

<sup>12</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 9. ed. v. 3. São Paulo: Método, 2014(B), p.441.





adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”<sup>13</sup>.

Diante disso, verifica-se que a violação do Princípio da Proporcionalidade pela possibilidade de penhora do bem residencial do fiador advém do fato de que a norma se afasta da finalidade precípua para a qual foi criada. A bem da verdade, a norma acaba por coibir a celebração de contratos de fiança, utilizados como instrumentos de fomento ao mercado imobiliário e efetivação do direito à moradia, sobretudo se considerar que a fiança sempre foi o modelo usual de garantia das classes menos abastadas.

Outrossim, a desproteção do bem imóvel residencial do fiador, ainda que seja seu único bem, frente à tutela, calcada na impenhorabilidade, dos bens móveis do locatário, que não configurem adornos suntuosos, conforme se extrai do art. 2º, § único da Lei n. 8009/90, demonstra flagrante incongruência legislativa.

### **3. DA (IM)POSSIBILIDADE DA PENHORA DO BEM RESIDENCIAL DO FIADOR SOB A PERSPECTIVA CONTRATUAL**

O exame sob o prisma contratual baseia-se na ponderação entre o Princípio da Autonomia da Privada, como expressão de liberdade, e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana refletido no direito à moradia. Assenta-se, ainda, no questionamento sobre a validade de eventual renúncia à impenhorabilidade do bem residencial e estrutura-se na demonstração do antagonismo existente entre o teor do disposto no art. 3º, VII da Lei n. 8009/90 e o atual panorama contratual.

O ministro Cezar Peluso, relator no Recurso Extraordinário n. 407.688, ao proferir seu voto, no qual foi acompanhado por seis ministros componentes da Corte Suprema à época,

---

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 225.



sustentou a constitucionalidade do art. 3º, VII da Lei n. 8009/90, apontando entre outros argumentos que “a pessoa tem plena liberdade de querer ou não assumir a condição de fiadora, e quando assina o contrato sabe que pode perder o bem de família”<sup>14</sup>.

O conteúdo do voto supracitado evidencia que a prevalência do Princípio Contratual da Autonomia Privada justifica a possibilidade de penhora do bem residencial do fiador, uma vez que o mencionado princípio “consiste na faculdade de contratar quando, como e com quem quiser.”<sup>15</sup>.

Antes da vigência do *Código Civil* de 2002, a autonomia privada possuía caráter quase absoluto, pois só encontrava limitações episódicas em valores de ordem pública, previstos explicitamente em lei e nos bons costumes.

No entanto, a partir da vigência do *Código Civil* de 2002, restaram consagradas limitações intrínsecas à liberdade de contratar, calcadas no Princípio da Boa-Fé Objetiva, nos termos do art. 422 do *Código Civil*, que impõe um padrão ético de comportamento a ser observado nas relações contratuais, e no Princípio da Função Social do Contrato, conforme prevêm os art. 421 e 2035, parágrafo único, do *Código Civil*, que exige harmonia entre os acordos de vontade celebrados e os interesses sociais como forma de evitar abusos de direito.

À vista das mitigações apontadas, o Princípio da Autonomia da Vontade perde sua força, de modo que não pode ser interpretado como valor absoluto, apto a corroborar para a constitucionalidade da previsão insculpida no art. 3º, VII da Lei n. 8009/90, sobretudo porque “nem sempre as condições contratuais correspondem, exatamente, ao querer íntimo da parte.”<sup>16</sup>.

Naturalmente, aquele que oferece seu bem residencial como garantia em sede de contrato de fiança, não acredita que pode vir, realmente, a perdê-lo. Denota-se que, na prática, normalmente a celebração do mencionado contrato envolve prévia relação de confiança estabelecida entre fiador e afiançado.

<sup>14</sup> TARTUCE, 2014(B) op.cit., p. 455.

<sup>15</sup> NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 23.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p.23.

Além disso, não se pode olvidar que os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade e da Isonomia também se aplicam às relações contratuais firmadas entre particulares, balizando a abrangência do Princípio da Autonomia Privada, o que pode ser ratificado pelo Enunciado 23 do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo *Código Civil*, não elimina o Princípio da Autonomia Contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse Princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”<sup>17</sup>.

Nesse diapasão, torna-se imperioso assinalar que a dignidade da pessoa humana, segundo Ingo Wolfgang, é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>18</sup>

É certo que o núcleo essencial do conceito de justiça, aplicado às relações contratuais, alberga a manutenção do equilíbrio nas relações jurídicas. Entretanto, a adoção do Princípio da Autonomia da Vontade como argumento sólido a permitir a penhora do único bem residencial do fiador, não atende a esse ideário, na medida em que é atribuído um valor maior à autonomia da vontade exercida pelo fiador em detrimento da vontade manifestada pelo locatário.

Observa-se que o locatário, ao celebrar o contrato de locação, se obriga ao adimplemento e exerce a autonomia da vontade. Contudo, no momento em que deixa de cumprir sua obrigação e, evidentemente, contraria a autonomia da vontade manifestada, os seus

<sup>17</sup> TARTUCE, 2014(B) op.cit., p. 454.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.



bens móveis que guarnecem o lar e o bem residencial que eventualmente possua estarão protegidos pela Lei n. 8009/90.

Ultrapassada essa abordagem, torna-se relevante ainda atentar que a tendência jurisprudencial se inclina pela inadmissibilidade de renúncia à impenhorabilidade do bem residencial consagrada na Lei n. 8009/90, embora já tenha sido admitida, em situações excepcionais, a validade da renúncia como forma de assegurar a boa-fé subjetiva, na medida em que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, e resguardar a boa-fé objetiva, pelo afastamento do comportamento contraditório daquele que oferece o bem residencial à penhora, porque conhece o instituto da impenhorabilidade.

É possível supor que a figura do fiador se enquadra na hipótese excepcional, para fins de reconhecer a validade da renúncia à impenhorabilidade consubstanciada pela celebração do contrato de fiança.

Entretanto, a premissa de cabimento da penhora sobre bem residencial do fiador, com fito de evitar o beneficiamento pela própria torpeza, encerra fundamento de natureza privada, cuja preponderância em face da norma de ordem pública, instituidora da proteção ao bem residencial, deve ser rechaçada.

No mesmo sentido, o argumento de tutela da boa-fé objetiva, mediante afastamento de comportamento contraditório, não configura motivo suficiente para subordinar, a um segundo plano, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana concretizado pela impenhorabilidade do bem residencial<sup>19</sup>.

Denota-se que a possibilidade da penhora do único bem residencial do fiador é incompatível com a nova perspectiva contratual, instaurada a partir dos valores consagrados na Constituição de 1988 e da vigência do *Código Civil* de 2002, que impôs uma releitura dos princípios contratuais, principalmente à luz do paradigma da socialidade.

---

<sup>19</sup> Cf. TARTUCE, 2014(B) op.cit., p.



A socialidade prestigia o bem comum e se opõe frontalmente ao individualismo exacerbado, cultivado durante século XIX e início do século XX. Em razão disso, o poder de agir conferido aos titulares de direito deve almejar uma finalidade social; caso contrário, o intuito deste titular prescindirá de legitimidade e não deverá encontrar respaldo no ordenamento pátrio.

Porém, a exceção contemplada no art. 3º, VII da Lei n. 8009/90 não visa à proteção de interesses socialmente relevantes, conforme se pode depreender dos demais incisos do art. 3º, do referido diploma legal, que excepcionam a regra da impenhorabilidade do bem residencial pautados na tutela de créditos trabalhistas, previdenciários, alimentares e fiscais.

Diversamente, o teor do disposto no art. 3º, inciso VII da Lei n 8009/90 mitiga a regra da impenhorabilidade para resguardar interesse essencialmente patrimonial do locador, o que não se justifica diante da conjuntura estabelecida pelo Direito Civil-Constitucional.

Assevera-se que a defesa da inconstitucionalidade do art. 3º, VII da Lei n. 8009/90 não visa a fomentar o inadimplemento de obrigações locatícias, diante da impossibilidade de penhora do único bem residencial do fiador, mas tão somente propõe o enquadramento das práticas imobiliárias na seara da nova perspectiva contratual, como forma de assegurar a proteção da pessoa humana e, por sua vez, o respeito aos valores consagrados na Constituição de 1988.

## **CONCLUSÃO**

Diante da visão civil-constitucional aqui exposta, resta evidenciada a inconstitucionalidade da possibilidade de penhora do bem residencial do fiador sob ponto de vista técnico e jurídico.



O STF, na condição de guardião da Constituição, afirma a constitucionalidade da norma inserida no art. 3º, VII da Lei n. 8009/90 como medida de política imobiliária. Frise-se que, não raramente, algumas decisões da suprema corte são pautadas em soluções de viés político e econômico. No entanto, a função primordial de tal instituição é zelar pelo cumprimento fiel da Constituição. Dessa forma, em que pese os direitos fundamentais não serem absolutos, a ponderação destes não pode violar o Macroprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, mesmo que seja com o suposto fito de favorecer as relações sociais como, no caso, as relações imobiliárias.

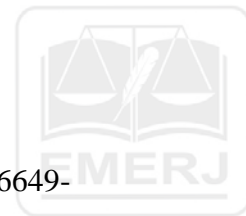
É sabido que o Direito se destina a regular o convívio social, de modo que muitas normas são regulamentadas de acordo com os comportamentos costumeiros de determinado grupo social. Porém, se por um lado o Direito é pautado nos costumes, por outro, destina-se a exercer o controle social por meio da repressão de práticas indesejadas e prejudiciais à vida digna.

A manutenção, no ordenamento, de normas de cunho essencialmente político ou econômico em confronto com preceitos constitucionais desvirtua o ideário de justiça e gera insegurança jurídica.

A estabilidade do mercado imobiliário não pode depender da degradação daqueles que oferecem seu único bem residencial como garantia de créditos alheios, o que, inquestionavelmente, configura um retrocesso social com exaltação do caráter patrimonialista sobre o existencial.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 25 mar. 2016.



\_\_\_\_\_. Lei n. 6649, de 16 de maio de 1979. *Lei do Inquilinato*. Disponível em: <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/111037/lei-do-inquilinato-de-1979-lei-6649-79>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *R.Ext. 352.940-4/SP*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 25/04/2005. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2005-abr-26/ministro\\_stf\\_barra\\_penhora\\_pagamento\\_fianca](http://www.conjur.com.br/2005-abr-26/ministro_stf_barra_penhora_pagamento_fianca)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *R.Ext. 407.688-8/SP*. Relator: Ministro Cesar Peluso. Julgamento: 08/02/2006. Disponível em: <[https://www.passeidireto.com/arquivo/1203584/re\\_4076881](https://www.passeidireto.com/arquivo/1203584/re_4076881)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23. ed. v.2. São Paulo: Atlas, 2014.

CHRISTINA, Maria Barreiros D'Oliveira. *Breve Análise do Princípio da Isonomia*. Disponível em: <[http://www.institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/.../3\\_edicao1.pdf](http://www.institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/.../3_edicao1.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Parte Geral e LINDB*. 10. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2012.

GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. *Direitos sociais: direito à moradia*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12892&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12892&revista_caderno=9)>. Acesso em: 04 abr. 2015.

LACERDA, Leydslyne Israel. *A despatrimonialização do Direito Civil*. Disponível em <[http://ww3.lfg.com.br/artigo/20080306152644581\\_direito-civil- artigos-a-despatrimonializacao-do-direito-civil.html](http://ww3.lfg.com.br/artigo/20080306152644581_direito-civil- artigos-a-despatrimonializacao-do-direito-civil.html)>. Acesso em: 04 abr. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SCHREIBER, Renato. *Direito Civil e Constituição*. 9. ed. São Paulo: Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SCHREIBER, Renato. *Direito Civil e Constituição*. 9. ed. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Lei de Introdução e parte geral*. 10. ed. São Paulo: Método, 2014(A).

\_\_\_\_\_. *Direito Civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. v.3. São Paulo: Método, 2014(B).



## RESPONSABILIDADE CIVIL DO TABELIÃO E DO ESTADO POR USO DE DOCUMENTO ORIGINAL QUE CONTÉM DADOS FALSOS

Caroline Barreto Oliveira Prado

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo:** A responsabilidade do civil do Estado por atos praticados por seus agentes é objetiva. No entanto quando se fala na responsabilidade por atos de delegatários de serviços públicos essa responsabilidade não se mostra tão bem delimitada. O objetivo deste artigo é verificar qual a extensão da responsabilidade do Estado e do Tabelião dentro do contexto de fraudes ocorridas através da utilização de documentos originais que contenha dados falsos.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil do Estado. Delegação Serviço Público. Serviço Notarial.

**Sumário:** Introdução. 1- Até que ponto se pode dizer que a responsabilidade civil do Estado é subsidiária a responsabilidade do tabelião. 2- Por que a responsabilidade civil do tabelião deve ser pessoal e objetiva se ele é agente estatal no exercício de serviço público. 3- A responsabilidade do tabelião deve continuar sendo pessoal e objetiva quando o ato danoso à terceiro ocorre em consequência de fraude no órgão que emite certidões. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discutirá a Responsabilidade Civil do Estado na delegação dos serviços públicos, em especial no serviço notarial. Em regra a responsabilidade do Estado frente aos administrados é objetiva, não respondendo diretamente o agente público pelos danos causados a terceiros no exercício da atividade pública. No entanto, quando se trata da atividade notarial a responsabilidade do Estado é subsidiária a do tabelião, de modo que esse responde pessoalmente pelos danos causados a terceiros.

Para questionar essa máxima serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da Responsabilidade Civil do Estado, sobre a natureza jurídica da



atividade notarial, se ela pode ou não ser enquadrada como serviço público, o que terá reflexo direto na modalidade de responsabilidade a ser aferida ao Estado.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de responsabilidades para tabeliões e oficiais de registro, definiu inclusive que a atividade notarial é uma delegação pública exercida em caráter privado, com isso ficou claro não serem esses profissionais servidores públicos, o que afastaria então a Responsabilidade do Estado frente aos atos danosos por eles praticados. Apesar disso, os tabeliões sofrem constantes fiscalizações do Poder Judiciário, ingressam no cargo por meio de concurso público, tem a prerrogativa da fé pública que lhe é conferida pelo Estado, enfim possuem algumas características que os colocam numa posição peculiar dentro do que se qualifica como agente privado.

Diante das controvérsias acerca do tema, uma questão a ser levantada e mais atentamente apreciada no trabalho é a responsabilidade do tabelião quando ocorre uma fraude decorrente de uso de documento original que contenha dados falsos. Uma situação que extrapola o campo de atribuição do oficial notarial.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a evolução da Responsabilidade Civil do Estado e de que maneira essa responsabilidade se tornou objetiva. Assim se pretende discutir o porquê da responsabilidade do Estado ser subsidiária a responsabilidade do tabelião, que diferente de outros agentes que exercem atividades públicas, é pessoal e objetiva.

No segundo capítulo pretende-se discutir a responsabilidade civil do tabelião, de modo a esclarecer até que ponto é plausível admitir que a sua responsabilidade seja pessoal e objetiva, uma vez que ele é um agente estatal no exercício de serviço público.

Por fim, o terceiro capítulo destina-se a examinar a responsabilidade do Estado e do Tabelião quando por meio de uma fraude no órgão que emite certidões qual seja, a emissão de uma certidão original que contenha dados falsos, venha a gerar um prejuízo a terceiros. Qual



seria o limite da responsabilidade do tabelião nesses casos quando além de cumprir todas as exigências legais a ele não era possível ter conhecimento da fraude anteriormente perpetrada por um outro órgão do Estado.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

## **1 - ATÉ QUE PONTO SE PODE DIZER QUE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO É SUBSIDIÁRIA A RESPONSABILIDADE DO TABELIÃO**

Quando se fala em responsabilidade civil desde logo se tem a ideia de que alguém deve responder frente a ordem jurídica pelos prejuízos decorrentes de um fato anteriormente ocorrido. Assim se tem sempre a ideia de um fato e de alguém como responsável por esse fato causador do dano, sendo esses pressupostos do instituto da responsabilidade.<sup>1</sup>

A existência do fato é, portanto condição indispensável para que haja a responsabilidade civil, no entanto pode o fato ser comissivo ou omissivo, sendo isso indiferente para a ocorrência do fato, bastando o fato ser o causador do dano. A outra condição indispensável para que se impute responsabilidade a alguém é que essa pessoa tenha capacidade jurídica para ser responsabilizado perante o ordenamento jurídico.

O fato causador do dano não precisa necessariamente ser ilícito, o fato lícito também é motivador válido para a imputação de responsabilidade a alguém. Dentro desse panorama é que a lei estabelece situações pontuais em que mesmo o ato sendo lícito será apto a gerar

---

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 499-500.



responsabilidade civil, como por exemplo, a responsabilidade do tabelião por atos lícitos, mas que geram danos a terceiros.

O fato que gera a responsabilidade vai variar de acordo com o tipo de norma que o abrange, assim um fato que se coadune a uma norma de natureza penal dará origem a uma responsabilidade penal, se o fato se coaduna a uma norma de natureza civil, dará origem a responsabilidade civil, por fim se o fato disser respeito a algo estabelecido em norma administrativa, dará origem a responsabilidade administrativa. Sendo que essas três esferas são autônomas e em regra independentes entre si. Então mesmo que um fato seja civilmente imputado a alguém, não necessariamente ele o será penalmente imputado a essa mesma pessoa.

A responsabilidade só existirá se a conduta ou o fato causar dano a outrem, sem dano não há que se falar em responsabilidade. Assim, havendo dano o causador deste deverá receber uma sanção que varia de acordo com o tipo de responsabilidade, ou seja, podendo ser penal, civil ou administrativa. A sanção civil será a indenização, que será um valor em dinheiro que corresponderá a reparação dos prejuízos sofridos pelo terceiro.

No que diz respeito a responsabilidade civil do Estado o tema passou por uma evolução. Inicialmente predominava a Teoria da Irresponsabilidade do Estado, por esta teoria se estabelecia que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes.

Num segundo momento abandonou-se a teoria da irresponsabilidade do Estado e passou-se a adotar a Teoria da Responsabilidade com culpa. Dentro desta teoria se fazia necessária a distinção entre os atos de império do Estado e os atos de gestão. No que diz respeito aos atos de império não haveria que se falar em responsabilidade do Estado. Já no que diz respeito aos atos de gestão, que mais se aproximavam dos atos de direito privado, o Estado poderia ser civilmente responsabilizado.



Posteriormente, e em decorrência do reconhecimento da culpa administrativa passou a prevalecer a Teoria da Culpa Administrativa. Segundo essa teoria bastava comprovar o mau funcionamento do serviço público que seria possível responsabilizar o Estado por tal conduta, teria o lesado que provar, no entanto a culpa.

E finalmente após a superação da teoria da culpa administrativa foi a Teoria da Responsabilidade Objetiva que passou a prevalecer. De acordo com essa teoria não há que se falar em comprovação de culpa, assim ela pode ser aplicada tanto a fatos lícitos quanto a fatos ilícitos, basta que se comprove o nexo de causalidade entre o fato e o dano.<sup>2</sup>

Assim, confirmando a adoção da Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, §6º<sup>3</sup> estabelece que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Para que não haja dúvida sobre a aplicabilidade do referido artigo da Lei Maior impõe saber quais seriam as pessoas a que o artigo se refere. Não resta dúvida sobre quem seriam as pessoas de direito público que podem ser responsabilizadas pelos danos causados a terceiros, sendo elas as pessoas que compõem a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas de natureza autárquica. Já as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, a despeito das controvérsias, podem ser entendidas como aquelas enquadradas como pessoas privadas da Administração Indireta que se dediquem a prestação de serviços públicos, os concessionários e permissionários que também se dediquem a prestação dos referidos serviços. No entanto, no que diz respeito as pessoas

---

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.



jurídicas de direito privado, só podem ser englobadas no artigo 37, §6º da CRFB/88<sup>4</sup> aquelas que mantem um vínculo jurídico com o Poder Público, e esse vínculo se dá através da delegação do serviço.

O artigo 37, §6º da CRFB<sup>5</sup> ainda menciona que o Estado também será responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham causar a terceiros. O termo agente não se confunde com o termo servidor, sendo o sentido daquele mais amplo do que o deste, pois servidor impõe uma relação de trabalho com o Estado, já os agentes podem ou não ter relação de trabalho com o Estado, é uma categoria mais ampla.

Uma vez que a Constituição Federal em seu artigo 236, §1º<sup>6</sup> definiu ser a atividade notarial uma delegação pública exercida em caráter privado, acabou com a dúvida sobre a possibilidade de enquadrar o tabelião como servidor público. Sendo, portanto, o tabelião um agente estatal também estariam eles abrangidos pelo que dispõe o artigo 37, §6º<sup>7</sup> da CRFB. Desta forma, caso os notários ou seus prepostos pratiquem atos que causem dano a terceiros, deveria o Estado ser responsabilizado direta e objetivamente tais fatos.

No entanto, o que tem prevalecido é o entendimento de que a responsabilidade do Estado é subsidiária à responsabilidade do titular de cartório, isso porque para essa parte da jurisprudência a responsabilidade dos notários se equipararia a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, uma vez que ambos exerceriam seus serviços através da delegação da atividade estatal, o que faria com que o desenvolvimento da atividade se desse por conta e risco do delegatário.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.



Apesar de haver pontos em comum com as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, não se deve equiparar a atividade notarial a uma prestação genérica de serviço público.

A atividade notarial sofre a fiscalização do Poder Judiciário através da correição feita pela Corregedoria, o que não acontece com as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Além disso, a atividade notarial se traduz numa função de natureza eminentemente pública. Se sujeita aos princípios legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como ocorre com as demais atividades desempenhadas no âmbito do poder público.

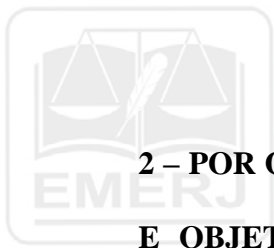
Outra importante característica que distingue a função notarial das delegações de serviços públicos em geral é o fato de o titular do cartório não se submeter a um tipo de licitação para adquirir a titularidade do serviço notarial, pelo contrário, ele se submete a um concurso público, o que corrobora a tese de que devem ser considerados agentes estatais.

Além disso, os notários possuem fé pública, prerrogativa que lhes confere uma espécie de autoridade que só pode ser conferida pelo Poder Estatal. Por fim, corroborando ainda mais a tese de que os notários seriam agentes públicos, a lei 8.935/94 no artigo 25<sup>8</sup>, estabeleceu a proibição de se acumular o exercício das atividades notariais com a ocupação de qualquer cargo público.

Assim, apesar da atividade notarial ser exercida em caráter privado, ela tem características próprias dos serviços públicos, o que faz com não seja razoável o entendimento de que a responsabilidade civil do tabelião pelos danos causados a terceiros no exercício da atividade notarial seja pessoal e por outro lado não devendo se falar em responsabilidade subsidiária do Estado por danos causados a terceiros no exercício de tal atividade.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Lei n. 8935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.



## **2 – POR QUE A REPONSABILIDADE CIVIL DO TABELIÃO DEVE SER PESSOAL E OBJETIVA SE ELE É AGENTE ESTATAL NO EXERCÍCIO DE SERVIÇO PÚBLICO**

De acordo com o Art. 1º da Lei 8935/94<sup>9</sup> os serviços notariais e de registro são aqueles de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Esses agentes exercem atividade profissional de caráter privado, mas de função pública, agem assim em substituição ao Estado. Impõem saber então qual a espécie de responsabilidade civil que devem ter tais agentes quando no exercício de suas atividades acabam por causar danos a terceiros.

Para que haja uma melhor compreensão a cerca da atual espécie de responsabilidade civil dispensada aos tabeliões de notas se faz necessária uma breve análise no que tange ao aspecto temporal da legislação sobre a responsabilidade civil desse agente.

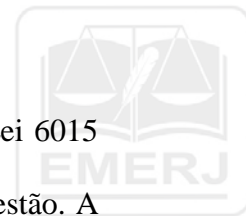
Benício<sup>10</sup> em seu texto informa que a primeira legislação a tratar da responsabilidade civil dos notários foi o Livro I das Ordenações Filipinas. Na verdade as normas ali existentes possuíam muito mais um caráter punitivo do que regulatório da profissão se referiam as consequências dos erros cometidos por esses agentes. Posteriormente a proclamação da República a matéria foi regulada pelo Decreto 169-A e Decreto 370 ambos de 1890, que na verdade substituíram a Lei 1237 de 1864. Com o advento do Código Civil de 1916 houve a promulgação do Decreto 12.343 de 1917 que disciplinava a responsabilidade civil na função dos agentes de notas e de registros, até que em 1928 esse decreto foi revogado pelo Decreto 18.542. Em 1939 o tema foi regulado pelo Decreto 4.857 e posteriormente em 1940 pelo Decreto 5.318.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n. 8935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.

<sup>10</sup> BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. *Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 225-228.





No entanto, até a promulgação da Constituição da República de 1988, foi a Lei 6015 de 1973, a chamada Lei dos Registros Públicos que mais se destacou no tema em questão. A referida lei estabeleceu que os registradores teriam responsabilidade civil subjetiva com relação aos danos ocorridos em consequência de seus atos ou de seus prepostos quando agissem com culpa ou dolo.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no entanto, surgiram dispositivos que influenciaram significativamente o sistema da responsabilidade civil na prestação de serviço público em caráter privado por delegação do Estado. Foi então, com base nos artigos 37 e 236 da CRFB/88<sup>11</sup> que os autores defensores das teorias da responsabilidade civil objetiva e da subjetiva fundamentaram as suas teses<sup>12</sup>.

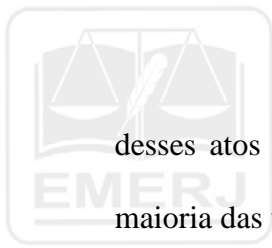
Após a promulgação da CRFB/88 a Lei 8935 de 1994 fez com que se intensificassem as discussões doutrinárias acerca da responsabilidade civil dos notários, parte entendia ser ela objetiva outra parte entendia ser subjetiva.

Conhecer melhor o serviço exercido pelos tabeliões também se mostra importante para definir qual a espécie de responsabilidade desse agente. É inegável que o serviço notarial é de extrema importância social, por isso sua organização é feita de modo a garantir segurança jurídica aos atos praticados por seus agentes. Para que haja essa maior segurança se faz necessário que o serviço seja exercido de modo imparcial evitando-se com isso o surgimento de litígios futuros que possam ter como fundamento privilégios indevidos. Para conferir ainda mais efetividade a segurança jurídica, a atividade notarial utiliza-se dos institutos da publicidade, autenticidade e da eficácia dos seus atos. Assim os atos notariais como atos jurídicos que são tem o aspecto da existência, da validade e da eficácia. Sendo que a eficácia

---

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.

<sup>12</sup> BOLZANI, Henrique. *A responsabilidade civil dos notários e dos registradores*. São Paulo: LTr, 2007, p. 73.



desses atos não é absoluta, admitindo-se prova em contrário<sup>13</sup> sendo nesse aspecto que na maioria das vezes ocorrem os casos de responsabilização civil dos tabeliões.

O Art. 6º da Lei 8.935<sup>14</sup> estabelece a competência genérica dos tabeliões, sendo assim, sua função seria a de identificar a parte, para tanto o tabelião exige uma série de documentos desta em prol de se evitar alguma fraude ou irregularidade. Outra função é a de aferir se a parte possui capacidade civil para se manifestar e exercer a sua vontade e com isso poder expressa-la através de um negócio jurídico a ser instrumentalizado por um documento público.

Assim, eventual dano causado a parte que tenha como causa a inobservância de uma dessas competências do tabelião enseja a possibilidade dos lesados ou terceiros prejudicados pelo ato, serem indenizados. No entanto, ainda pairam inúmeras controvérsias acerca da natureza dessa responsabilidade.

O art. 236, §1º da CRFB/88<sup>15</sup> delegou à legislação infralegal a tarefa de regular a responsabilidade civil e penal dos notários. Para atender tal demanda constitucional foi editada a Lei 8935/94, que em seu art. 22<sup>16</sup> regulou ainda superficialmente a matéria com a seguinte redação: “Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos”.

Tal dispositivo, no entanto, em nada resolveu a controvérsia existente sobre a natureza da responsabilidade dos tabeliões assim, diante dessa lacuna da lei, coube à doutrina a tarefa de estabelecer qual a natureza dessa responsabilidade. Para isso, no entanto, se estabeleceu dois paradigmas que se complementam entre si, de um lado discute-se sobre qual a natureza

---

<sup>13</sup> Ibid, p. 53.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n. 8935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei n. 8935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.

da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados em decorrência da atividade notarial, de outro lado discute-se a natureza da responsabilidade civil para aqueles que ocupam a função de notário, se ela seria subjetiva ou objetiva.

Quanto à responsabilidade civil do Estado existem duas correntes principais, uma que diz que o Estado tem responsabilidade subsidiária a do notário, a outra corrente entende que o Estado deve responder de forma direta e objetiva pelos danos causados em decorrência da atividade notarial.

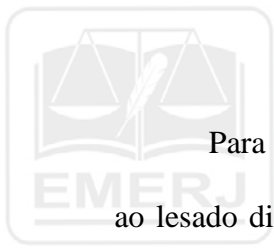
Aqueles que defendem que a responsabilidade do Estado deve ser subsidiária a do tabelião de notas entendem que somente na hipótese do agente estatal não possuir bens suficientes para pagar a indenização devida é que a ação deve ser proposta pelo lesado em face do Estado. Do contrário a ação indenizatória deve ser proposta em face do tabelião, uma vez que são eles que auferem integralmente os bônus da atividade, devem ser eles que devem arcar com os ônus da mesma<sup>17</sup>. Assim, para os defensores desse entendimento o tabelião teria responsabilidade objetiva pelos danos causados no exercício da atividade notarial.

Por outro lado, para aqueles que entendem que a responsabilidade do Estado é objetiva e solidária a do tabelião, a parte lesada teria a faculdade de escolher contra quem ela irá propor a ação indenizatória. Para essa parte da doutrina a solidariedade do Estado se fundamentaria no artigo 37, §6º da CRFB/88 e no artigo 22 da Lei 8935/94.<sup>18</sup> Optando o lesado em demandar diretamente o Estado sua tese deve se basear na responsabilidade objetiva. Caso então ele opte por demandar o tabelião seus fundamentos devem ser pautados na responsabilidade subjetiva desse agente, deve o lesado provar a culpa ou o dolo para que possua êxito no pleito indenizatório.

---

<sup>17</sup> SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Responsabilidade civil e penal dos notários e registradores. In: *Revista de direito imobiliário IRIB*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 53, p. 106-107, jul./dez, 2002.

<sup>18</sup> CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 154-155.



Para os defensores da responsabilidade objetiva e solidária do Estado seria irrelevante ao lesado discutir quem de fato causou o dano uma vez que seu objetivo é o ressarcimento pelos prejuízos que lhe foram causados.

No entanto, para os defensores de ambas teorias é certo que não pode o lesado demandar o Estado e o agente estatal sob pena de se configurar enriquecimento ilícito.<sup>19</sup>

Assim, apesar do entendimento majoritário na jurisprudência ser a tese da responsabilidade objetiva e pessoal do tabelião e por consequência a responsabilidade civil indireta e subsidiária do Estado, existem situações em que verdadeiras injustiças podem ser cometidas se não houver uma inversão nesse panorama da responsabilidade, é o que se passará a analisar no próximo capítulo.

### **3 – A RESPONSABILIDADE DO TABELIÃO DEVE CONTINUAR SENDO PESSOAL E OBJETIVA QUANDO O ATO DANOSO A TERCEIRO OCORRE EM CONSEQUENCIA DE FRAUDE NO ÓRGÃO QUE EMITE CERTIDÕES**

Na doutrina brasileira, não há um entendimento unânime sobre quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil.

Maria Helena Diniz, por exemplo, entende que existem três elementos que compõem os pressupostos do dever de indenizar, são eles a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, que pode se apresentar tanto como ato ilícito ou como ato lícito; o outro elemento

---

<sup>19</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 575.

seria a ocorrência de um dano moral ou material causado à vítima; e por fim o terceiro elemento seria o nexo de causalidade entre o ato e o prejuízo causado à vítima<sup>20</sup>.

Por outro lado, Silvio de Salvo Venosa entende que seriam quatro os elementos ensejadores da responsabilidade civil, sendo eles a ação ou omissão voluntária, a relação de causalidade ou nexo causal, o dano e o quarto elemento seria a culpa<sup>21</sup>.

Carlos Roberto Gonçalves também possui o entendimento de serem quatro os pressupostos do dever de indenizar são eles a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e o dano<sup>22</sup>.

Sérgio Cavalieri Filho entende serem três os pressupostos da responsabilidade civil, sendo eles a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano<sup>23</sup>.

Por outro lado, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem que são três os elementos da responsabilidade civil, quais sejam a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade, para esses autores a culpa seria um elemento accidental<sup>24</sup>.

Verifica-se assim que grande parte dos doutrinadores considera a culpa como pressuposto da responsabilidade civil. No entanto, para aqueles que entendem que a responsabilidade civil do tabelião é objetiva a culpa é um pressuposto insignificante ao dever de indenizar. Já aos que defendem que a responsabilidade desse agente estatal deve ser subjetiva se mostra imperiosa a análise da existência desse elemento.

Como já mencionado nos capítulos anteriores o tabelião no exercício de sua atividade deve ser diligente e muito cauteloso, deve, portanto, exigir uma série de documentos das partes que o procuram incluindo certidões de nascimento, casamento, ônus reais, dentre outras a depender do negócio jurídico a ser por ele ali escriturado. Essas certidões e documentos são

---

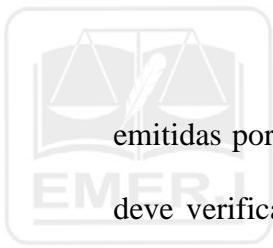
<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. v.7. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42.

<sup>21</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 839.

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

<sup>23</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41.

<sup>24</sup> GAGLIANO, Pablo Stolzer; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28.



emitidas por outros órgãos públicos que por isso são dotadas de fé pública. O tabelião então deve verificar minuciosamente a autenticidade de cada documento que lhe é apresentado, não identificando qualquer irregularidade, ilegalidade ou fraude poderá ele exercer o ato amparado na estrita legalidade.

Por vezes, no entanto, as certidões que são apresentadas ao tabelião são originais, mas contém dados falsos, ou seja, ocorreu uma fraude em outro órgão público e nesse caso o tabelião não tem meios de descobrir a irregularidade. Nesses casos, mesmo ele tendo agido com todas as cautelas exigidas por lei, ele acabará gerando um prejuízo à parte. Nesses casos então se faz necessária a aplicação de uma das causas excludentes da responsabilidade civil, pois apesar de haver o ato, o nexo de causalidade e o dano não há como caracterizar a culpa do agente estatal.

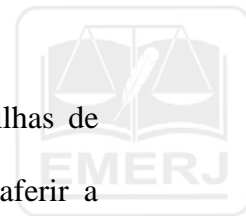
No Direito Civil brasileiro, existem algumas causas que excluem a responsabilidade do agente, são elas o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito, o estrito cumprimento do dever legal, o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima<sup>25</sup>.

Na função de notário, podem ser aplicadas as excludentes gerais como o estado de necessidade, a legítima defesa, o caso fortuito e a força maior, mas as duas principais espécies no exercício dessa atividade são o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal.

O tabelião em toda a sua atuação funcional deve estar adstrito ao que preceitua a lei e ao que estabelecem os órgãos superiores e tribunais. Assim, em casos como do exemplo anteriormente citado, o tabelião terá agido em estrito cumprimento do dever legal, e mesmo que ele venha a causar danos ou prejuízos a terceiros, não gerará responsabilidade civil para

---

<sup>25</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 509-513.



ele<sup>26</sup>. Em casos como esse, o tabelião acaba sendo também uma vítima de quadrilhas de estelionatários, sem ter sido conivente com a falsificação, e não tendo meios de aferir a falsidade do documento que em nada transparecia ser falso, sendo que a falsidade do documento nesse caso só poderia ter sido verificada por perícia.

Situações como essas não só o tabelião, mas também qualquer outro homem médio e diligente está sujeito a passar, pois cada vez mais as quadrilhas de estelionatários se aperfeiçoam na prática das suas atividades ilícitas, sendo impossível impedir que a fraude gere danos a terceiros. Com isso se afastaria a responsabilidade civil do agente estatal, pois o notário agiu em estrito cumprimento do dever legal.

Ratificando esse entendimento sobre a exclusão da responsabilidade civil do tabelião pelo estrito cumprimento do dever legal dispõem os artigos 30, inciso XIV e 31, inciso I da Lei 8935/1994<sup>27</sup>:

Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

XIV - observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente.

Art. 31. São infrações disciplinares que sujeitam os notários e os oficiais de registro às penalidades previstas nesta lei:

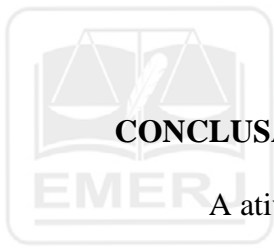
I - a inobservância das prescrições legais ou normativas;

Assim para aqueles que entendem que a responsabilidade do tabelião deve ser objetiva a qualquer custo, nas hipóteses em que ele agisse em estrito cumprimento do dever legal e ainda assim fosse responsabilizado por eventuais danos ou prejuízos causados a terceiros se estaria na verdade afrontando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, estaria dessa forma condenando o agente delegado do serviço notarial por ter agido em conformidade com a lei.

---

<sup>26</sup> KINDEL, Augusto Lermen. *Responsabilidade civil dos notários e registradores*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007, p. 134.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei n. 8935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.



## CONCLUSÃO

A atividade notarial é tida como um serviço público ligado à soberania estatal de modo a conferir segurança jurídica às relações uma vez que através dessa atividade se garante a autenticidade, publicidade e eficácia dos negócios jurídicos instrumentalizados por ela.

O tabelião, inicialmente, fazia uma intermediação dos negócios jurídicos realizados entre particulares, mas, com o passar do tempo, a Constituição Federal acabou transformando-o num agente público no sentido amplo do termo, o exercício dessa função passou a se dar por delegação estatal sendo que a ocupação do cargo passou a ser mediante concurso público. Além disso, a atividade notarial sofre constante fiscalização do Poder Judiciário, sendo, portanto cada vez mais uma atividade com forte cunho estatal o que aproxima cada vez mais o exercício da função de tabelião a atividade de um agente estatal estrito senso.

Ao contrário dessa perspectiva que aproxima o notário a agente público em sentido estrito a doutrina majoritária vem intitulando esses agentes como funcionários públicos *sui generis*, e dentro dessa visão ela tem entendido que a responsabilidade do tabelião deve ser pessoal e objetiva quando no exercício de sua atividade acaba por gerar danos a terceiros.

No entanto, tendo em vista as atividades desempenhadas pelos notários bem como pelo fato de eles exercerem uma atividade de extrema importância social, possuem fé pública e serem constantemente fiscalizados pelo Estado deve ser temperada essa premissa de que a sua responsabilidade é em todo e qualquer caso objetiva e pessoal.

Todos os atos jurídicos ou não impõem ônus e bônus as pessoas que os exercem, o tabelião por possuir algumas prerrogativas que lhe afastam da dinâmica dos agentes públicos em sentido geral, como por exemplo o fato da sua remuneração não estar atrelada ao teto do regime próprio dos servidores públicos estatais sendo ela auferida via de regra pelos emolumentos recebidos pelos serviços prestados, os coloca numa posição diferenciada a dos



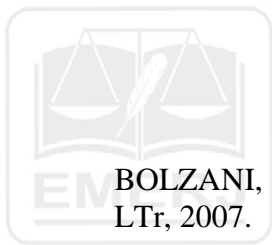
demais agentes públicos, o que em certa medida justificaria a responsabilidade civil ser objetiva e pessoal.

Porém, existem situações que extrapolam a razoabilidade e a previsibilidade do homem médio, há situações em que mesmo o tabelião tendo sido extremamente diligente, mesmo tendo ele agido dentro dos limites da estrita legalidade acaba por gerar danos a terceiros, nesses casos é que se deve haver o temperamento dessa responsabilidade tida por pessoal e objetiva. Em casos em que há uma fraude em uma certidão original apresentada ao tabelião mas que contenha dados falsos se mostra quase impossível ao tabelião perceber a existência de tal irregularidade, quando então o dano a terceiro decorre de uma fraude de outro órgão da organização estatal o tabelião seria apenas um agente estatal no exercício de suas atribuições, não tendo portanto qualquer responsabilidade sobre o dano gerado. Em casos como esses é que se propõe que a responsabilidade desse agente seja subjetiva e subsidiária a responsabilidade do Estado.

Conclui-se assim que a responsabilidade do Estado em decorrência de danos causados a terceiros pela atividade de notas deve ser direta e objetiva, pois os profissionais que causaram o dano foram representantes da Administração Pública, tendo como fundamento para tal responsabilidade a Teoria do Risco Administrativo e o artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988. O agente de notas nesses casos deve responder, portanto de forma subjetiva pelos danos que causar devendo ser provado o dolo ou a culpa do mesmo, em assim não sendo acabaria por se criar uma situação que inviabilizaria economicamente o exercício de tal atividade.

## REFERENCIAS

BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. *Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



BOLZANI, Henrique. *A responsabilidade civil dos notários e dos registradores*. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm)> Acesso em: 11 jan. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolzer; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KINDEL, Augusto Lermen. *Responsabilidade civil dos notários e registradores*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Responsabilidade civil e penal dos notários e registradores. In: *Revista de direito imobiliário IRIB*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 53, p. 106-107, jul./dez. 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: com comentários ao código civil de 2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

## DA EFETIVIDADE DA MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO: COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO, NOS PRAZOS E CONDIÇÕES FIXADAS PELO JUIZ, PARA INFORMAR E JUSTIFICAR ATIVIDADES

Caroline Meireles de Brito

Graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – O presente artigo científico analisa a efetividade das cautelares diversas da prisão, mais especificamente o comparecimento obrigatório em juízo e como essa cautelar traz efetividade à necessária resposta estatal ao crescente número de crimes em nossa sociedade.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Cautelares diversas da prisão. Comparecimento periódico em juízo. Efetividade.

**Sumário** – Introdução. 1. Breve Análise das medidas cautelares diversas da prisão. 2. Do princípio da efetividade. 3. O comparecimento periódico em juízo e sua efetividade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o intuito de analisar, mesmo que brevemente, a efetividade das medidas cautelares diversas da prisão frente ao crescimento vertiginoso da criminalidade que assola o Brasil.

Contudo, focar-se-á mais especificamente na medida de comparecimento periódico em juízo e em como tal medida traz a efetividade da justiça penal tão almejada pela população nos tempos atuais.

As medidas cautelares diversas da prisão surgiram com a finalidade de coadunar o processo penal com a Constituição Federal, principalmente no aspecto do direito penal ser a *ultima ratio*, bem como se adequar ao princípio da presunção de inocência.

Tais medidas têm como principal objetivo evitar as prisões processuais, ou seja, encarcerar o indivíduo que não possui sequer uma sentença penal condenatória contra si,



tornando, dessa maneira, a prisão a última e mais extrema medida a ser adotada pelo Estado-juiz.

Porém, as cautelares diversas da prisão surgem em um contexto sociocultural de crescente criminalidade na qual a população mais do que nunca cobra do Estado penal uma resposta efetiva frente à crescente criminalidade.

Afirma-se que o Estado não possui uma aparelhagem e nem pessoal qualificado suficientes para a fiscalização dessas medidas e que por isso as tornaria inócuas, gerando a tão temida sensação de impunidade.

O tema é polêmico e por isso mesmo a importância dessa análise para que sirva de fonte de informação para a sociedade, bem como inspire debates guiando para o surgimento de soluções sempre visando à efetividade do direito penal e processual penal.

Este artigo não possui, todavia, a menor pretensão de exaurir o debate sobre o tema, tem apenas o objetivo de analisar a relação das medidas cautelares diversas da prisão, mais precisamente o comparecimento periódico em juízo, com a efetividade da justiça penal.

No primeiro capítulo far-se-á uma breve análise das cautelares diversas da prisão e em que consiste cada uma delas, no segundo capítulo analisaremos brevemente o princípio da efetividade e no terceiro capítulo analisaremos em que medida a cautelar de comparecimento periódico em juízo é efetiva como resposta estatal à criminalidade.

Assim, ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: breve análise das cautelares diversas da prisão; breves considerações sobre o princípio da efetividade; e análise da cautelar diversa da prisão de comparecimento periódico em juízo e sua efetividade.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, parcialmente exploratória e parcialmente descritiva.

## 1. BREVE ANÁLISE DAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Inicialmente, vale lembrar que o direito processual penal tem como fim principal aplicar o direito penal e, bem assim, concretizar o direito/dever do Estado de punir, também chamado de *ius puniendi*. Desta forma, o processo penal trabalha com um dos bens jurídicos mais importantes para o ser humano, qual seja, a liberdade.

As medidas cautelares diversas da prisão têm como objetivo assegurar o regular andamento do próprio processo e, por conseguinte, a efetividade da justiça penal. As cautelares não possuem um fim em si mesmas, não são penas, servem apenas para garantir o direito de punir do Estado.

Com o advento da Lei 12.403/11 as medidas cautelares no processo penal brasileiro deixaram de ser dual, ou seja, apenas com a prisão provisória ou a liberdade provisória, para passarem a ser múltipla, trazendo um extenso rol previsto no artigo 319 do código de processo penal.

A nova legislação trouxe também uma grande novidade no sentido de fazer da prisão preventiva medida excepcionalíssima, podendo ser aplicada apenas quando outra medida cautelar for insuficiente ou impossível de ser aplicada.

Um dos principais objetivos da nova lei foi enfatizar a vedação à execução antecipada de pena, por não condizer com princípios constitucionais, qual seja, presunção de inocência e o direito penal como *ultima ratio*.

A escolha da medida cautelar mais adequada ao caso concreto ficará a escolha do magistrado, sendo necessária para sua aplicação a verificação da presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* que consiste na aparência de ter cometido um ato punível e o *periculum*



*libertatis* que consiste na liberdade irrestrita do acusado trazer perigo concreto ao bem jurídico de outrem.

Após deve o juiz demonstrar a incidência de pelo menos uma das hipóteses previstas no inciso I do artigo 282 do código de processo penal<sup>1</sup>, a saber: necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

As medidas cautelares diversas da prisão estão listadas no artigo 319 do código de processo penal, são elas:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão<sup>2</sup>:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

O inciso I versa sobre a obrigação do indiciado ou acusado de comparecer nos dias, datas e horários e condições a serem determinadas pelo juízo, para informar e justificar atividades. Tal inciso é tema do presente artigo e por isso será melhor analisado adiante.

O inciso II é restrição ao direito constitucional de “ir e vir” livremente para onde quiser, não permite ou limita a frequência a certos lugares quando, por circunstâncias

<sup>1</sup> PENAL, Código de Processo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso: em 17 fev. 2016.

<sup>2</sup> PENAL, Código de Processo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso: em 17 fev. 2016



relacionadas ao fato, deva o indiciado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações. Tal dispositivo se mostra bem amplo, permitindo ao juiz impor a cautelar a qualquer lugar que julgue conveniente e necessário, considerando sempre a qualidade pessoal do indiciado.

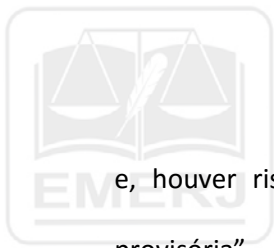
O inciso III versa sobre a proibição de manter contato com determinada pessoa, quando por circunstâncias relacionadas ao fato deva o indiciado permanecer distante, atingindo um leque de destinatários indeterminados. Tal medida pode ser fiscalizada pela própria vítima, aumentando sua efetividade, pois esta pode denunciar o descumprimento por parte do indiciado.

O inciso IV versa sobre a proibição de ausentar-se da comarca e tem como objetivo proporcionar a segurança do juízo, pois o indiciado deve se manter sob vigilância do magistrado, visando evitar também o cometimento de outros delitos. Porém, a realidade brasileira gera pouca efetividade a tal medida uma vez que a falta de pessoal e aparato torna tal medida de difícil fiscalização.

O inciso V versa sobre o recolhimento no período noturno e dias de folga, devendo ser levada em consideração a qualidade do indiciado ou investigado. Só é possível a aplicação desta cautelar se o indivíduo tiver residência e trabalhos fixos, sendo condição objetiva de aplicação.

O inciso VI versa sobre a suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira. Esta cautelar só poderá ser aplicada quando ocorrer crimes próprios, ou seja, que só podem ser cometidos por determinadas pessoas. Tal medida é de extrema importância pois impede que o acusado use das suas atribuições para continuar delinquindo ou mesmo prejudicar a persecução penal.

O inciso VII versa sobre a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração. Observa-se, desta maneira, requisitos mínimos para a aplicação desta cautelar, quais sejam: crimes praticados com violência ou grave ameaça



e, houver risco de reiteração. Tal medida se mostra como verdadeira “medida de segurança provisória”.

O inciso VIII versa sobre a prestação de fiança que por sua vez é medida despenalizadora e deve ser aplicada nas infrações de menor potencial ofensivo, tendo maior caráter pedagógico. Frise-se que tal medida pode ser cumulada com outras quando assim entender o juiz, de acordo com o caso concreto.

E por fim, o inciso IX trata da monitoração eletrônica. Tal medida pode proporcionar eficiente controle do indiciado, pois o controle eletrônico pode determinar com exatidão a sua localização, sem necessidade de emprego de maiores esforços humanos por parte da administração. Porém, na atual realidade brasileira sabe-se que tal medida ainda não é realmente efetiva por falta de aparelhamento.

Ainda, dentre as maiores polêmicas deixadas à margem pelos responsáveis pela elaboração da Lei 12.403/2011, ficou a relacionada à possibilidade de aplicação do instituto da detração penal, quando cumpridas rigorosamente pelo acusado, as medidas cautelares diversas da prisão impostas no decurso do processo.

O trabalho parte do pressuposto de que é possível a aplicação da detração penal em face das novas medidas cautelares, uma vez que, assim como a prisão, trazem ao indivíduo restrições em sua liberdade nos exatos termos do art. 5º, LXVI da CRFB.

A questão a saber, é qual critério deverá ser usado para que se proceda à detração. Por trazerem restrições à liberdade, as medidas cautelares necessitam ser detraídas da condenação a cumprir pelo entendimento emanado da redação do art. 42 c/c art. 44, §4º do CP. Contudo, o problema está em saber como deve ocorrer a detração.

A cada mês que o acusado compareceu em juízo, deixou de frequentar estádios, de se aproximar da vítima, de ausentar-se da comarca, ficou recolhido em casa, deixou de exercer





determinada função pública ou atividade de natureza econômica corresponderá a um mês, uma semana, um dia de pena cumprida?

A Lei nova não trouxe qualquer resposta à questão. O certo é que um critério de interpretação deverá ser buscado por meio de uso do princípio da proporcionalidade, bem como pela análise de outros institutos análogos previstos na legislação penal.

## **2.BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE**

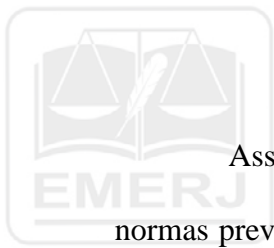
Primeiramente, cumpre frisar que não há um conceito único do que se deve entender por princípio jurídico, pois o seu caráter multifacetário enseja inúmeras definições, conforme o aspecto que se queira pôr em relevo. Segundo Plácido e Silva:

Os princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura, jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos<sup>3</sup>.

Princípios são os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores do ponto de vista axiológico, às normas estritas, regras, e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.

---

<sup>3</sup> SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. V.8. p. 447



Assim, o princípio da efetividade, pelo menos em tese, antecederá as regras e as normas prevista nos códigos penal e processual penal e, por isso mesmo, deve ser observado sempre.

E efetividade o que seria? A palavra efetividade vem do latim *effectivus* – “o que produz, o que tem efeito”; vem também de *efficere* – “cumprir, obter resultados. Seu significado tem um viés axiológico e por isso é algo difícil de dimensionar.

Nenhuma das definições encontradas nos dicionários é realmente elucidativa, mas aquelas oriundas da ciência da administração que englobam os conceitos de eficiência e eficácia se aproximam da ideia do que seria efetividade.

Eficiência seria a capacidade para obtenção de determinado resultado e eficácia seria a própria obtenção do resultado. Já a efetividade seria a produção de efeitos, com qualidade, que se projetam para além do resultado.

Desta forma, efetividade da lei consiste em sua plena eficácia, ou seja, norma efetiva é aquela que pode ser imediatamente aplicada e produzir todos os efeitos que dela se espera. No que concerne à lei processual haverá efetividade quando o processo tiver aptidão para alcançar a sua finalidade de pacificação social e de garantia de soluções jurídicas e legítimas.

Por ser um direito fundamental, a efetividade do processo tem força normativa, de maneira que os órgãos estatais ficam obrigados a assegurar os meios necessários à sua concretização, bem como a protegê-la de eventuais atos que lhe sejam contrários.

Tal entendimento resulta do caráter duplo dos direitos fundamentais, que compreendem direitos subjetivos de defesa do cidadão contra o Estado, bem como direitos a prestações positivas do Poder Público.

Dessa maneira, a efetividade da justiça está intimamente ligada à obtenção dos seguintes efeitos para além do resultado alcançado pela prestação jurisdicional, qual seja, a



promoção do bem-estar e da paz social, bem como da igualdade de direitos, e o respeito à legalidade.

Nesse diapasão, para que o Direito alcance sua finalidade precípua de promoção da justiça de forma efetiva, esse se utiliza do processo, no caso o processo penal. A efetividade da justiça penal está estritamente ligada à efetividade do Processo Penal.

O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social. Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos, devolver à sociedade a paz desejada<sup>4</sup>.

Assim, as medidas cautelares diversas da prisão configuram-se instrumentos do processo que visam garantir sua eficácia. Mas não somente em razão disso, contribuem para a efetividade da justiça penal na medida em que põe o encarceramento como última medida.

A cautelarização do processo penal, nos termos trazidos pela Lei 12.403/11, promove verdadeira adequação do direito processual brasileiro à Constituição Federal.

Cabendo ressaltar que esta adequação não é plena, até porque tarefa tão difícil não poderia ser desempenhada pela alteração de um único instituto jurídico.

Todavia, surge uma dúvida pertinente quanto ao sentimento de impunidade experimentado pela sociedade tendo em vista a vigência das medidas que põe em xeque a efetividade das mesmas, qual seja: tem, o Estado, o aparato necessário para a execução e fiscalização do cumprimento dessas medidas?

De fato, a fiscalização do cumprimento das medidas cautelares é requisito essencial para a efetividade das mesmas e para a não configuração da proteção deficiente por parte do Estado, bem como da temida impunidade.

Imperioso lembrar e frisar que não se está arriscando uma suposta impunidade, posto que, quando do não cumprimento de medida cautelar decretada o princípio da efetividade das

---

<sup>4</sup> CINTRA, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.26



cautelares autoriza a aplicação de outra medida mais adequada em substituição ou em cumulação, bem como, em último caso, da prisão cautelar.

Portanto, tendo em vista o exposto acima, as cautelares diversas da prisão têm tudo para atender aos princípios da presunção de inocência e da efetividade e, assim estarem de acordo com o Estado democrático de Direito em que vivemos, bem como a atender ao clamor social quanto ao combate à criminalidade e à sensação de impunidade.

Resta saber em que medida o Estado vai se aparelhar adequadamente para a efetividade dessas medidas, uma vez que no Brasil o problema nunca foi a legislação criada, mas sim o alcance de sua efetividade através de maciça fiscalização.

### **3.O COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO E SUA EFETIVIDADE**

O art. 319, I do CPP traz a medida cautelar pessoal de comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades, tal medida guarda semelhança com aquela prevista no art. 89 § 1º, IV da Lei 9099/95 como condição a ser cumprida no período de prova da suspensão condicional do processo.

Ressalte-se que o legislador, ao editar a Lei n. 12.403/11, deixou que o magistrado fixasse o prazo em que deverá o sujeito passivo da persecução penal comparecer em juízo, sempre com fulcro na necessidade e adequação da medida, ao caso concreto, diferentemente do



que se verifica na Lei n. 9.099/95<sup>5</sup>, onde o legislador fixou que o comparecimento deve ser mensal, segundo os ensinamentos de Renato Brasileiro Lima<sup>6</sup>.

Além de ser previsto na Lei 9.099/95, também já existe na Lei de Execuções Penais no regime aberto (art. 115, II, da LEP), no livramento condicional (art. 132, parágrafo 1º, LEP) e o *sursis*, tanto o penal como o processual.

Quanto a isso a doutrina faz críticas, pois seria melhor se o legislador tivesse permitido ao juiz fixar dias e horas, de acordo com a jornada de trabalho e admitir a apresentação na polícia mais próxima de seu domicílio, pois, muitas vezes, o acusado deixa de comparecer em juízo por estas razões. O modelo brasileiro optou pelo total controle judiciário da medida, desconsiderando a facilidade de aproveitar a estrutura policial (afinal, a polícia está em ‘todos’ os lugares).

É uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e também certificar-se do paradeiro do imputado.

Lembrando que essa medida é diferente de comparecer a todos os atos do processo imposto no art. 310, parágrafo único do Código de Processo Penal. Aqui, o que se busca é o controle da vida cotidiana do acusado.

A questão de como essa medida cautelar vai ser fiscalizada ainda não foi consolidada. Talvez a fiscalização seja um dos temas mais discutidos em torno dessas novas medidas cautelares.

Há uma descrença a respeito da eficácia da fiscalização, pois se os servidores públicos do setor não conseguem fiscalizar os presos, muito menos conseguirão fiscalizar os que estão cumprindo uma medida cautelar. E, por isso, questiona-se a efetividade de tal medida uma vez que pra isso imprescindível a fiscalização.

---

<sup>5</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)

<sup>6</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Juspodium, 2014. p. 123.



Quanto à efetividade de tal medida necessário destacar que o problema da criminalidade não é resolvido por leis penais, ou ao menos não principalmente por elas. As raízes da criminalidade, isso é fato sabido, encontram-se em problemas sociais e culturais.

Não menos certo, porém, é que jamais pode-se prescindir de leis penais e processuais penais adequadas, pois sempre haverá crime, não importa o quanto se avance socialmente ou culturalmente. A transgressão faz parte da natureza humana.

A questão passa a residir na adequação dos diplomas às realidades às quais eles estão voltados a reger em nas quais devem operar em busca das finalidades a que se destinam.

Assim, entende-se que não será uma medida específica que solucionará o problema da criminalidade no Brasil, muito menos têm-se a ingenuidade na crença da total efetividade da medida tendo em vista o Estado deficitário em que vivemos.

## **CONCLUSÃO**

É possível afirmar que o legislador realizou um excelente trabalho com a edição da Lei n. 12403/11 ao sistematizar, de forma organizada, em um único diploma legal, diversas medidas cautelares pessoais penais diversas da prisão, fato que facilita bastante à compatibilização da decretação das cautelares pessoais com a garantia constitucional prevista no art. 5º, LVII da CRFB.

O juiz com a edição da Lei n. 12403/11 pode se valer de um maior número de opções para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, sem precisar decretar a medida cautelar pessoal penal por excelência.

A prisão que antes da edição do novel diploma legislativo só poderia ser decretada de forma excepcional, e atualmente teve a sua possibilidade de aplicação mais restringida, tendo em vista as diversas medidas cautelares pessoais penais diversas da prisão que o órgão judicial deve se valer antes de decretar a prisão.

Cumpre salientar que a novidade legislativa das medidas cautelares distintas da prisão, mais precisamente o comparecimento periódico em juízo, promoveram a adequação não só do Código de Processo Penal, mas do sistema penal brasileiro à luz da Constituição Federal, no que se refere ao caráter de *extrema ratio* da prisão cautelar.

Ainda que se trate de medida restritiva da liberdade, os princípios e garantias a ela inerente resguardam os princípios constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade, que até a vigência da referida cautelar bem como de todas as outras, eram aviltados pelo estabelecimento da execução antecipada da pena no Brasil.

Quanto à sua viabilidade prática, é imprescindível a fiscalização de seu cumprimento por parte do Estado, mas afasta-se a concepção de uma suposta facilitação da impunidade, haja vista, o princípio da efetividade das medidas cautelares já tutelar as situações de inocuidade de medidas aplicadas que porventura possam se revelar.

A medida analisada possui o escopo da política criminal, qual seja, a desprisionização e, portanto, tem o condão de barrar a assustadora multiplicação de prisões provisórias, desabarrotando o sistema penitenciário brasileiro.

Dito isso, não se pode deixar de tecer elogios ao diploma legislativo em comento, tendo em vista que a sua correta aplicação conferirá uma maior concretude ao princípio constitucional da presunção da inocência, tendo em vista que importará na restrição da aplicação da prisão cautelar antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem que se verifique prejuízo à efetividade da prestação jurisdicional, fato que atende aos anseios de um processo penal democrático e condizente com a Lei Maior.

Porém, a celeuma da criminalidade não é resolvida por leis penais. A origem da criminalidade, isso é fato sabido, encontram-se em problemas sociais e culturais. Não menos certo, porém, é que jamais poderemos prescindir de leis penais e processuais penais adequadas,



pois sempre haverá crime, não importa o quanto se avance socialmente ou culturalmente. A transgressão faz parte da natureza humana.

Os sistemas prisionais, por sua vez, sempre apresentaram sérios problemas. A violência, a brutalidade e a desumanização são sempre, em alguma medida, componentes inafastáveis do encarceramento, estigmatizando o preso. No Brasil, ainda há o problema da carência de material e da superlotação. Por conta disso, nos últimos anos, no que concerne à prisão cautelar, tem sido tomada uma política de colocação da medida como excepcionalidade absoluta.

Assim, como já dito anteriormente, entende-se que não será uma medida específica que solucionará o problema da criminalidade no Brasil, muito menos têm-se a ingenuidade na crença da total efetividade da medida tendo em vista o Estado deficitário em que vivemos, porém tal medida estudada tem se mostrado eficiente no cumprimento de princípios constitucionais, o que a torna extremamente importante e válida para nosso ordenamento jurídico, mesmo que na prática ainda falte fiscalização para sua total efetividade.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso: em 17 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso: em 17 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.099, de 26 set. 1995*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Juspodium, 2014.

LIMA, Carlos Àtila Pierre. Breves comentários acerca das medidas cautelares previstas na Lei 12.403/2011. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4512&idAreaSel=1&seeArt=yes>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

MELO, Andréa Vicky de Moraes. As medidas cautelares diversas da prisão e a efetividade da justiça penal. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



## OS ATOS PRATICADOS PELOS PODERES DA REPÚBLICA COMO LIMITADORES DO PODER REGULATÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Césio Caetano Ribeiro Júnior

Graduado pela Universidade Gama Filho.  
Advogado do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - Sindjustiça.

**Resumo:** As Agências reguladoras têm papel fundamental na administração pública indireta, de modo que traduz a clara faceta do estado gerencial. O papel das agências reguladoras é fundamental para a sociedade na medida em que pela regra geral, são destinadas à fiscalização de determinados serviços públicos delegados ao setor privado, e por isso, suas decisões e diretrizes não podem ser sujeitas à intervenção do poder executivo, legislativo ou do poder judiciário, sob pena de violação de um dos pilares das agências reguladoras, qual seja, a segurança jurídica. Assim, o objetivo do trabalho é identificar como as agências reguladoras se relacionam com os demais poderes da federação e analisar até onde o Poder Executivo e o Poder Judiciário podem interferir na função das agências reguladoras.

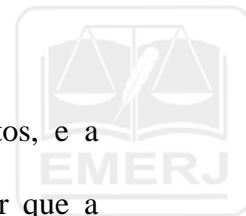
**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Administração indireta. Estado Gerencial. Princípio da Separação dos Poderes.

**Sumário:** Introdução. 1. As Agências Reguladoras - Origem, Conceito, Instituição e Características. 2. O Poder Normativo e as Agências Reguladoras. 3. O intervencionismo do Poder Judiciário nas Agências Reguladoras. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O referido trabalho visa a analisar as agências reguladoras e a influência dos poderes da República na sua atuação. O que se busca é destacar que as principais características e peculiaridades das agências reguladoras vêm sendo mitigadas e subvertidas pelo poder público, de maneira que a atuação dessas agências se restringe na medida em que cada vez mais, tanto o poder executivo, legislativo e judiciário tem se imiscuído nas decisões e análises técnicas das agências reguladoras.

O tema será direcionado através da apresentação das agências reguladoras com seu contexto histórico de criação, apresentação de sua natureza jurídica como justificativa de suas ações e atividades regulamentares.



De modo a direcionar o presente trabalho serão abordados casos concretos, e a aplicação das soluções doutrinárias para os referidos casos, de modo a demonstrar que a retirada do poder regulatório das mãos das agências fulmina a essência despolitizada das agências reguladoras o que acaba por trazer um cenário de insegurança dentro do panorama nacional.

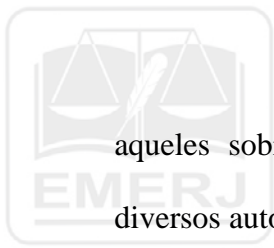
A criação das agências reguladoras é um marco que chegou juntamente com uma nova fase política no Brasil, na medida em que o Estado vem deixando de ser um Estado monopolista, se movimentando cada vez mais no sentido da desestatização e privatização, buscando na iniciativa privada o verdadeiro prestador de determinados serviços. Para tanto, da mesma forma em que o Estado brasileiro deixa de ser Estado executor, e cada vez mais vai ganhando uma roupagem de Estado regulador.

O primeiro capítulo visa à apresentação das Agências Reguladoras, passando desde sua função até a escolha de seus dirigentes, demonstrando a essencialidade de que suas funções regulatórias sejam livres de máculas de influências políticas.

Em seguida, o segundo capítulo busca demonstrar que as agências reguladoras têm um aspecto democrático, no que diz respeito ao exercício regulatório e que seu poder normativo não fere determinados preceitos e princípios que regem a administração pública, principalmente aqueles descritos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

O terceiro capítulo visa a estudar os impactos das investidas por parte dos poderes Executivo e Judiciário, visando analisar os conceitos da doutrina e posicionamento jurisprudencial acerca da interferência desses poderes, principalmente no que diz respeito ao controle de legalidade e no controle do mérito da atividade regulatória.

A pesquisa que se pretende realizar terá por base a metodologia bibliográfica, de natureza qualitativa e exploratória com ênfase nos recentes livros de doutrina, principalmente



aqueles sobre direito administrativo, comparando as divergências apontadas pelos mais diversos autores.

A criação das agências reguladoras é um marco que chegou juntamente com uma nova fase política no Brasil, na medida em que o Estado vem deixando de ser um Estado monopolista, se movimentando cada vez mais no sentido da desestatização e privatização, buscando na iniciativa privada o verdadeiro prestador de determinados serviços. Para tanto, da mesma forma em que o Estado brasileiro deixa de ser Estado executor, e cada vez mais vai ganhando uma roupagem de Estado regulador.

## **1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS - ORIGEM, CONCEITO, INSTITUIÇÃO E CARACTERÍSTICAS.**

A Lei 9491/97 introduziu no Brasil o Programa Nacional de Desestatização. Tal marco é considerado por trazer modificações extremamente sensíveis no ramo do direito administrativo. Vale dizer que as referidas modificações se deram muito por influência das agências norte-americanas de modo que o Brasil passou a adotar alguns critérios quando da criação das referidas agências, adaptando é claro ao seu modelo constitucional.

As agências reguladoras, para Maria Silvia Di Pietro<sup>1</sup>, “[...] em sentido amplo, seriam no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que está afeta”. Por sua vez, Calixto Salomão Filho diz que é necessário destrinchar o objetivo da regulação, que na verdade é o de abarcar atos da economia, por meio estatal, exercitando o poder de polícia que lhe é inerente.<sup>2</sup>

As agências reguladoras são consideradas autarquias, para tanto devem obedecer ao disposto no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, de modo que seguem

---

<sup>1</sup>DI PIETRO, Maria Silvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 574

<sup>2</sup>Ibid., p. 576.

precipuaamente a este dispositivo legal. Vale dizer que o legislador quis fazer essa opção, ao levar em consideração o exercício das atividades coercitivas, observando o poder de polícia que é essencial para as agências reguladoras. Todavia, conforme será assaz explicado, apesar de serem consideradas autarquias, as agências possuem características que acabam por complementar a sua natureza jurídica.

A Constituição da Republica Federativa do Brasil<sup>3</sup>, através dos artigos 21, inciso XI e 177,§2º, inciso III prevê tão somente a criação da ANATEL e da ANP, assim há de se concluir que não existe previsão permissiva genérica na Constituição acerca da criação das agências reguladoras todavia, a ausência de previsão constitucional não é óbice para a criação destas. Assim, é perfeitamente cabível a sua instituição através de leis infraconstitucionais que deslocam todas as atribuições que a priori, seriam do Poder Executivo para as agências reguladoras, neste contexto Maria Silvia Di Pietro<sup>4</sup> diz que “[...] a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência”.

Assim, uma vez verificada que a instituição das agências reguladoras se dá por lei infraconstitucional – à exceção daquelas que já possuem previsão constitucional - se observa também que não há unidade na disciplina legal. No entanto, apesar de não haver previsão legal única para a instituição, há de se convir que todas elas estão definidas como autarquias de regime especial, por exemplo podemos citar a Lei nº 9472/1997 que declara a ANEEL, expressamente como autarquia sob regime especial na forma do seu artigo 1º<sup>5</sup>.

Ora, mas o que seria esse regime especial instituído pela lei? Em Primeiro lugar, deve ser estabelecido que esta é a natureza jurídica das agências reguladoras, ou seja as autarquias possuem natureza jurídica de autarquia em regime especial. Em seguida, temos que

<sup>3</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>4</sup>DI PIETRO, op. cit., p. 580.

<sup>5</sup>BRASIL. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015



definir o que seria esse regime especial. Na concepção dada por Hely Lopes Meirelles<sup>6</sup> “[...] o conjunto de privilégios específicos que a lei outorga à entidade para a consecução de seus fins”.

Ainda nesse contexto sobre o regime especial, devem ser analisados esses privilégios citados por Hely Lopes Meirelles quando definiu o conceito de autarquia sob regime especial. Dessa maneira, ao se falar dos privilégios das agências reguladoras, na verdade se refere as características das agências reguladoras tais como: independência administrativa baseada na estabilidade dos dirigentes (mandato fixo e ausência de subordinação hierárquica), autonomia financeira (renda própria e liberdade de sua aplicação) e poder normativo (regulamentação das matérias de sua própria competências)<sup>7</sup>. Vale dizer que em geral os doutrinadores que escrevem sobre o tema concordam sobre as características aqui citadas, entretanto, Carvalho Filho<sup>8</sup> acrescenta a característica da autonomia decisória, de modo a encorpar ainda mais o rol de características inerentes as agências reguladoras.

Importante ressaltar a opinião do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>9</sup> que diz:

[...] Independência administrativa’ ou ‘ autonomia administrativa’. Autonomia financeira’ e ‘ patrimonial e da gestão de recursos humanos’ ou de quaisquer outros que lhes pertençam, ‘autonomia nas suas decisões técnicas’, ‘ausência de subordinação hierárquica’ são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando o que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso desses caracteres. (...) o único ponto peculiar em relação à generalidade da sal tarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato de dirigentes destas pessoas, e que se contém nos artigos 5º e § único, 6º e 9º da Lei 9986/2000, que dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das agências reguladoras.

Em que pese a opinião do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, que compõe a doutrina minoritária, se faz necessário repousar o entendimento da doutrina majoritária que elenca as características inerentes às agências reguladoras em que o poder regulamentar é

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 440.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 440.

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 473.

<sup>9</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 160.

mais amplo permitindo às agências reguladoras receberem essa delegação para editar normas, formando assim um direito novo, vez que inovam na ordem jurídica.

Nesse sentido, Carvalho Filho<sup>10</sup> leciona o seguinte:

A autonomia decisória significa que os conflitos administrativos, inclusive os que envolvem entidades sob seu controle, se desencadeiam e se dirimem através dos próprios órgãos da autarquia em outras palavras, o poder revisional exaure-se no âmbito interno, sendo inviável juridicamente eventual recurso dirigido a órgão ou autoridades da pessoa federativa à qual está vinculada a autarquia.

A independência administrativa, assim se entende o fato de que alguns de seus dirigentes têm investidura a termo, ou seja, são nomeados para prazo determinado fixado na lei, não ficando à mercê de critério político do Ministério supervisor, nem da usual condenável prática da descontinuidade administrativa, tão prejudicial às metas que as instituições buscam alcançar. Assim têm eles alguma estabilidade em seus cargos, sobretudo porque são nomeados pelo presidente da república, mas sua investidura depende de aprovação do Senado Federal.

Finalmente a autonomia econômica financeira demonstra que essas autarquias têm recursos próprios e recebem dotações orçamentárias para gestão por seus próprios órgãos, visando aos fins a que a lei as destinou.

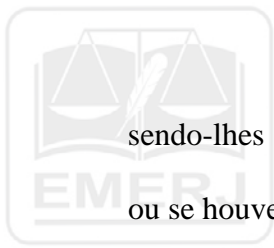
Assim, levando em consideração as características que são inerentes às agências reguladoras, tem-se que estas são essenciais, a fim de resguardar as funções que devem ser exercidas pelas agências reguladoras.

O afastamento do Estado como prestador de serviços, abriu portas para que o setor privado assumisse esse papel, antes exercido pelo poder público. Todavia esse afastamento só se deu no que diz respeito à prestação do serviço, de modo que o Estado passou a regulamentar tais atividades, assumindo o controle e fiscalização dos serviços.

E é exatamente essa a razão das agências reguladoras, serem definidas como autarquias sob regime especial. Assim, as agências passam a ditar normas e exercer a fiscalização e ainda controlar o acesso dos prestadores de serviços públicos. Na verdade, a função reguladora das agências busca dar segurança jurídica para aqueles entes do setor privado, uma vez que aquelas são essencialmente despolitizadas, levando ainda em consideração o fato de que a sua direção, via de regra, é conduzida por pessoa de notório conhecimento do ramo, de conduta ilibada e por serem dotadas de estabilidade dos dirigentes,

---

<sup>10</sup>CARVALHO FILHO, op. cit., p. 474.



sendo-lhes vedado o afastamento *ad nutum*, ou seja, só podem sair pelo término do mandato, ou se houver ação reconhecendo a improbidade administrativa, com trânsito em julgado.

No que diz respeito àqueles que fazem uso dos serviços prestados pelos integrantes do setor privado. Deve ser observada a garantia da continuidade do referido serviço público e ainda a possibilidade de ter um serviço com uma qualidade mínima, uma vez que a prestação desses serviços estaria subordinada às medidas e regulamentações instituídas pelas agências reguladoras.

## **2. O PODER NORMATIVO E A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.**

As características das agências reguladoras foram importadas para o modelo brasileiro de agências reguladoras, dentre os quais, nas palavras de Hely Lopes Meireles<sup>11</sup> destacam-se: a autonomia político-administrativa, autonomia financeira, e o poder normativo.

Essas características são essenciais ao efetivo exercício e efetividade das agências reguladoras, uma vez que sem elas o processo de desestatização instituído pela lei 9491/1997<sup>12</sup> faria com que os administrados ficassem nas mãos das prestadoras de serviços.

Para tanto, foi extremamente necessário que se concedesse às agências reguladoras, determinada carga de autonomia de poder normativo, principalmente no que diz respeito ao processo de elaboração das diretrizes delimitadas pelas agências reguladoras. Conforme mencionado anteriormente, a Constituição só permite a delegação legislativa na hipótese do artigo 68, dessa forma, é necessário destacar que as normas editadas pelas agências reguladoras não podem ser consideradas como leis em sentido estrito, mas sim uma mera regulamentação das matérias em que é destinada a fiscalizar.

<sup>11</sup>MEIRELLES, op. cit., p. 440.

<sup>12</sup>BRASIL. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2016.



Pois bem, a determinação de regime jurídico especial tem por escopo, evitar que as agências reguladoras se tornem reféns de influências políticas, voltando a finalidade de sua atuação para os usuários desses serviços e garantindo estabilidade para os investidores.

Dessa forma, a autonomia político administrativa se confirma na medida em que os diretores, nomeados pelo chefe do Poder Executivo e devidamente aprovados pelo Poder Legislativo estarão sujeitos a um mandato fixo, não superior ao prazo de 4 anos, excedendo ainda o período governamental. Quando nomeados, estes diretores se tornam legitimados de certa estabilidade, ainda que temporária, para poderem exercer suas funções sem se preocupar com pressões políticas.

Essa segurança concedida aos diretores, todavia, não é absoluta na medida em que é possível o afastamento compulsório, após a apuração de falta grave, resguardado o devido processo legal e o contraditório<sup>13</sup>, na forma do artigo 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil. Essa impossibilidade de livre exoneração pelo Poder Executivo, não encontra escopo em uma legislação geral das agências reguladoras, porém, é encontrada em todas as legislações que instituem essas autarquias de regime especial, como exemplo o artigo 26 da Lei 9472/97<sup>14</sup>.

Vale trazer a crítica da doutrina de que essas previsões legais que resguardam o mandato fixo seriam inconstitucionais, assim Hely Lopes Meireles<sup>15</sup> leciona:

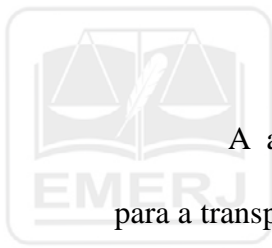
[...] porque tal garantia afronta os princípios norteadores da república e da democracia, pois o chefe do executivo, eleito pelo povo, estaria impedido de exercer com independência as metas e projetos de campanha que o levaram ao poder. Seria na feliz expressão de Celso Antonio Bandeira de Melo, uma fraude contra o próprio povo<sup>16</sup>.

<sup>13</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

<sup>14</sup>BRASIL. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

<sup>15</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 440.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 180.



A autonomia político-administrativa traz ainda, impedimentos que são essenciais para a transparência da função regulatória. Isso porque, impede os diretores exerçam qualquer tipo de função ou serviço às empresas reguladas, inclusive após doze meses do término do mandato, a fim de garantir efetiva transparência e evitar que seja feito uso da máquina pública para benefício próprio, nesse sentido importante fazer menção ao § 1º do artigo 9º da Lei 9472/97<sup>17</sup>.

Quanto à autonomia financeira, cabe anotar que essa tem base na Constituição da República Federativa do Brasil, conforme se depreende do artigo 165, §5º, I, de modo que seu patrimônio é considerado como público. Além da dotação orçamentária geral, constitucionalmente prevista, cabe apontar que a arrecadação de receitas das agências reguladoras, também pode ter origem na cobrança de taxas de fiscalização e regulação, mas também nas participações de contratos. Importante lembrar que não há uma lei “geral” das agências reguladoras, mas a legislação existente aponta essa tendência, conforme se verifica do artigo 49 da Lei 9472/97<sup>18</sup>.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho<sup>19</sup> diz que “a tais agências a lei assegura autonomia de gestão e disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para que possam cumprir suas metas e objetivos institucionais”.

Por fim, Marcos Juruena Villella Souto<sup>20</sup> complementa dizendo que “a agência, com isso, não depende de recursos orçamentários, mas em compensação, se submete à crítica de ser custeada pelo sujeito fiscalizado”.

<sup>17</sup>BRASIL. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

<sup>18</sup>BRASIL. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

<sup>19</sup>CARVALHO FILHO, op. cit., p. 487.

<sup>20</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villella. agências reguladoras, 2003.. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras>> . Acesso em: 07 mai. 2013.



No que diz respeito à competência normativa, é possível concluir que o exercício da função reguladora só é viável se a agência reguladora for detentora de autonomia, capaz de determinar diretrizes para o exercício regulamentar.

As agências reguladoras apresentam características próprias, bem peculiares ao regime administrativo vigente no país. Em que pese a sua criação ter sido feita com base no modelo norte-americano, nem todas as características foram importadas como, por exemplo, a deslegalização, fenômeno que transfere a competência para editar leis de caráter inovador para a agência reguladora, como uma forma de reconhecimento tácito do Poder Legislativo de que a agência reguladora é mais eficiente para determinar regras em suas áreas de atuação<sup>21</sup>.

No Brasil, a característica da deslegalização não foi importada em razão da incompatibilidade com o regramento constitucional que impede a inovação legislativa criada por ente diverso do Poder Legislativo, resguardada exceção prevista no artigo 68 da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>22</sup>. No entanto, o autor Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>23</sup> entende pela possibilidade da ocorrência desse fenômeno como se fosse uma subdivisão da delegação legislativa.

Em que pese o autor acima citado ser vencido no que diz respeito à existência da deslegalização, não se pode negar que esse fenômeno existe, ainda que parcialmente, isso porque possibilita instituir um regramento sublegal, derivado e autonômico (função normativa) para o setor<sup>24</sup>.

Corroborando a tese de possibilidade de deslegalização parcial, Marçal Justen Filho<sup>25</sup> assevera que:

---

<sup>21</sup>TORRES, Ronny Charles Lopes de; BALTAR NETO, Fernando Ferreira. *Sinopse para concursos: Direito Administrativo*. 6. ed., rev., atual., São Paulo: Jus Podium, 2015, p. 96.

<sup>22</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 10 mar. 2016.

<sup>23</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 289.

<sup>24</sup>Ibid., p. 289.

<sup>25</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 668.



Acolher o argumento da impossibilidade de atribuição de competências normativas abstratas para outras autoridades administrativas acarretaria um verdadeiro caos para a atividade administrativa do Estado, pois seria impossível que o Presidente da República concentrasse em suas mãos a competência para editar todos os regulamentos administrativos.

Nessa mesma seara Luis Roberto Barroso<sup>26</sup>, em sua obra, interpreta da mesma forma, sustentando que titularizam, em certos casos, competências para expedir atos administrativos normativos – gênero do qual o regulamento é espécie.

Outrossim, importante trazer à baila o posicionamento jurisprudencial, exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 615.628/DF, de relatoria do Ministro Herman Benjamin<sup>27</sup>, no qual reconheceu a legitimidade do poder regulamentar do CADE:

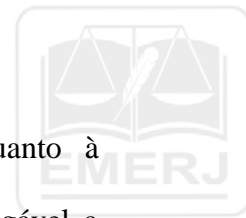
Administrativo. Mandado de segurança. Aplicação de multa pelo plenário do conselho administrativo de defesa econômica. Operação de concentração de empresas. Apresentação tardia de documentos. Termo inicial. Data da efetivação do ato jurídico com eficácia vinculativa. Art. 54 da lei 8.884/1994 e art. 2º da resolução 15/1998 do CADE. Poder regulamentar da autarquia.

No que diz respeito ao referido julgado, esse confirma a possibilidade de regulamentação própria do CADE, inclusive para aplicar sanções de natureza administrativa, visando a regulação da atividade explorada, firmando dessa forma o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, verifica-se que o acórdão reconhece a legitimidade das agências reguladoras para editar atos com o fim específico de regular, orientar e garantir a boa prestação de determinado serviço, principalmente pelo poder regulamentar que lhes é inerente, frise-se, portanto o seguinte trecho do julgado que diz que "Mais do que agente de repressão, o Cade é órgão de prevenção de abusos anticoncorrenciais. Na selva do mercado, como na vida em geral, prevenir danos à concorrência e ao consumidor é melhor, mais barato e eficiente do que remediar".

<sup>26</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Princípio da legalidade: delegações legislativas: poder regulamentar: repartição constitucional das competências legislativas*. Boletim administrativo, v. 13, n. 1 p.23, 1997.

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 615628. Relator Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099815/recurso-especial-resp-615628-df-2003-0215979-3/inteiro-teor-19099816>>. Acesso em 10 mar. 2016.



Dessa forma, em que pese alguns juristas demonstrarem oposição quanto à possibilidade de permanência do caráter normativo das agências reguladoras, é inegável a existência e relevância do poder normativo das agências reguladoras, para a garantia da prestação dos serviços aos administrados.

### 3. O INTERVENCIONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Já foi visto que as agências reguladoras são dotadas de autonomia política, administrativa e regulamentar. Todavia, não se olvida que essa autonomia, ainda que garantida pela lei que cria determinada agência, está claramente submetida ao controle dos demais Poderes da República, principalmente o Poder Executivo e o Judiciário. Assim, o primeiro ponto que leva à efetiva concretização do pensamento esposado acima, é a previsão constitucional do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>28</sup>, que prevê o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Todavia, essa intervenção do Poder Judiciário deve ser ponderada, a ponto de não se mostrar violadora dos preceitos gerais das agências reguladoras a ponto de impedir o efetivo exercício regulatório. Vale trazer à baila o pensamento de Marçal Justen Filho<sup>29</sup> que diz

[...] parte-se da premissa de que as agências são dotadas de competência discricionária, infralegislativa, destinada à adoção de políticas públicas compatíveis com a legislação vigente. Logo, o controle jurisdicional incide sobre a coerência e compatibilidade dos atos praticados pelas agências em face das políticas públicas escolhidas.

Ainda sobre a possibilidade de efetivo exercício do controle por parte do Poder Judiciário, os autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>30</sup> analisam que a interferência do poder judiciário nas agências reguladoras é um reflexo do sistema de freios e contrapesos, como forma de preservação da harmonia entre os Poderes da República.

<sup>28</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 30 mar. 2016

<sup>29</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das Agências Reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 590.

<sup>30</sup>ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:método; 2011, p. 178.



Posto isso, é quase automático o questionamento acerca da possibilidade de o Poder judiciário interferir nas decisões eivadas de caráter discricionário das agências reguladoras. Assim, o papel do poder judiciário no controle de determinados atos, não pode, sob nenhuma circunstância, substituir o mérito das decisões das agências reguladoras acerca das decisões técnicas, de maneira que só cabe ao Poder Judiciário realizar controle de legalidade sobre os atos praticados, sob pena de violar a tripartição dos poderes.

As agências reguladoras, de uma forma geral, precisam de autonomia decisória, que pela regra, deve ser pautada em consultas públicas (demonstrando seu viés democrático), estudos técnicos realizados com o intuito de efetivar uma boa prestação do serviço para o público alvo, dessa forma o judiciário não pode decidir sobre questões técnicas. Nesse sentido ensina o Mestre Marcos Juruena Villela Souto<sup>31</sup>:

O controle dos atos regulatórios deve viabilizar o funcionamento independente do agente regulador, cujo critério de atuação é informado por outras ciências e não apenas pelo Direito, essa tecnicidade nas ponderações, atendendo a padrões universais já experimentados pelas ciências e pela prática comercial e tecnologia, confere segurança jurídica aos investimentos.

Portanto, é claro que a intervenção do poder judiciário não pode ser tamanha a ponto de prejudicar o bom funcionamento da atividade regulatória, até porque, as decisões tomadas pelas agências, possuem participação popular ativa, na medida em se prevê a possibilidade de consulta pública e audiência pública, instrumentos esses que denotam verdadeiro “movimento de democratização”<sup>32</sup> das referidas agências.

Importante ressaltar que essa essência democrática das decisões tem base legal, como por exemplo, no artigo 42 da lei 9472/1997<sup>33</sup>. Esse viés democrático é o ponto que justifica inclusive a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos diretores, ou seja, estes possuem mandato fixo, não podendo ficar a mercê de vontades políticas, ainda que seja órgão

<sup>31</sup> VILELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, p. 382.

<sup>32</sup> ALEXANDRINO, op. cit. p. 180.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2016.

vinculado ao Poder Executivo, ressaltando ainda mais o fato de que o exercício de suas atividades são voltadas, quase que exclusivamente para os usuários dos serviços.

Nesse sentido é válido trazer o entendimento de Marcelo Alexandrino<sup>34</sup>:

Essa democratização da administração é de fato louvável e contribui significativamente para conferir legitimidade à atuação das agências reguladoras. A realização obrigatória de consulta ou audiênciapública prévia, de preferência com a obrigatoriedade de que agência se manifeste sobre cada crítica ou sugestão recebida, representa uma grande ampliação da participação popular nos procedimentos normativos e decisórios da administração pública.

Há de se observar que a democratização das decisões encontra respaldo no brocardo “o poder emana do povo”, portanto, tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Executivo, ao se imiscuírem de maneira a violar determinado preceito, estaria ferindo de morte a legitimidade democrática nas escolhas das agências, por parte do Poder Executivo e o princípio da separação dos poderes por parte do Poder Judiciário.

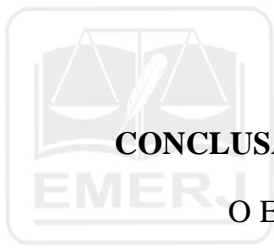
Nesse sentido, veja o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, através do AgRg na SLS 1.266/SP, de relatoria Ministro Ari Pargendler<sup>35</sup> consignou que “até prova cabal em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel”.

Dessa forma, pelo entendimento jurisprudencial majoritário, o Poder Judiciário deve se pronunciar quando houver ameaça ou lesão a direito. Contudo. Esse controle encontra limites constitucionalmente previstos, tais como o limite implícito pelo princípio da legalidade, de modo que a intervenção deverá sempre respeitar a legitimidade do ato administrativo praticado pela agência reguladora, devendo o controle do Poder Judiciário ser feito preferencialmente sobre a legalidade dos atos.

---

<sup>34</sup>ALEXANDRINO, op.cit. p. 199.

<sup>35</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2016.



## CONCLUSÃO

O Estado por muito tempo concentrou a prestação de determinados serviços voltados para a população, no entanto, essa prestação ao longo do tempo mostrou-se insuficiente de tal modo que o Estado se viu obrigado a conceder determinadas atividades para a iniciativa privada. Para tanto, o ente estatal ao fazer a concessão para o particular, não pode se afastar completamente da prestação desses serviços, de maneira que caberá ao ente estatal organizar e ditar as regras que deverão ser seguidas pelos concessionários. Nesse sentido, as agências reguladoras são criadas com o fim de ditar regras, estabelecer padrões e fiscalizar os serviços prestados, evitando que interesses individuais prevaleçam sobre o interesse público.

A necessidade de fiscalização dos serviços outrora concedidos pelo ente estatal demanda, além da criação das agências reguladoras, o fornecimento de instrumentos para essas autarquias em regime especial. Destaca-se então a imperiosa necessidade de autonomia financeira, política e administrativa, como forma de desvincular a agência reguladora de influências políticas e econômicas.

Todavia, em que pese a existência da autonomia que permeia as agências reguladoras, se destaca a presença do poder normativo nessas autarquias em regime especial, que é elemento essencial para a efetiva atuação das agências reguladoras, uma vez que pelo poder normativo, que ressalte-se não se trata de violação ao estrito princípio da legalidade vinculado no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sendo as agências reguladoras ferramentas criadas para ditar normas, regras e efetivar a fiscalização pelos serviços concedidos à iniciativa privada, utilizando-se de sua autonomia nos mais diversos aspectos, inclusive no tocante à autonomia normativa fica nítida que para o pleno exercício da atividade regulatória, que se evite a interferência dos poderes nessa atividade. Não se nega a possibilidade de controle jurisdicional nos atos regulatórios, todavia, a jurisprudência, bem como a doutrina majoritária entende que não se deve interferir



nas decisões de cunho técnico das agências reguladoras, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

Por tais razões a atividade das agências reguladoras é de extrema importância para a atual sistemática dos serviços públicos submetidos à prestação pela iniciativa privada e a interferência dos poderes de maneira a se preservar a limpidez da atividade regulatória.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 23 ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: método: 2015.

\_\_\_\_\_, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: método: 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Princípio da legalidade: delegações legislativas: poder regulamentar: repartição constitucional das competências legislativas. *Boletim administrativo*, Rio de Janeiro, v. 13; n.1, jan. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 615628. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099815/recurso-especial-resp-615628-df-2003-0215979-3/inteiro-teor-19099816>>. Acesso em 10 mar. 2016.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Silvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das Agências Reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 31 ed. São Paulo. Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*, 2003. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras>>. Acesso em: 07 mai. 2013.

TORRES, Ronny Charles Lopes de; BALTAR NETO, Fernando Ferreira. *Sinopse para concursos*: Direito Administrativo. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Jus Podium, 2015.

VILELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris.

## MEDIDA DE SEGURANÇA E PSICOPATIA

Clarisse Tavares de Lira Gondin da Fonseca

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O Código Penal vigente não trata de maneira explícita acerca do tratamento dispensado aos portadores de psicopatia. Somado a isso a dificuldade de conceituação dessa por parte da psiquiatria é fator contribuinte para esse vácuo. Cada vez mais se percebe o anacronismo do modelo brasileiro de medida de segurança, especialmente no tocante aos psicopatas e seu tratamento. A essência do trabalho é abordar essas questões, verificar a relevância de cada uma, promover o enquadramento do portador de psicopatia no Direito Penal e apontar de que maneira a reforma do sistema penal poderia trazer benefícios à sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Medida de segurança. Psicopatias.

**Sumário:** Introdução. 1. Psicopatias e a luta antimanicomial. 2. Tratamento dispensado às Psicopatias pelo Direito Penal. 3. Anacronismo do modelo brasileiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a tratar da função da medida segurança e a importância de atualização legislativa acerca da matéria, mormente no tratamento dispensado a pessoas com psicopatia.

A capacidade de culpabilidade dos psicopatas não é tema pacífico no país, sendo certo que o Código Penal nada disciplinou acerca da matéria, inclusive quanto a sua existência. Pode-se dizer, contudo, que um dos fatores para essa omissão legislativa é a incongruência da própria psiquiatria.

A despeito disso, a psicopatia recebeu consideração no item 19 da Exposição de Motivos do Código Penal em vigor, no qual se buscou disciplinar a responsabilidade penal dos “fronteiriços”, dentre eles: o psicopata.

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal – com o item 22 da Lei n. 7.209/1984, houve apenas alteração do modo de cumprimento da medida de segurança e a



previsão dos de que aos “fronteiriços” com quadro mórbido seria necessária a imposição de medida de segurança.

Neste espeque, a imputabilidade penal possui estreito vínculo com a esfera de liberdade do indivíduo, na medida em que a culpabilidade implica em cada caso concreto, a capacidade e a possibilidade de o agente agir em respeito à norma penal, ou seja, é imputável aquele que atua contra a norma quando podia ou devia atuar de outra maneira, evitando a conduta proibida.

Para melhor elucidação da questão, no primeiro capítulo será traçado o perfil do psicopata com suas características, bem como se o movimento da luta antimanicomial é medida eficaz para a cessão de sua periculosidade.

Após será indagado e respondido se essa patologia é capaz de suprimir ou reduzir a capacidade de entendimento ou de determinação do indivíduo em face do comando da norma penal e se o agente psicopata é imputável ou não, com vistas a evitar decisões judiciais temerárias e incoerentes e buscar a tutela efetiva do Direito Penal e o respeito a seus escopos, o que será realizado no segundo capítulo.

Objetiva-se discutir o anacronismo do modelo de medida de segurança adotado no Brasil, especialmente no tratamento dispensado às Psicopatias. Constata-se faticamente uma ineficácia do *ius puniendi* estatal no tocante ao tratamento diferenciado quando do reconhecimento de infratores que se demonstrarem também diferenciados, de molde a possibilitar a correta individualização da sanção penal. Portanto, no terceiro capítulo, será abordada a possibilidade de adoção de medidas no Direito Penal brasileiro com o fito de promover enquadramento do portador de psicopatia e de que maneira a reforma do sistema penal poderia trazer benefícios à sociedade brasileira.

A pesquisa que se pretende realizar utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.



## 1. PSICOPATIA - PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A TERMINOLOGIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO PENAL

A palavra “Psicopatia”<sup>1</sup> refere-se ao significado corrente do termo na psiquiatria atual, ou seja, descrição de um tipo de transtorno de personalidade caracterizado por distúrbios de conduta crônicos, falta de sentimentos de culpa, tendência à manipulação, atuação e outros. Cuida-se, portanto, do conceito de psicopatia descrito na Classificação Internacional de Doenças sob o nome de Personalidade Anti-Social.

Apesar de hoje em dia no Brasil ser adotado o conceito mencionado, é certo que a literatura a respeito do tema é bastante confusa, posto que recentemente, apenas, o transtorno teve seus contornos melhor definidos, como ser verá ao longo desta exposição.

A título de curiosidade, por um bom tempo a conceituação do transtorno era “associada ou mesmo misturada” aos conceitos como personalidade anti-social e delinquência.

Outrossim, psiquiatras rotineiramente empregavam termos pouco precisos e carregados de julgamentos valorativos para sua conceituação, tais como: insinceridade, intolerância à frustração, “uso dos outros como objetos”.

Muitos defendem<sup>2</sup> a opinião da ineficácia dos diferentes métodos terapêuticos quando aplicados ao tratamento do psicopata, mas não há também na literatura estudos de seguimento que comprovem isto.

A falta de base empírica em torno da etiologia da psicopatia não impede, contudo, que atuantes na assistência psiquiátrica criem ou mesmo organizem projetos como organização de hospitais especializados em toxicômanos, que “atraem” muitos casos de psicopatia, o que acontece, diga-se de passagem, com o Sistema Penal quando da aplicação de

<sup>1</sup> CID-10. *Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde*, 10ª Revisão, São Paulo: USP, 1995.

<sup>2</sup> SILVA. Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008, p.89.



medidas de segurança, o que, muitas vezes, numa responsabilidade quanto ao tratamento, que eventualmente deveria promover a recuperação com a consequente alta, o que raramente ocorre.

Então, inicialmente convém discutir a evolução do conceito e como ele adquiriu as características atuais.

Voltando ao tempo, mais precisamente na Idade Média e Início do Período Moderno<sup>34</sup>, em período anterior à existência da psiquiatria como ramo da medicina, predominou a concepção “demonológica” da doença mental.

Porém, a medicina psicológica medieval e pré-moderna era de orientação biológica e não demonológica, baseada inclusive em tratamento humanitário do doente mental.

Na época as doenças mentais eram divididas em dois grandes grupos, a saber: *natural fools and idiots e non compos mentis*, correspondendo o primeiro à deficiência mental e o último à doenças mentais de um modo geral. No entanto, não foi encontrado em estudo das descrições apresentadas qualquer caso que se assemelhasse à psicopatia, sendo que o ponto de partida dos conceitos sobre psicopatia ou mesmo sua tentativa não estão no início do século XIX.

A classificação internacional de doenças da OMS baseada na 9ª Conferência de Revisão, em vigor define a partir de janeiro de 1979, a categoria em estudo sob o número 301.7 dentro do capítulo de Transtornos da Personalidade.

Essa classificação é realizada por meio da participação de representantes de diversos países do globo e diferentes correntes psiquiátricas é, na verdade, uma mistura de conceitos, uma vez que abarca o conceito germânico (abrangente) “sofrer e fazer sofrer” e formulações a respeito da esquizodia.

---

<sup>3</sup> CORDEIRO, J. C. Dias. *Psiquiatria Forense*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 150-235.

<sup>4</sup> PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de Psiquiatria Forense: Civil e Penal*. São Paulo: Atheneu, 2003, p. 366-478; 503-511.

Diante disso, tem-se que na verdade o conceito é de caráter heterogêneo, correspondendo ao modelo anglo-saxônico, bem aceito na Psiquiatria Atual<sup>5</sup>.

Valendo-se do trabalho de Henry Werlinder *Psychopathy: A history of concepts*, pesquisa histórica profissional, é possível afirmar que a primeira referencia encontrada quanto à síndrome semelhante ao conceito atual de psicopatia foi na obra de Benjamin Rush (*The Influence of Psychal Causes upon the Moral Faculty* - 1786), descrito em apertada síntese como *moral derangement* (desarranjo mental).

Outra referência apontada é de Pinel. Para ele existiam cinco categorias nosológicas: melancolia, mania sem delírio, mania com delírio, demência e idiotismo, sendo que a maioria dos autores assinalava que a segunda categoria seria na verdade a primeira descrição da psicopatia.

A despeito disso, a categoria apontada por Pinel era demasiadamente abrangente se comparada com a nosologia atual e também abarcava os casos de esquizofrenia e neuroses.

Em que pese, “mania sem delírio” de Pinel acresceu às quatro categorias clássicas de doença mental apresentada por Hipócrates: mania, melancolia, paranoia e epilepsia, sendo colocada dentro da nosologia da concepção de doença mental sem comprometimento intelectual.

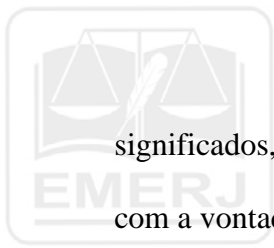
Deve-se atentar para o fato de que os termos mania, melancolia, delírio e outros possuíam significados diversamente diferentes dos atuais.

James Cowles Prichard<sup>6</sup>, influenciado por Pinel, escreveu o livro *A Treatise of Insanity* no qual não aceitava a doença mental sem comprometimento intelectual. Com base no conceito dele de *moral insanity* atribui-se uma das primeiras delimitações envolvendo o conceito de psicopatia. Na época de Prichard, o termo moral prestava-se a três outros

---

<sup>5</sup> QUÉTEL, Claude. *História da Loucura da Antiguidade à Invenção da Psiquiatria*. V. 1. Lisboa: Texto & Grafia, 2014, cap.1-2.

<sup>6</sup> Ibid.



significados, a saber: ético, relativo a paixões ou sentimentos ou envolvendo paixões junto com a vontade, correspondendo o último ao termo “moral insanity”.

No século XIX a Psiquiatria adquiriu caráter organicista, o que é bem ilustrado com a afirmação de Wilhelm Griesingner, na Alemanha, no sentido de que todas as doenças mentais são doenças do cérebro. Com isso, os psiquiatras passaram a concentrar seus trabalhos nas doenças mentais associadas com quadros clínicos “evidentes”, ou seja, àqueles em que se tinha “certeza” de que descobririam substratos anátomo patológicos.

Após, os conceitos de “loucura moral” e “mania sem delírio” passaram a ser enquadrados na Teoria da Degeneração, fundado na “herança polimórfica”, isto é, uma carga genética poderia produzir doenças mentais diferentes ao longo de gerações, contrariando o postulado de que o “semelhante gera o semelhante”, sendo, portanto, base para teorias a respeito da hereditariedade.

De acordo com as teorias da degeneração, portanto, o homem inicialmente sadio foi adquirindo aspectos doentios que por sua vez passariam para as gerações seguintes através da herança genética, sendo certo que a cada geração a doença se acentuava mais e mais até a morte “do último elemento” dessa “cadeia”. A importância destas teorias no presente trabalho é de que a categoria de “folie morale” (idiotia profunda), última linha da cadeia, abarcava casos semelhantes ao psicopata atual.

Lombroso<sup>7</sup> – considerado como Pai da Criminologia, na Itália, por sua vez procurou dar explicações biológicas para o crime na Teoria do “delinquente nato”. Nessa visão, o delinquente seria um ser inferior com centros nervosos superiores mal desenvolvidos e com série de inibições e controles morais peculiares ao do homem médio, fruto de influências atávicas, isso é, regressão hereditária a estágios mais primitivos da evolução, levando-se em conta a teoria evolucionista de Charles Darwin.

---

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal I*, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.103



Para ele: “Na realidade, para os delinquentes-natos adultos não há muitos remédios; é necessário isolá-los para sempre, nos casos incorrigíveis, e suprimi-los quando a incorrigibilidade os torna demasiado perigosos”.

O autor restringiu sua pesquisa à caracterização e dedução de tendências criminosas conforme a figura do delinquente, focando a análise empírica de diferentes fatores: composição física (como fisionomia, sensibilidade, agilidade, sexualidade, tatuagem, peso e idade), anomalias cranianas, composição biológica (como hereditariedade, reação ética) e psicológica (como senso moral, inteligência, vaidade, preguiça e astúcia).

Apesar disso, ao se aprofundar nos estudos, Lombroso ampliou sua teoria, fundamentando a potencialidade delitiva de forma complexa e variável, como bem observado por Cezar Roberto Bitencourt, em seu livro “Tratado de Direito, Penal Parte Geral”, 2013, p. 104:

Ao longo dos seus estudos foi modificando sucessivamente a sua teoria (atavismo, epilepsia, loucura moral). Em seus últimos estudos, Lombroso reconhecia que o crime pode ser consequência de múltiplas causas, que podem ser convergentes ou independentes. Todas essas causas como ocorre com qualquer fenômeno humano, devem ser consideradas, e não atribuir causa única. Essa evolução no seu pensamento permitiu-lhe ampliar sua tipologia de delinquentes: a) nato; b) por paixão; c) louco; d) de ocasião; e) epilético<sup>8</sup>.

No final do século XIX, perdurava discussão quanto à possibilidade de uma deficiência moral sem uma concomitante deficiente intelectual.

O Manual da Sociedade Americana de Psiquiatria (DSM-IV) chama de psicopatas transtornos da personalidade e os conceitua como “um padrão duradouro de comportamento e experiência interior que difere bastante das expectativas do ambiente cultural do indivíduo, que é dominador e inflexível, que tem início na adolescência ou na juventude, que se mantém estável ao longo do tempo e que causa sofrimento e dificuldades”.

No Brasil, na verdade, não há um acordo quanto aos tipos de personalidades psicopáticas. Isso porque é difícil sua classificação, pois a maioria dos casos clínicos

---

<sup>8</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 104.



apresenta aspectos descritos em mais de um dos tipos de transtornos específicos da personalidade mencionados na CID-10 adotada, a saber: personalidade paranóica, esquizóide, dissocial, com instabilidade emocional, histriônica, anancástica, ansiosa (esquiva), dependente e outras.

O diagnóstico de psicopatia tem importância médico-legal na medida em que permite enquadrar ou não o agente no art. 26 do Código Penal.

## **2. TRATAMENTO DISPENSADO ÀS PSICOPATIAS PELO DIREITO PENAL**

Com vistas a realizar o psicopata no Direito Penal do Brasil, faz-se imperioso enquadrá-lo – Seria o Psicopata imputável ou semi-imputável ou até mesmo, inimputável? Para tanto, será realizada, a seguir, análise dos referidos conceitos e requisitos para sua configuração.

O Direito Penal Brasileiro se perfilhou à Teoria Tripartida do Crime, que concebe autônomas três categorias do delito: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, tratando-se de três categorias comuns a todos os delitos – sistema de categorias sequenciadas que é analisado “passo-a-passo”. Isso posto, só se analisa antijuridicidade de uma conduta já aferida como típica. Configurado o injusto, integrado pela conduta típica e antijurídica, passa-se à análise da culpabilidade.

Nos dizeres de Fernando Galvão<sup>9</sup>:

Por meio dos juízos de tipicidade e ilicitude, a conduta humana (comissiva ou omissiva) é analisada sob o enfoque da violação ao bem jurídico e, constatada a existência de conduta punível, é no juízo de culpabilidade que se verifica a possibilidade de censurar o indivíduo que a praticou. A culpabilidade é o último elemento do conceito analítico do delito, no qual se realiza a conduta proibida. A reprovação jurídico-penal pressupõe que o sujeito poderia ter atuado de outra maneira quando praticou o fato típico e jurídico.

---

<sup>9</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. Saraiva, Rio de Janeiro, 2013 p. 409.

Integram a culpabilidade os seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade pode ser explicada à luz de três critérios, a saber: biológico, psicológico ou biopsicológico ou misto.

O critério biológico reside na aferição da doença mental ou no desenvolvimento mental incompleto ou retardado do agente.

Por outro turno, segundo o critério psicológico é necessário saber se o agente era ao tempo da ação ou da omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento.

Já para o critério biopsicológico: para se concluir pela inimputabilidade do agente não basta tão somente a aferição da doença mental, como sugere o primeiro critério, mas também se o agente se encontra na situação mencionada no critério psicológico. Ou seja, no critério biopsicológico, há adoção dos dois primeiros critérios simultaneamente.

À luz do artigo 26, caput, do Código Penal vigente, pode-se afirmar que foi adotado o último critério mencionado.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Frise-se que em caso de comprovação da total inimputabilidade do agente, deverá ele ser absolvido nos termos do inciso V do art. 386 do Código de Processo Penal<sup>10</sup>.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:  
I - estar provada a inexistência do fato;  
II - não haver prova da existência do fato;  
III - não constituir o fato infração penal;

---

<sup>10</sup> BRASIL, *Decreto-lei n. 2848-7-12-1940*. Código Penal Brasileiro.

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

III - aplicará medida de segurança, se cabível.

Fixadas essas premissas, pode-se conceituar a imputabilidade.

A imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra e a inimputabilidade, exceção.

Para que o agente possa responder ao delito praticado, indaga-se ele é imputável, se possui a potencial consciência da ilicitude (possibilidade de conhecimento do ilicitude) e a exigibilidade de conduta diversa.

Para análise da imputabilidade, como já visto, deve-se adotar o critério misto.

A potencial consciência da ilicitude perquire se o agente que perpetrou o injusto, já qualificado como imputável, tinha a possibilidade de conhecer a ilicitude da sua conduta.

E a na exigibilidade de conduta diversa que se deve avaliar – à luz do caso concreto, as circunstâncias que envolveram a prática do injusto penal, ou seja, se o agente tinha possibilidade quando da prática da ação ou omissão de agir de acordo com o Direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana. Para tanto, cabe ressaltar que a possibilidade, ou não, de se pautar conforme o Direito varia de pessoa para pessoa – uma vez que cada indivíduo possui sua particularidade e é único na sua personalidade – como por exemplo: umas possuem capacidade limitada, ao passo que outros não; algumas possuem mais instrução e outras não.

Nesse sentido, de acordo com as lições de Zaffaroni<sup>11</sup> “em última análise, todas as causas de inculpabilidade são hipóteses em que não se pode exigir do autor uma conduta conforme o direito”.

Se a conduta punível, então, puder ser evitada, não haverá que se falar em justificativas para a violação do bem jurídico e quem praticou deverá ser responsabilizado.

Com vistas a facilitar então a análise desta possibilidade ou não de atuação (ou omissão) adota-se o critério do “homem médio”, isto é, critério fixado com base no direito natural que deveria dar conformação normativa a única e correta ordem política e social<sup>12</sup>, conceito que será explorado no próximo item desta exposição.

Considerando que a reprovação da conduta da pessoa física está ligada ao critério de exigibilidade de conduta diversa, sempre que for inexigível do indivíduo outro comportamento, será excluída a reprovação jurídica.

Atualmente a doutrina reconhece ser possível a exclusão da responsabilidade nos casos de: inexigibilidade de outro comportamento – casos de incapacidade psíquica; incompreensão da ilicitude do fato; colisão de deveres; coação irresistível; obediência à ordem de superior hierárquico e estado de necessidade.

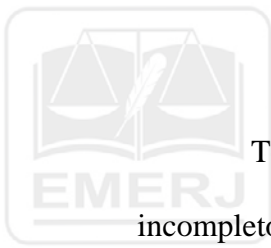
Impende destacar que outras hipóteses poderão ser adicionadas a esse rol, uma vez que a inexigibilidade trata-se de princípio geral de Direito.

A imputabilidade é o primeiro passo para o exame do juízo de reprovação pessoal. Imputar é atribuir algo a alguém – em outras palavras: pressupõe a capacidade de culpa do sujeito, de ser penalmente responsável pelo injusto penal cometido, ou seja, baseia-se na capacidade do agente de entender e querer praticar o delito.

---

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

<sup>12</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 17-24.



Tem-se como causas da inimputabilidade: a doença mental; desenvolvimento mental incompleto; desenvolvimento mental retardado.

A aferição da inimputabilidade deve ser realizada por meio de perícia psiquiátrica, exame que poder ser determinado de ofício pelo juiz, requisição do Ministério Público; requerimento do curador; ascendente; descendente; irmão ou cônjuge do acusado.

No tocante ao menor de dezoito anos, a inimputabilidade tem assento na Constituição da República no art. 228, sendo certo que o artigo 22 do Código Penal está no mesmo sentido.

### 3. ANACRONISMO DO MODELO BRASILEIRO

A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 prevê que a pena deve ser executada de forma individualizada. Ocorre que, na prática, algumas diferenças individuais são desprezadas, o que gera diversas distorções. Uma delas é a negligência com relação aos criminosos psicopatas. Como já demonstrado, o atual Código Penal também não trata do tema.

Outrossim, não raras vezes os meios de comunicação noticiam o tratamento igualitário de pessoas com personalidades e condutas absolutamente díspares na seara penal, bem como a precária estrutura das penitenciárias como fator contribuinte para o esquecimento do Princípio da Individualização da pena.

De acordo com Jean Jacques Rousseau<sup>13</sup>, a liberdade natural do homem caracteriza-se por ações tomadas pelo indivíduo com o objetivo de satisfazer seus instintos, isto é, com o objetivo de satisfazer suas necessidades. O homem neste estado de natureza desconsidera as consequências de suas ações para com os demais, ou seja, não tem a vontade nem a obrigação

---

<sup>13</sup> SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. *A noção de liberdade no Emílio de Rousseau*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v28n1/29409.pdf>> Acesso em: 08 mar. 2016.

de manter o vínculo das relações sociais e o homem realmente livre faz tudo que lhe agrada e convém, basta apenas deter os meios e adquirir força suficiente para realizar os seus desejos.

Acrescenta o ilustre filósofo que quando ao perder uma disputa com indivíduos do grupo, o sujeito não consegue exercer sua liberdade e que o homem selvagem viveria isolado, sendo que a partir do isolamento o homem adquiriu qualidades como amor de si mesmo e a piedade.

Adotando-se essa visão, é possível fazer defesa da função ressocializadora da pena. Disso resulta que qualquer que seja o crime cometido pelo indivíduo, agente, por mais cruel que seja, a penalidade não se presta à puní-lo ou segregá-lo, mas sim para que ele se purifique das péssimas influências sociais e morais e viva em harmonia com os ditames sociais regentes do núcleo social em que se encontra inserido.

No entanto, para que a ressocialização seja de fato viável e eficaz, principalmente eficaz, ela depende umbilicalmente da vontade do condenado. E aqui surge a seguinte indagação: e os criminosos que, ao longo de existência, nunca se arrependem? Bom, não há resposta a essa pergunta, mas é possível afirmar que não há política criminal adequada na realidade brasileira que se preste à ajuda desses.

No que tange às medidas de segurança, o Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup>, após árduos debates doutrinários e jurisprudenciais entendeu que não importa a periculosidade do agente que cumpre medida de segurança, pois essa tem duração máxima de trinta anos, prazo definido como tempo máximo de duração de cumprimento de pena privativa de liberdade. Mas aqui se indaga, a título de reflexão: e após o transcurso deste período, quem será responsável por promover a ressocialização do indivíduo?

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 98.360. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 04 abr. 2016.



No tocante aos portadores de psicopatia, não há tratamento reconhecidamente eficaz, mas uma coisa é certa: os psicopatas requerem atenção especial, levando-se em consideração as características deste transtorno mental.

Decerto, não somente aos psicopatas, é necessária reestruturação do nosso sistema com vistas a realizar acompanhamento psiquiátrico dos condenados, bem como aos que cumprem medida de segurança, durante e após a segregação, para que se possa trata-los de acordo com as suas peculiaridades. Neste ponto, impede frisar que não valem também os esforços envidados na Luta Antimanicomial promovida pelo sistema vigente se não são fornecidos subsídios para que o indivíduo, após internação, se ressocialize e se reestruture.



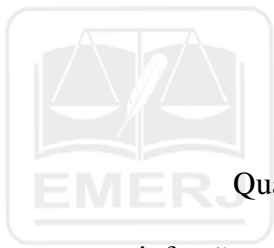
## CONCLUSÃO

A vida em sociedade obriga o homem a se submeter a normas de conduta de modo a impedir que a convivência social se torne caótica. A desobediência às normas, se generalizada, tornaria impossível a coexistência das pessoas no seio da sociedade, haja vista que a cada instante os conflitos de interesses levariam os indivíduos a disputarem somente por meios violentos.

Neste espeque, deve-se lembrar da importância da educação para o desenvolvimento da personalidade de cada cidadão. Isso porque é ela que, ao longo da vida, ensina o que é permitido fazer e não fazer, assim a noção do que é certo e errado vai permeando e balizando a conduta.

Com a violação das normas morais há rejeição do indivíduo perante o grupo, que o tem como rebelde. Para o indivíduo “médio” isso já é suficiente para a moderação da conduta. No entanto, não é possível deixar ao arbítrio individual a obediência das normas morais. A simples rejeição social para algumas pessoas não é suficiente para implementar a aceitação e prática dos princípios da moral. Daí advém a necessidade de força do poder do Estado para que seja garantida a conduta adequada das pessoas. É o Estado que edita normas de conteúdo semelhante – normas jurídicas – que constituem comando imperativos a serem obedecidos, sob pena de advir ao infrator punição mais severa.

As normas jurídicas regulam a maior parte das relações humanas, sendo certo que algumas abrangem comportamentos que interessam a todo o corpo social, por sua repercussões, ao passo que outras dizem respeito apenas à vida privada de cada indivíduo. A violação de uma norma penal constitui um ilícito penal, já a violação de norma civil, um ilícito civil e qualquer que seja a norma violada, o Estado submete o transgressor a uma sanção proporcional à transgressão da ordem jurídica com a aplicação de uma punição.



Quando se está diante da violação de norma penal, pode-se dizer que, como se trata de infração mais grave, pois ameaça a sociedade como um todo, há reação mais enérgica do aparelho repressor através das penas de reclusão, detenção ou prisão simples do infrator.

Para que alguém seja privado de liberdade por ter cometido um ilícito penal é preciso que se inicie um processo em que serão esclarecidos vários aspectos, desde autoria à culpabilidade.

Todavia, na sociedade existem pessoas que cometem delitos sem saber o que fazem ou mesmo por que o fazem, o que constitui um problema para a sociedade. Essa incapacidade de entendimento que propicia o crime, faz também com que o agente, se punido, não entenda o “porquê” da pena aplicada, o que tira da medida punitiva um de seus alicerces de intimidação e correção.

Como consequência, a sociedade torna-se vulnerável diante de indivíduos, que não apenados, podem voltar a delinquir, pois suas condições mentais criminógenas permanecem. Em virtude disso surgem as medidas de segurança, como forma de conciliar o interesse social de segurança com o tratamento justo a esses delinquentes.

Enquanto o fundamento da pena é a culpabilidade por excelência, na medida de segurança o fundamento é a periculosidade.

À guisa de todo exposto, o psicopata deve ser considerado um semi-imputável, haja vista não possuir total consciência das atitudes tomadas, enquadrando-se assim no parágrafo único do art. 26 do Código Penal, que propõe a redução da pena aplicada ou substituição da mesma pela medida de segurança.

Mas caso a medida de segurança seja aplicada a eles, não haveria que se falar em prazo indeterminado, a despeito da dificuldade da cura da psicopatia, pois caso assim fosse, haveria distorção do instituto e o psicopata criminoso permaneceria “enjaulado” por prazo não

sabido ou mesmo de forma perpétua. Com isso a sanção não seria então uma medida de segurança, mas pena privativa de liberdade sem prazo máximo de duração.

Logo, conclui-se que a medida de segurança aplicada aos psicopatas é um dos meios adequados para o seu tratamento e ressocialização, mas para tanto, é imperiosa a releitura do instituto e sua adequação, principalmente à luz do caso concreto, e sempre com atenção ao diagnóstico da psicopatia.

Merece destaque, por fim, a necessidade de positivação da situação especial dos psicopatas no Código Penal.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Monteiro de. *Direito Penal: parte geral*. 7 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal I*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, *Decreto-lei n. 2848-7-12-1940*. Código Penal Brasileiro.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 98.360. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 04 abr. 2016.

CID-10. *Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde*, 10ª Revisão, São Paulo: USP, 1995.

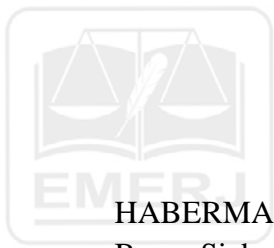
CORDEIRO, J. C. Dias. *Psiquiatria Forense*. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 5. ed. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 1998.

FOUCALT, Michel. *História da Loucura na idade clássica*. Coleção Estudos. Direção: J. Guinssburg. 3. ed. Estudos 61. São Paulo: Perspectiva, 1993.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. Saraiva, Rio de Janeiro, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.



HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. Arts. 1º ao 120 do CP. 26 ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

MORANA, H. Escala Hare PCL-R: *Crítérios para Pontuação de Psicopatia Revisados*. Versão brasileira. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de Psiquiatria Forense: Civil e Penal*. São Paulo: Atheneu Editora, 2003.

PATARO, Oswaldo. *Medicina legal e prática forense*. São Paulo: Saraiva, 1996.

QUÉTEL, Claude. *História da Loucura da Antiguidade à Invenção da Psiquiatria*. v. 1. Lisboa: Texto & Grafia, 2014.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. *A noção de liberdade no Emílio de Rousseau*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v28n1/29409.pdf>> Acesso em: 08 mar. 2016.

SCHINEIDER, K. *Las Personalidades Psicopáticas*. Madrid: Morata, 2 ed, 1939.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

## USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Claudia Rodrigues Almeida de Azevedo  
Graduada pela Universidade Santa Úrsula e  
Pós-Graduada pela Fundação Getúlio  
Vargas - Direito Rio. Advogada.

**Resumo:** Este artigo enfoca a análise do novo instituto da Usucapião Extrajudicial trazida pelo novo Código de Processo Civil que com base no artigo 1.071, acrescenta à Lei de Registros Públicos, Lei n. 6.015/73 o artigo 216-A, que regula o procedimento da usucapião a ser requerida perante o oficial de registro de imóveis. O objetivo do trabalho é trazer uma abordagem crítica sobre a possibilidade de conversão da legitimação de posse em propriedade por usucapião extrajudicial sem a necessidade de interveniência do Ministério Público como fiscal da lei tal qual se exigia no diploma anterior.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Usucapião Extrajudicial. Função social da propriedade e da segurança jurídica. Ministério Público.

**Sumário:** Introdução. 1. O novo instituto da usucapião extrajudicial e suas características. 2. Princípio constitucional da função social e da segurança jurídica como balizador da efetividade da usucapião. 3. Críticas ao novo instituto da usucapião extrajudicial quanto a dispensa do Ministério Público como fiscal da lei. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o novo procedimento extrajudicial para a usucapião de bens imóveis regulado pelo novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15 em seu art. 1.071, que altera a Lei de Registros Públicos.

A relevância do assunto advém do surgimento de um novo modelo de procedimento para tramitação da usucapião que é o extrajudicial e visa à celeridade e desembaraço do instituto.



O estudo analisará os aspectos mais importantes que tangenciam a questão, mormente a exclusão do Ministério Público como *custos legis*, que era obrigatório nas ações de usucapião até então.

No primeiro capítulo será analisado o que ocorrerá com a implementação do novo procedimento que é a desjudicialização do direito com o deslocamento de competências do Poder Judiciário para órgãos extrajudiciais - serventias notariais, atribuindo a estes soluções de questões em que há consenso e disponibilidade de direitos envolvidos com o objetivo de agilizar a atividade jurisdicional.

Outro ponto que será analisado é que será imprescindível a presença de um advogado acompanhando o requerente na lavratura da ata notarial e toda a questão prática que envolverá o novo procedimento.

No segundo capítulo serão apresentados os princípios da função social da propriedade e o da segurança jurídica que é entendida por Clóvis Couto e Silva como sendo um princípio que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva que é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado e diz respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada – estabilidade das relações jurídicas - e outro de natureza subjetiva que a proteção à confiança, como balizadores da usucapião.

Atualmente o princípio da segurança jurídica é qualificado como princípio constitucional na posição de subprincípio do Estado de Direito, é valor constitucional.

O cerne desse trabalho é analisar a dispensa da intervenção do Ministério Público como *custos legis* o que era obrigatório nas ações declaratórias de usucapião. A intervenção do Ministério Público, na ação de usucapião até então proposta, é obrigatória, nos termos do art. 944 do Código de Processo Civil de 1973, sendo imprescindível, sob pena de nulidade, nos termos do art. 246 do mesmo diploma legal, sua intimação de todos os atos do processo, o que será analisado no terceiro capítulo.



A usucapião é de interesse público e em um país com tamanha desigualdade e carente política fundiária, além da irregular divisão e ocupação do solo, tanto na área urbana quanto rural, a necessária intervenção do parquet, na condição de *custos legis* visa garantir a segurança jurídica do procedimento.

Deixar o Ministério Público de atuar como fiscal da lei na usucapião extrajudicial é deixar o zelo pelo interesse público e a proteção da confiança nas mãos de interessados diretos na demanda.

Intervindo, porém, tem como fundamento o interesse público, manifestando-se por sua supremacia, sem ater-se a qualquer dos interesses privados em litígio.

Assim sendo, é conveniente a intervenção do Ministério Público nos processos de usucapião, seja ele judicial ou extrajudicial, a vista da relevância social elementar e da necessidade de articulação com o poder público para a completa e eficiente realização da política pública de regularização fundiária, bem como pela natureza de seu objeto – a propriedade, um dos valores supremos qualificados como direito fundamental.

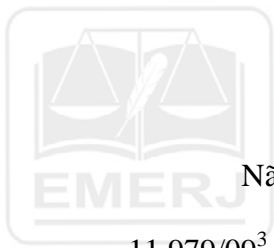
Dentro deste panorama, a pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

## **1. O NOVO INSTITUTO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E SUAS CARACTERÍSTICAS**

O arcabouço legislativo que trata a questão envolve o artigo 1.071 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15<sup>1</sup> que acrescentou à Lei de Registros Públicos, Lei n. 6.015/73 o artigo 216-A<sup>2</sup>, regulando assim o procedimento da usucapião extrajudicial.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso: 28 Mar.2016.



Não se trata de usucapião administrativo, que já tem regulação própria na Lei n. 11.979/09<sup>3</sup> — Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida — que prevê uma figura similar para detentores de título de legitimação de posse.

O procedimento da usucapião extrajudicial será conduzido sob a orientação do Oficial Registrador de Imóveis, dispensada intervenção do Ministério Público ou homologação judicial, permanecendo a exigência da ciência dos confrontantes, titulares de domínio, terceiros interessados, bem como da Administração Pública, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para exercer o direito a Usucapião Extrajudicial o interessado deverá apresentar o pedido fundamentado ao Oficial de Cartório acompanhado da: a) Ata Notarial lavrada pelo tabelião com tempo de posse e seus antecessores; b) Planta e Memorial descritivo assinada por profissional habilitado; c) Certidões Negativas dos distribuidores do local do imóvel e domicílio do interessado; d) Justo título que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como pagamento de impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

O procedimento da usucapião extrajudicial será aplicado a todas as espécies de usucapião: usucapião extraordinária, art. 1.238, caput, CC<sup>4</sup>; usucapião extraordinária reduzida, art. 1.238, parágrafo único, CC; usucapião especial rural, art. 1.239, CC; usucapião especial urbana, art. 1.240, CC; usucapião especial urbana por abandono familiar, art. 1.240-A, CC; usucapião ordinária, art. 1.242, caput, CC; usucapião ordinária reduzida, art. 1.242,

---

<sup>2</sup> BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973; Disponível e: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015\\_compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015_compilada.htm)>. Acesso: 28 Mar.2016.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei 11.979, de 8 de julho de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11979.htm). Acesso: 28 Mar.2016.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso: 28 Mar.2016.





parágrafo único, CC; e, usucapião coletiva, art. 1.228, §4º, CC e art. 10, Lei n. 10.257/01<sup>5</sup>, não tendo a lei restringido qualquer espécie contanto que tenha caráter de consensualidade.

Ademais, “À parte as peculiaridades de cada modalidade, principalmente no que diz respeito ao tempo de ocupação do imóvel, é comum a todas o fato de a oficialização do domínio só ocorrer após a sentença, o que implica dizer que só pela via judicial se podia fazer valer tal direito.”<sup>6</sup>

A redação dada ao § 2º do art. 216-A da Lei de Registros Públicos que trata da consensualidade do requerimento será analisada em momento oportuno, já que afigura-se inadequada ao procedimento tendo em vista que a usucapião é um instituto ao qual não é exigido consenso ou concordância entre o requerente e o requerido, posto que preenchidas as condições legais pelo usucapiente, este estará em plenas condições de adquirir a propriedade imobiliária.

O advogado deve ser contratado pelo requerente para acompanhar todo o procedimento, inclusive zelar pelos interesses do usucapiente no momento da lavratura da ata notarial, regulada no artigo 384 do novo CPC, que nas palavras do Roberto Paulino que ao citar Leonardo Brandelli assevera que a ata notarial é o instrumento público por meio do qual o tabelião atesta fato com o qual travou contato por meio de seus sentidos<sup>7</sup>.

No entanto, a lei não resolve de todo a questão da população de baixa renda que não teria como contratar advogado e nas Comarcas distantes onde é comum não ter Defensores que os represente.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso: 28 Mar.2016.

<sup>6</sup> ORTIZ, Kathryn Horiane, *Usucapião extrajudicial do novo CPC. Simplicidade e celeridade nessa forma originária de aquisição da propriedade*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41744/usucapiao-extrajudicial-do-novo-cpc>>. Acesso:05 Out.2015.

<sup>7</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino apud BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 344-373. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil>>. Acesso: 05 Out.2015

Intervindo o Ministério Público, este busca preservar o interesse público, manifestando-se por sua supremacia, sem ater-se a qualquer dos interesses privados na declaração da usucapião.

Isso ocorre na usucapião coletiva em que o intuito da intervenção do Ministério Público é fiscalizar para que não se efetive usucapião coletiva em áreas de risco, como encostas, locais alagadiços e sem condições de drenagem, em zonas de mananciais e outras em que haja proibição legal.

Deverá atentar o referido órgão para um mínimo de resguardo de posturas, pelo menos, no que concerne à reserva de área para passagem de pessoas, como ruas e vielas, evitando-se encravamento do imóvel.

Ainda se extrai do art. 2o, I, V, VI, VIII a X, XIV a XVI, do Estatuto da Cidade<sup>8</sup>, para o enfrentamento de agudas questões sociais, econômicas e jurídicas: a falta ou informalidade de moradia, ou de acesso conforme a renda; a indignidade física da moradia, a submoradia, a moradia clandestina ou irregular; a exclusão social provocada pelo distanciamento dos serviços públicos, pela ausência de urbanização, de equipamentos urbanos, comunitários, de lazer ou de áreas verdes; enfim, o triste retrato das ocupações habitacionais em favelas, mocambos, palafitas, cortiços e inclusive em bens públicos, viadutos, pontes, passarelas e calçadas.

A usucapião extraordinária tende a fortalecer a efetividade do direito constitucional de propriedade, bem como da função social ao viabilizar a obtenção do domínio de direito por quem já o detém de fato. Isso porque, além da formalização registral do parcelamento do solo, a lei possibilita a concessão de títulos registráveis às pessoas de baixa renda que ocupam imóveis urbanos de forma irregular.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso 05 Out.2015.



No entanto defender a informalidade do procedimento não pode significar fragilizar a segurança jurídica que busca pela clareza e coerência, pela certeza e pela estabilidade das normas. O renomado filósofo alemão, Gustav Radbruch<sup>9</sup> já levantava a ideia da segurança jurídica ao dizer que: “Pelo fato dos homens terem ou poderem ter opiniões e crenças opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplinada duma maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos”.

Diante do exposto, constata-se a inafastável missão / função do Ministério Público ao intervir nas demandas de usucapião: primar para que acima dos interesses individuais a lei seja observada e respeitada com intuito de pacificar e orientar e não servir de escudo para os mais fortes em detrimento dos interesses da coletividade.

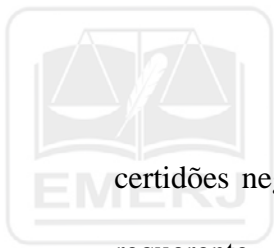
## **2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO BALIZADORES DA EFETIVIDADE DA USUCAPIÃO.**

A partir de março, com a entrada em vigor do novo código de processo civil, o possuidor de imóvel urbano ou rural terá a possibilidade de reconhecimento extrajudicial da usucapião, instituto de direito material que possibilita a aquisição não negocial da propriedade ou de outro direito real pela posse prolongada, desde que seja possuidor por determinado tempo estabelecido pela lei.

Dentre as formalidades para requerimento da usucapião extrajudicial, destaca-se a ausência de litígio. Os demais requisitos específicos da ação de usucapião dependem da espécie do instituto que esteja sob análise, sendo requisitos comuns: posse, tempo, *animus domini* e objeto hábil. Com a usucapião extrajudicial haverá a exigência de apresentação de

---

<sup>9</sup> RADBRUCH apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 62.



certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente, ata notarial que ateste o tempo de posse, a planta e o memorial descritivo da propriedade assinados pelo profissional e vendedor responsáveis, e quaisquer documentos que reafirmem essas informações, como comprovantes de pagamento de impostos ou outros documentos relativos ao bem.

O fenômeno da desjudicialização é atualmente uma realidade no direito brasileiro, e com diversos exemplos positivos é considerado por muitos como uma alternativa prática e eficiente ante a onerosa, complexa e lenta movimentação do sistema judiciário.

Ocorre que essa tendência contemporânea de potencializar mecanismos extrajudiciais de resolução dos conflitos que garantam celeridade e eficácia não pode fragilizar a garantia constitucional da segurança jurídica.

Verifica-se que a usucapião, em suas diversas modalidades, mostra-se como importante instrumento na regularização da questão fundiária, favorecendo, inclusive, a concretização do princípio constitucional da função social da propriedade.

A primeira noção de função social da propriedade foi concebida no início do século XX, por León Duguit que defendeu que a propriedade é uma instituição jurídica que, como qualquer outra, formou-se para responder a uma necessidade econômica e, neste ensejo, evoluiu de acordo com tais necessidades.<sup>10</sup>

A propriedade é direito individual que assegura ao seu titular uma série de poderes e faculdades: usar, gozar, dispor e reivindicar. Ao lado dessas faculdades, os doutrinadores clássicos costumavam falar que o direito de propriedade tinha característica de plenitude, que permitiria toda espécie de poder lícito de utilização.

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. Saraiva, 2013, São Paulo. p. 235 apud GRAU, Eros Roberto. *Função Social da Propriedade (Direito econômico)*. Enciclopédia do Direito. v. 39, p. 17-27, São Paulo: Saraiva, 1979.



No entanto, esse atributo da plenitude deixa de ser pleno ante o princípio da função social, sendo necessária uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico para compreensão de que as faculdades decorrentes do direito de propriedade não podem ser exercidas ilimitadamente, tendo reduzidas as suas faculdades porque deve observar a utilidade pública e o interesse social.

Além da tradicional faculdade de uso, gozo e disposição por parte de seu titular<sup>11</sup>, direito-garantia, atualmente há obrigatoriedade do atendimento de sua função social, que impõe ao proprietário uma série de ações e abstenções.

A Constituição da República Federativa do Brasil no art. 182, §2º dispõe que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

O Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001<sup>12</sup> em seu artigo 40 quando fala sobre o plano diretor dispõe que “aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”.

Assim, é coerente diante da função social da propriedade o procedimento extrajudicial da usucapião perante o Oficial Registrador de Imóveis conforme estabelecido pelo artigo 1.071 do Código de Processo Civil que acrescentou à Lei de Registros Públicos o artigo 216-A.

No entanto, necessário e imprescindível seria triplo pressuposto para concessão do registro: a) ausência de litígio; b) apresentação de toda documentação já apresentada; e c) sob a devida fiscalização, seja do Conselho Nacional de Justiça ou do Ministério Público, que é o que se sustenta nesse trabalho primando pela segurança jurídica.

---

<sup>11</sup> ARAUJO, Fabio Caldas de. *Usucapião*. 3. ed. São Paulo. Malheiros, 2015, p. 112.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei no 10.257, 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm)>. Acesso: 28 Fev. 2016.



A segurança jurídica é um princípio que visa a garantir ao seu cidadão a proteção e garantia de seus direitos naturais – direito à liberdade, à vida, à propriedade – prestados pelo Estado e que apesar de ter ele, o Estado, um poder maior, garantido na mesma Constituição esse é delimitado.

Para haver segurança jurídica é necessário que o Estado tenha seus poderes divididos o que se denomina separação de poderes que no Brasil foi implementado em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, cada um atuando dentro de suas funções com independência. Igualmente importante, seria a estrita observância, pelo poder judiciário, de uma organização interna eficaz, capaz de não prejudicar a eficiência da aplicação das normas.

A segurança jurídica quanto proteção ao direito deve observar a positividade do direito, que compreende o conjunto de normas a ser seguido pela sociedade; a orientação quanto as normas que devem ser claras e inequívocas apresentando soluções para os conflitos; irretroatividade da lei que se traduz no fato de uma lei futura não poder atingir fatos presentes e passados, guardadas algumas exceções.

A coisa julgada quando desrespeitada causa insegurança jurídica e é imprescindível que esgotados os recursos previstos à disposição da parte, a decisão de determinado juiz ou tribunal não é mais passível de modificações, e assim deverá ser mantida.

O Ministério Público constitui uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, conforme os artigos 127 a 130-A da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>13</sup>.

Observa-se que o papel do Ministério Público é como órgão facilitador do acesso à justiça. A instituição é autorizada pelo texto constitucional para atuar, dentre outras hipóteses,

---

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso: 28 Mar.2016.



como substituta processual na defesa de direitos individuais indisponíveis, não havendo sequer necessidade de previsão de lei ordinária específica neste sentido.

Por tudo isso é que se sustenta que a usucapião extrajudicial é excelente forma de desjudicialização que acompanha os anseios do mundo moderno e ágil que vivemos, porém, para evitar fraudes e protecionismos o controle é o único caminho, razão pela qual a atuação do Ministério Público é forma mais adequada.

### **3. CRÍTICAS AO NOVO INSTITUTO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL QUANTO A DISPENSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA LEI.**

A atuação do Ministério Público em juízo pode ser como órgão agente conforme as atribuições constantes no artigo 177 do Código de Processo Civil de 2015, atuando como autor ou réu e também como órgão interveniente atuando como fiscal da ordem jurídica, nos termos do artigo 178 do Código de Processo Civil de 2015<sup>14</sup> e tem por finalidade velar pela justiça do processo e de sua decisão.

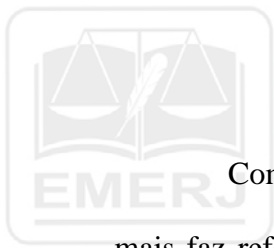
Cediço é que o papel do Ministério Público é de órgão facilitador do acesso à justiça, e como legitimado ativo pode atuar na tutela de interesses coletivos podendo atuar como substituto processual na defesa de direitos individuais indisponíveis nos termos do art. 127 da CRFB<sup>15</sup>, assim, o parquet poderá ingressar com demanda judicial visando a obtenção de medicamento para pessoa idosa nos termos do artigo 74, I e III, Lei n. 10.741/03<sup>16</sup>; ou mesmo para pleitear alimentos em favor de incapaz, ainda que sob o pátrio poder conforme artigo 201, III e VIII, Lei n. 8.069/90<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.



Como no texto que estabelece as hipóteses de intervenção do Ministério Público não mais faz referência expressa às causas relativas ao estado da pessoa, pátrio poder, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade, que estavam previstos no artigo 82 do Código de Processo Civil de 1973, constata-se que há possibilidade de não intervenção do Ministério Público em algumas hipóteses, como nos casos de investigação de paternidade entre partes maiores e capazes, entre outros.

A intervenção do Ministério Público na curatela, no poder familiar, na interdição, a atuação se justifica ante a existência de interesse de pessoa incapaz, sendo certo haver expressa previsão de intervenção do Ministério Público nas ações de família somente quando houver interesse de incapaz. Permanece a possibilidade de ajuizamento de ação de anulação de casamento por força do artigo 1.549 do Código Civil<sup>18</sup>.

Quanto ao procedimento extrajudicial da usucapião não há exigência da intervenção do Ministério Público e nem mesmo a homologação judicial do registro da aquisição do imóvel<sup>19</sup>. Para a tramitação perante o cartório, não poderão existir oposições, impondo-se a concordância expressa de quem tenha direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes.

Assim, necessária a cientificação dos confrontantes, titulares de direitos registrados nas matrículas do imóvel que se pretende usucapir e na matrícula dos imóveis confinantes, terceiros interessados, bem como da União, Estado, Distrito Federal e Município.

Diante do caráter de consensualidade do procedimento extrajudicial da usucapião, há entendimento que ele virá a ter um bom funcionamento como instrumento de regularização

---

18 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 mar.2016.

19 MAIA, Walter Guido. *Usucapião de Bens Imóveis e Móveis. Usucapião Extrajudicial*. Belo Horizonte: BH Editora, 2015, p. 212.





fundiária, mormente àqueles casos em que houve um prévio negócio entre o usucapiente e o titular do domínio do imóvel.

No entanto, um problema de difícil solução na hipótese em que haja o silêncio do titular do direito real. Será que isso significaria propriamente discordância com a realização do procedimento ou a indiferença seria considerada uma anuência tácita.

Na usucapião extrajudicial se o confinante ou titular de direitos reais não se manifestar, não se presume sua anuência, pois a lei expressamente dispõe que não poderá haver contencioso nessa hipótese de regularização do imóvel objeto da usucapião. Isso é situação oposta à vigente na retificação extrajudicial, em que o silêncio do confinante notificado implica concordância tácita nos termos da Lei de Registros Públicos, art. 213, parágrafo 5º<sup>20</sup>.

Assim, conclui-se que o legislador incutiu um caráter de consensualidade inexistente à declaração de usucapião, isto porque, sendo de ordem material, a usucapião é forma de aquisição da propriedade imobiliária pela posse com *animus domini*, conforme descrevemos anteriormente, de maneira originária, não precedendo qualquer anuência do antigo proprietário, que perde sua propriedade em favor daquele que usucapiu.

Isso significa dizer que um adquire e outro perde a propriedade, razão pela qual boa parte da doutrina denomina a usucapião de “prescrição aquisitiva”. Portanto, há presunção de discordância, caso haja silêncio do titular do Direito Real, regra também contida no parágrafo 2º do artigo 216-A da Lei n. 6015/73.

Com essa cautela legislativa, a segurança jurídica foi privilegiada nesse ponto ocorre que a usucapião extrajudicial foi concebida para ser um procedimento célere e efetivo, e exigir que o proprietário passe recibo da perda de sua propriedade é uma exceção diante do

---

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015\\_compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015_compilada.htm)>. Acesso em 13 mar.2016.



conceito da usucapião exposto de aquisição originária da propriedade. Aí nesse ponto se o proprietário não mais se interessa pela sua propriedade, vende ou faz uma doação.

Outro ponto de crítica nesse procedimento é quanto a não atuação do Ministério Público, decisão esta pouco prudente e temerária<sup>21</sup>. O artigo 944 do Código de Processo Civil de 1973<sup>22</sup> que dispunha que a intervenção do Ministério Público nas ações declaratórias de usucapião era obrigatória não subsistirá com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Assim, tal intervenção foi suprimida na esfera administrativa, sem configuração de nulidade.

A temeridade de tal medida é no sentido de que um país como o Brasil de extensão larga, desigualdade social e uma política fundiária ineficaz é o ponto fraco para a proliferação de injustiças.

A deficiente divisão e ocupação do solo, tanto na área urbana quanto rural, é ainda outro ponto de fragilidade o que denota a necessária intervenção do Ministério Público na condição de custos legis como dispunha o Código de Processo Civil de 1973 e fiscal da ordem jurídica no Código Processo Civil de 2015.

Ao cartório de títulos e documentos será dada a função de fiscalização, ocorre que não se deve fechar os olhos ao histórico de grandes escândalos envolvendo tais serventias, na lavratura e venda de registros imobiliários movido unicamente por interesses econômicos.

E mais, grandes latifundiários que visando agregar à sua imensa propriedade se utilizar de procedimento de forma escusa, para obter mais um pedaço de terra. Ora, a realidade do interior do nosso país dá azo para tal pensamento.

O caráter legal da propriedade depende de como ela foi alienada ou adquirida se por meio da venda, invasão ou aquisição originária.

<sup>21</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 12. ed. Rio Janeiro: Revista dos Tribunais, 201, p. 306.

<sup>22</sup> BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 14 mar.2016.



Não podem obter o registro as pessoas que compram um terreno num loteamento clandestino, por exemplo, enquanto a infração não for solucionada. Contudo, como o procedimento para lavratura da escritura definitiva é demorada devido ao sistema burocrático, isso favorece muitos grileiros - pessoa que se apropria ilegalmente de terras e apresenta título falsificado de propriedade, o nome deriva de uma técnica de falsificação de papéis, que são envelhecidos quando guardados em caixas junto com alguns grilos<sup>23</sup> – enquanto que o legítimo proprietário está providenciando a quitação das prestações para obtenção do título de propriedade.

O direito de propriedade é um direito fundamental, cuja exigência constitucional é que seja exercida observada a função social conforme artigo 5º, incisos XXII e XXIII, CRFB<sup>24</sup>, cláusula geral cuja aplicabilidade é dada ao julgador, e não pelo Tabelião.

Sabe-se que já é hora de realizar modificações profundas na Lei Processual Civil, a fim de adaptar o Poder Judiciário aos novos tempos. E são legítimas as pressões sociais, que clamam pela prestação jurisdicional mais célere.

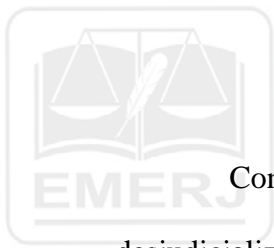
Com isso veem-se cidadãos que, num passado recente, não tinham acesso, ou ação, para obter o bem da vida tutelado pelo direito passaram a tê-lo; garantias, direitos e situações previstas nos planos constitucional e legal.

Acrescente-se que na hipótese do pedido ser impugnado por qualquer dos interessados, o tabelião deverá remeter aos autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel para processamento do feito. Nesse caso, o requerente deverá emendar o requerimento para adequá-lo ao procedimento judicial.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em: < <http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=grileiro>>. Acesso em: 13 mar. 16.

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 28 Mar.2016.



Constata-se que o judiciário não foi afastado com o procedimento de desjudicialização ora em foco, que surgiu como remédio heroico para o descongestionamento do Poder Judiciário.

No entanto, o movimento do pedido administrativo ou cartorário da usucapião, implementado por meio de reformas pontuais, retira da esfera de competência dos tribunais a administração de certos conflitos com intuito genuíno de desafogar o judiciário e ser uma forma de prestação jurisdicional célere e efetiva.

Assim, a realização de determinados atos e procedimentos, que são deslocados na tentativa de salvaguardar o núcleo essencial da função jurisdicional, suprime principalmente a intervenção do Ministério Público, que no caso da usucapião, deveria continuar obrigatória e imprescindível em nome de um controle maior desses atos em prol dos próprios jurisdicionados.

## **CONCLUSÃO**

Vê-se que o direito à propriedade vem sendo protegido desde os primórdios da civilização. Anteriormente era visto como direito absoluto, mas com o passar do tempo sofreu e vem sofrendo mitigações e limitações que, ao contrário do que possa parecer, não têm o condão de enfraquecê-lo, mas de aproximá-lo da realidade social tornando-o mais efetivo.

A função social da propriedade, tal qual exposta na Constituição Federal, não pode ser vista como limitação ao direito de propriedade, é parte do próprio conceito de propriedade.

O instituto da usucapião extrajudicial se insere no fenômeno da desjudicialização do direito, caracterizado pelo deslocamento de competências do Poder Judiciário para órgãos extrajudiciais, notadamente as serventias notariais e registrais. Esse movimento

busca atribuir aos notários e registradores a solução de questões em que há consenso e disponibilidade de direitos envolvidos, colaborando com o objetivo de agilizar a atividade jurisdicional.

Os notários e oficiais de registros públicos são profissionais do direito, admitidos mediante concurso público, para exercer atividade notarial e registral mediante delegação e fiscalização do Poder Público, em caráter privado. São dotados de fé pública e prestam serviços públicos voltados a garantir eficácia de atos jurídicos.

O art. 216-A, § 2º da Lei de Registros Públicos ao trazer um caráter de consensualidade ao procedimento em foco, é inadequado, já que a usucapião é um instituto relativamente ao qual não é exigido consenso ou concordância entre as partes posto que mesmo não havendo consenso, se preenchidas as condições legais pelo usucapiente, este estará em plenas condições de adquirir a propriedade imobiliária.

Portanto, o procedimento extrajudicial será um instrumento de regularização fundiária, quando o usucapiente tiver de posse de justo título e diante da anuência do proprietário, anuência esta que terá que ser expressa como já abordado.

A questão se agravará na hipótese em que haja o silêncio do titular do direito real sem que isso signifique propriamente discordância, impondo a propositura da ação judicial, mesmo que se verifique posteriormente não ter sido necessário a movimentação da máquina judiciária, assim, o que foi concebido para desafogar o judiciário seria hipótese de assoberbamento.

Outro ponto é que a intervenção do Ministério Público nas ações declaratórias de usucapião, que antes era obrigatória, restará despicienda no novo procedimento.



Os requisitos da usucapião, mesmo os extrajudiciais, exigem cuidados e análises que são da competência jurisdicional, e a transferência desta análise ao tabelião do cartório imobiliário será duvidosa.

Sem o zelo e imparcialidade próprios do Ministério Público há temor que tal questão seja relegada, eis que estamos em um país imenso, com desigualdade social sem medida e ainda uma precária política fundiária, além da irregular divisão e ocupação do solo, tanto na área urbana quanto rural. A usucapião é de interesse público e reclama a necessária intervenção do membro do Ministério Público.

A despeito das críticas já tecidas, certo que a desjudicialização da usucapião desmistifica a questão da burocracia que envolvia o instituto e o procedimento extrajudicial parece estar apto a atribuir solução mais ágil e eficiente à usucapião consensual e se tornar um instrumento tão útil quanto são o inventário, o divórcio e a retificação desjudicializados, contribuindo para legalizar situações consolidadas e promover regularização fundiária.

## REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=grileiro>>. Acesso em: 13 mar. 16.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 28.Mar.2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973; Disponível e: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015\\_compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015_compilada.htm)>. Acesso: 28 Mar.2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 14 mar.2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso 05 Out.2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso: 28 Mar.2016

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.979, de 8 de julho de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11979.htm)>. Acesso: 28 Mar.2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso: 28 Mar.2016.

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino apud BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 344-373. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil>>. Acesso: 05 Out.2015

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Usucapião*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo Civil. Reescrito com base no Novo CPC*. 17. ed. v. 1 Salvador, JusPodivm, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. Saraiva, 2013, São Paulo. p. 235 apud GRAU, Eros Roberto. *Função Social da Propriedade (Direito econômico)*. Enciclopédia do Direito. vol. 39, p. 17-27, São Paulo: Saraiva, 1979.

MAIA, Walter Guido. *Usucapião de Bens Imóveis e Móveis. Usucapião Extrajudicial*. Belo Horizonte: BH Editora, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; FUX, Luiz. *Novo CPC Comparado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

ORTIZ, Kathryn Horiane, *Usucapião extrajudicial do novo CPC*. Simplicidade e celeridade nessa forma originária de aquisição da propriedade. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41744/usucapiao-extrajudicial-do-novo-cpc>>. Acesso em: 05 Out.2015.

RADBRUCH apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 12. ed. Rio Janeiro: Revista dos Tribunais, 201.

**DANO SOCIAL:  
UMA VISÃO TRIPARTIDA DA TEORIA DA REPARAÇÃO DO DANO NO ÂMBITO  
CÍVEL COMO MECANISMO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL  
NAS DEMANDAS RECORRENTES.**

Cristiana Campos Mamede Maia

Graduada pela Universidade Candido Mendes-Ipanema. Pós-graduada em Processo Civil pela, IAVM-UCAM e em Direito do Estado e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas - FGV.

**Resumo:** Com a massificação das relações humanas, alguns ilícitos passaram a ser recorrentes, incentivando a criação da teoria americana dos *punitives damages*, que por sua vez deu origem a função pedagógica da indenização. Porém, com o baixo valor das indenizações devido a diversas limitações impostas pela jurisprudência pátria levaram a inócua aplicação da chamada função punitivo-pedagógica do dano moral, afrontando novamente a vítima e beneficiando o ofensor habitual. É neste ponto que nasce a necessidade de criar novos meios de reparação que permitam coibir a repetição de tais ilícitos, como o PL 3880/2012 que traz a teoria do Dano Social. A essência deste trabalho é abordar a clássica classificação das indenizações por danos, bem como sugerir uma nova classificação a fim de solucionar a celeuma presente na ineficácia das decisões judiciais no âmbito das tutelas recorrentes.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Direito Processual Civil. Responsabilidade Civil. Ações Repetitivas. Indenização. Dano Moral. Função Punitiva Pedagógica. Dano Coletivo. Dano Social. Efetividade.

**Sumário:** Introdução. 1. As diferentes funções da Reparação Civil. 2. A massificação das questões sociais e a ineficiência das condenações por Dano Moral 3. O nascimento do Dano Social como forma de efetivação das tutelas jurisdicionais. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática do *quantum* indenizatório correlacionando-o com a efetividade das decisões judiciais no âmbito das ações de temática recorrente no judiciário brasileiro frente à massificação das relações sociais.

O presente estudo buscou analisar a estrutura clássica do sistema indenizatório brasileiro, em que o histórico jurisprudencial demonstra que o medo do enriquecimento sem causa baliza o *quantum* indenizatório tolhendo os objetivos precípuos da função punitiva pedagógica do ressarcimento.



A presente discussão é relevante por abordar um aspecto importante da decisão judicial, a sua efetividade, sendo especialmente relevante nos casos recorrentes das relações sociais massificadas. Outrossim, o tema é cada vez mais presente na doutrina e ganha especial relevo com a aprovação na CCJ do Projeto de Lei da Câmara nº 3880 de 2012, que institui o Ressarcimento por Dano Social.

O presente estudo visa a explicar e divulgar a ideia de Dano Social espelhada no PL 3880/2012, trazendo-o como sugestão de solução para problemática da reincidência dos ilícitos, nascidos da massificação das relações sociais, e vista tornar factível a aplicação das três funções da reparação do Dano classicamente defendidas nos tribunais pátrios - o aspecto compensador; o aspecto reparador e o aspecto pedagógico da reparação civil-, a fim de mitigar o *déficit* de efetividade das decisões judiciais proferidas especialmente no âmbito cível consumerista das ações individual.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: as diferentes espécies de ressarcimento por dano; a problemática da massificação das relações sociais e a falta de aplicação da função punitiva pedagógica do dano moral; o dano social como quarto tipo de ressarcimento por danos e seus aspectos distintivos na solução dos litígios massificados; a compatibilização do dano social aos princípios processuais constitucionais e aos dispositivos legais vigentes.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória e parcialmente descritiva.



## 1. AS DIFERENTES FUNÇÕES DA REPARAÇÃO CIVIL

No direito brasileiro, o dano é elemento indispensável à responsabilidade civil, visto a influência do Direito francês, pela célebre fórmula de Henri Lalou “*pas de préjudice, pas de responsabilité civile*”<sup>1</sup>. Ou seja, a existência de dano está intimamente ligada à existência de uma antijuricidade<sup>2</sup>, sendo necessária a existência de instrumentos hábeis à satisfação do lesado<sup>3</sup>, uma vez que a falta de reparação seria uma afronta ao artigo 05º, X da Constituição da república Federativa do Brasil- CRFB: “Art. 05º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Nesse sentido, o dano se configura como sendo a agressão ou a violação de um direito, seja esse material ou imaterial, que venha a causar dano a outrem, seja por dolo ou culpa, gerando uma diminuição do valor do bem juridicamente protegido.

O art. 944<sup>4</sup>, do Código Civil Brasileiro, estabelece o princípio da *restitutio in integrum*, isso é, a necessidade de quantificar a indenização pela extensão do dano sofrido visando a sua integral reparação, recompondo o patrimônio da vítima ao estado em que se encontrava antes da lesão ou ressarcindo-a pelos danos sofridos, no intuito de atender ao comando constitucional previsto no artigo 5º, inciso V<sup>5</sup> da CRFB, que exige a reparação integral do dano.

---

<sup>1</sup>LALOU, Henri *Apud* SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 100.

<sup>2</sup>MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral Problemática do Cabimento à fixação do Quantum*. São Paulo: Atlas, 2011, p.55.

<sup>3</sup>SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*, Salvador: JusPODIVM, 2015, p.62.

<sup>4</sup>BRASIL *Código Civil*. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

<sup>5</sup>BRASIL *Constituição Federal*. 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: (...)V - é assegurado o direito de resposta,

Todavia, o arbitramento dos valores pelo judiciário, no campo do ressarcimento a danos morais, fixou-se na premissa de evitar a qualquer custo que a reparação viesse a superar o dano sofrido e enriquecer a vítima, o que levou à criação do mantra jurídico de que o valor arbitrado deve ser condizente com a situação econômica do lesado, limitando a análise das condições econômicas do lesante e anulando a aplicação da função punitiva pedagógica do Dano Moral.

A manutenção das clássicas funções da reparação do dano moral somadas a forma de arbitramento da reparação aos danos morais, acaba por incentivar a manutenção e reiteração do ilícito pelo causador do dano, gerando o enriquecimento sem causa do lesador, que por consequência atinge indiretamente toda a sociedade ao aumentar a insegurança e a desmoralização do judiciário brasileiro.

Marinoni<sup>6</sup> sustenta que o direito a uma prestação jurisdicional efetiva é direito fundamental insculpido no princípio do acesso à justiça e no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB<sup>7</sup>. Desse modo, o autor atribui à efetividade dois sentidos: em sentido estrito, seria “o direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial”<sup>8</sup>. E em sentido lato, seria a tutela jurisdicional tempestiva e preventiva.

Como direito fundamental, a efetividade exige a existência de meios adequados que permitam ao Poder Judiciário identificar as pretensões legítimas que merecem a tutela estatal e a sua eficaz proteção.

Historicamente convencionou-se a existência de dois tipos indenizatórios por danos<sup>9</sup>, sendo identificados pela origem de suas causas, quais sejam: o dano material, para tratar do

---

proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 20 de março de 2016;

<sup>6</sup>MARINONI. *Em defesa dos direitos fundamentais*. In: DUARTE, F. C. (Coord.). *Tutela de urgência e risco*. Curitiba: Juruá, 2005, p.74-75.

<sup>7</sup>BRASIL, *Constituição Federal*. “Art. 5º, inciso XXXV, da CRFB - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 20 de março de 2016;

<sup>8</sup>MARINONI *apud* DUARTE. op. cit., p.82.

<sup>9</sup>As expressões Dano estético, Dano Moral e Dano Material são utilizadas para identificar as formas de ressarcimento por ilícitos, não sendo propriamente um “dano”.



ressarcimento ao patrimônio quantificado do lesado, em regra, passível de quantificação matemática; o dano moral, constitucionalmente consagrado na Constituição Brasileira de 1988, quando se passou a assumir a possibilidade de se ressarcir os prejuízos sofridos pelo patrimônio imaterial da vítima.

A fim de fortalecer as indenizações e reparações dos chamados danos estéticos, a jurisprudência brasileira passou a defender a existência de um terceiro tipo de ressarcimento de dano: o dano estético, de caráter não patrimonial e autônomo frente ao dano moral, que nas palavras de Tereza Ancona Lopez<sup>10</sup>, pode ser conceituado como sendo o ressarcimento a: “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘enfeimento’ e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral”.

Apesar da distinção feita pela jurisprudência pátria no sentido de afirmar a autonomia do dano estético para fins de ressarcimento, ousamos afirmar que este seria o clássico ressarcimento por dano moral agravado pela permanência da situação danosa, e retirado da seara do dano moral a fim de ver efetivada sua tutela.

## **2. A MASSIFICAÇÃO DAS QUESTÕES SOCIAIS E A INEFICIÊNCIA DAS CONDENAÇÕES POR DANO MORAL**

A massificação das relações sociais somada a crescente globalização, alterou a teoria clássica da responsabilidade civil, passando a atribuir ao dano moral um segundo papel distinto do caráter compensatório<sup>11</sup>: a chamada função punitivo pedagógica ou dissuasiva da

<sup>10</sup>LOPEZ, Tereza Ancona. *O Dano Estético*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46.

<sup>11</sup>“[...] quando a vítima reclama a reparação pecuniária de Dano Moral, esta está em verdade requerendo que lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, sua dor e não a estipulação de um preço para esta, posto que a dor e o

indenização<sup>12</sup>, nascida da tentativa de incorporar ao direito brasileiro o instituto do direito americano dos *punitive damages*, com o intuito de desestimular o ofensor à repetição do ato ilícito praticado<sup>13</sup>.

No Brasil, com a aproximação do judiciário da população através das chamadas “Ondas de Acesso à Justiça” defendida por Capelletti<sup>14</sup>, viu-se desmoronar as antigas barreiras processuais existentes, assegurando a extensa camada da população, antes marginalizada, o efetivo acesso ao Poder Judiciário como meio de solução de conflitos, bem como a flexibilização dos conceitos de dano e a sensibilização dos tribunais as tutelas de aspectos existenciais da personalidade merecedores de proteção, impulsionaram o aumento de demandas referente aos “novos danos” nos tribunais, o que resultou no abarrotamento do poder judiciário, e contribuiu para um aumento significativo do medo generalizado da chamada Indústria do Dano.

Apesar de prevalece na jurisprudência brasileiras o entendimento de que a indenização pelo Dano Moral possui essa dupla função<sup>15</sup>, na tentativa de regular a forma de valoração das indenizações por danos morais, os tribunais brasileiros passaram a adotar quatro critérios restritivos para sua aplicação, quais sejam: a gravidade do dano; a capacidade econômico-social da vítima; o grau de culpa do ofensor- que pode ser exprimido pela obtenção de lucro com ato ilícito e as circunstâncias fáticas em que se deu o dano<sup>16</sup>; e por fim,

---

sofrimento humano jamais poderão ser ressarcidos ou compensados integralmente.”- MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral Problemática do Cabimento à fixação do Quantum*. São Paulo: Atlas, 2011, p.12.

<sup>12</sup>SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 203 a 204.

<sup>13</sup>MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral Problemática do Cabimento à fixação do Quantum*. São Paulo: Atlas, 2011, p.109 a 110

<sup>14</sup>CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

<sup>15</sup>ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva- Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.151.

<sup>16</sup>O autor defende que essa análise deve ser feita com cautela sendo avaliado se o dano foi “decorrente da imprudência ou negligencia grosseira”, em que o agente atua como “grosseira falta de cautela”, devendo todos esses critérios serem sopesados sob o crivo da razoabilidade e da proporcionalidade. CAVALIERI FILHO, op. cit. p.57.



a capacidade econômico-social do ofensor, tudo sopesado à luz dos critérios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Todavia, a aplicação exacerbada dos parâmetros limitadores do *quantum* indenizatório resultou no efeito inverso do que se propunha a função punitiva pedagógica do Dano Moral, o que em uma análise macro, curiosamente acarreta na afronta ao próprio dispositivo legal que veda o enriquecimento sem causa, uma vez que o artigo 884 do Código Civil<sup>17</sup> ao dispor que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido”, não limita o polo para sua aplicação, demonstrando um olhar do direito tanto para a vítima como para o ofensor e não apenas para a capacidade econômica da vítima, sem observar o poder econômico do ofensor:

O valor dos danos morais, de seu turno, como tenho assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, não deixando de observar, outrossim, a natureza punitiva e disciplinadora da indenização”. (STJ, 4ª Turma. Resp nº. 389.879-MG, j.16/04/2002).

0260072-15.2010.8.19.0001 - APELACAO 1ª Ementa DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 06/07/2011 - SEXTA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. PARCELAS A SEREM DESCONTADAS NO CONTRACHEQUE. QUITAÇÃO TOTAL. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA APÓS O PAGAMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO.1- Não obstante o pagamento de todo o contrato das parcelas do empréstimo, o nome do consumidor foi encaminhado para os cadastros restritivos de crédito. 2- Responsabilidade objetiva contratual do Réu. 3- O negócio firmado pelo Órgão Pagador e a Instituição Financeira é estranho à relação jurídica discutida, não podendo ser repassado ao consumidor o ônus de responder por uma possível falha de terceiro. 4-Risco do empreendimento. 5- Ofensa a dignidade da pessoa humana. 6- Prejuízo para o sustento do Autor, art. 1º, caput e art. 5º, X da Constituição da República. 7- Falha na prestação de serviço incidência do 14, § 1º, inciso II do C.D.C. 8- Dano Moral configurado. 9- Quantum indenizatório fixado em R\$7.000,00 (sete mil reais). 10- Manutenção do valor que atende ao caráter punitivo pedagógico, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além de está de acordo com os valores praticados por esta Corte em caso semelhantes. 11- Nome do consumidor permaneceu por mais de dois anos no rol dos maus pagadores, por contrato devidamente quitado. 12- NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS, na forma do art. 557, caput do CPC.

<sup>17</sup>BRASIL *Código Civil*. Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

Assim, tem-se evidente que as condenações proferidas no âmbito das relações massificadas, sem a observância do poder econômico do ofensor, não possuem o condão de mudar a realidade, servindo apenas para aniquilar o caráter pedagógico defendido abstratamente nas sentenças.

A preocupação com a chamada Indústria do Dano, não condiz com realidade das indenizações brasileiras, que tendem a ser no mínimo irrisórias perante os grandes causadores de danos, principalmente na ceara consumerista no qual os ilícitos recorrentes são mais comuns e as condenações em danos morais são mais frustrantes que efetivamente enriquecedoras, sendo notório o alto índice de reincidência<sup>18</sup> dos ilícitos nas relações massificadas:

0006312-16.2007.8.19.0204 - APELACAO 1ª Ementa DES. RONALDO ROCHA PASSOS - Julgamento: 08/08/2011 - TERCEIRA CAMARA CIVEL – EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. AUTORA QUE AFIRMA HAVER ADQUIRIDO SUA LINHA TELEFÔNICA DIANTE DE UMA OFERTA DA RÉ, TELEMAR, POR PREPOSTO EM VIA PÚBLICA, COM EXIGÊNCIA DE APENAS IDENTIDADE E CPF, SENDO QUE, COM APENAS QUATRO MESES DE USO, A LINHA FOI BLOQUEADA, SEM AVISO PRÉVIO E QUALQUER INADIMPLEMENTO, SOB O ARGUMENTO DE FALTA DA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA, CONCLUINDO-SE PELA CONFIGURAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA, O QUE LHE CAUSOU ENORME PREJUÍZO, JÁ QUE UTILIZA A LINHA PARA CONTATOS DE TRABALHO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CULPA. ATO ILÍCITO, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. DESCUMPRIMENTO PELA RÉ QUANTO À NECESSIDADE DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA SOBRE O BLOQUEIO DA LINHA E A OBRIGATORIEDADE DOS DOCUMENTOS, BEM COMO DEMORA NA REATIVAÇÃO DA MESMA. EVASIVAS PARA JUSTIFICAR O DESCUMPRIMENTO. TOTAL DESCONSIDERAÇÃO COM A CONSUMIDORA. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCE-DENTE O PEDIDO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM VALOR QUE SE COADUNA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, EM RESPEITO AO CARÁTER PREVENTIVO-PEDAGÓGICO DA SANÇÃO E TENDO EM VISTA O POTENCIAL ECONÔMICO DA EMPRESA RÉ. SENTENÇA QUE DEVE SER REFORMADA APENAS NO TOCANTE AO TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS. RELAÇÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO DO ART. 405 DO CÓDIGO CIVIL. JUROS QUE SE CONTAM DESDE A CITAÇÃO INICIAL. MATÉRIA DISCUTIDA NOS AUTOS QUE SE ENCONTRA PACIFICADA NA JURISPRUDÊNCIA DESTES E.

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0006312-16.2007.8.19.0204. Relatora: Des. Ronaldo Rocha Passos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031A8115980C1294670A643DE108335D3708C4030B3315&USER=>>. Acessado em: 17 de março de 2016.

TRIBUNAL.RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC, REFORMAN-DO-SE PARCIALMENTE A SENTENÇA PARA DETERMINAR O TERMO A QUO DA INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO VÁLIDA.

É verdade que não se pode avaliar precisamente qual seria a proporção ideal e qual seria a extensão da lesão, mas o que ocorre na prática é o arbitramento de tais valores pelo judiciário, sempre seguindo os critérios no qual o valor arbitrado deve ser condizente com a situação do lesado, esquecendo-se, muitas vezes, de analisar as condições do lesante, o que resulta em condenações tímidas e ineficazes, visto a subjetividade dos critérios empregados no arbitramento.

A jurisprudência brasileira, ao prever a aplicação de um duplo caráter a um único instituto, distanciou-se do modelo norte-americano que distingue e separa essas funções nos institutos do *compensatory damage* e do *punitive damages*<sup>19</sup>. Porém, essa unificação no instituto do dano moral acabou por limar o caráter pedagógico, posto que na prática a aplicação e o arbitramento do montante a título de danos morais são irrisórios frente ao poder aquisitivo do ofensor.

Isso acarretou na necessidade de uma maior “criatividade judicial” por parte dos tribunais na tentativa de acompanhar a necessária evolução da responsabilidade civil, hoje influenciada pela “dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva (...), enquanto a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais<sup>20</sup>”.

Porém, a doutrina e a jurisprudência têm falhado na elaboração dogmática de novos critérios de responsabilidade civil, não conseguindo acalmar os anseios da sociedade, o que incentivou o apelo ao legislativo, no intuito de trazer ao direito brasileiro a efetivação da aplicação do caráter punitivo-pedagógico às reparações civis. Neste sentido temos o projeto

---

<sup>19</sup> ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*- Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.204-205.

<sup>20</sup> TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p, 194.



projeto de Lei nº 6.960/2002, do deputado Ricardo Fiúza, que previa a inclusão de um parágrafo ao artigo 944 do citado diploma legal, consagrando expressamente a indenização punitiva do Dano Moral:

§2º A reparação do Dano Moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Justifica: (...) Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte firme e seguro, sendo estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estímulo ao agressor.

E ainda o Projeto de Lei nº 3880/2012<sup>21</sup>, do deputado Domingues, que aparte a função punitiva-pedagógica das reparações civis, ao prever a criação e inclusão na sistemática brasileira do chamado Dano Social.

### **3. O NASCIMENTO DO DANO SOCIAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS JURISDICIONAIS**

O art. 5º, V e X, da CRFB<sup>22</sup> adota reparação integral do dano, seja ele patrimonial ou moral. Neste sentido, ANDRADE destaca que a aplicação da função punitivo-pedagógica de forma apartada da função ressarcitória do dano moral, desempenharia um papel de grande relevância social, ao impedir o lucro ilícito do ofensor:

A indenização compensatória, conquanto tenha aptidão para consolar ou compensar a vítima não se preocupa em eliminar a possível vantagem obtida

---

<sup>21</sup>BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3880/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544869>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

<sup>22</sup> BRASIL *Constituição Federal*. “Art. 5º CRFB- 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: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 20 de março de 2016;

pelo ofensor com a prática do ato ilícito, o que transforma alguns atos lesivos em um “bom negócio” do ponto de vista econômico.<sup>23</sup>

A indenização punitiva, neste aspecto, agiria como um instituto de restituição do enriquecimento sem causa, podendo ser fundamentado no artigo 884<sup>24</sup> do Código Civil brasileiro, sem a necessidade de qualquer acréscimo na letra de lei, uma vez que a ocorrência de um ilícito não atinge somente a esfera da vítima, que será ressarcida, mas de toda a sociedade, que fica sem ressarcimento, e muitas vezes na iminência de que esse ilícito venha a se repetir com novas vítimas.

Cavaliere<sup>25</sup>, dentre outros doutrinadores, acredita que o dano moral não pode ser, em hipótese alguma, fonte de lucro:

[...] na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e Dano Moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. (...) o juiz, ao valorar o Dano Moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Porém, deve-se lembrar que “a lesão a qualquer bem da vida empobrece a sociedade em seu conjunto, sem que isso seja necessariamente evitado pela translação dos custos entre os integrantes da sociedade<sup>26</sup>”. Ou seja, a limitação desarrazoada do caráter punitivo-pedagógico do Dano Moral, sob o argumento de que a aplicação equânime causaria o “enriquecimento sem causa” da vítima, acabam por gerar o “enriquecimento sem causa” do lesador, que ao ser beneficiado continua a cometer o mesmo ilícito gerando um empobrecimento de toda a sociedade, além de trazer a insegurança e a desmoralização ao sistema judiciário brasileiro.

<sup>23</sup> ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.246-248.

<sup>24</sup> BRASIL *Código Civil*. Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, *op. cit.* p.130.

<sup>26</sup> ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.245.

O art. 944<sup>27</sup> do Código Civil brasileiro estabelece a necessidade de quantificar a indenização pela extensão do dano sofrido. Tal dispositivo legal consagra o princípio da *restitutio in integrum*, pelo qual o dano deve ser integralmente reparado, com a reposição da vítima ao estado em que se encontrava antes da lesão ou, em não sendo possível a restauração da situação anterior, através de um equivalente monetário.

A restauração do *status quo* anterior seria o ideal para a Responsabilidade Civil moderna, ocorre que com a volatilidade das relações e dos bens humanos, é quase certo que na maioria das vezes a restauração torna-se impossível, de forma que as compensações patrimoniais são, na prática, as mais usadas como meio de reparação por ato ilícito, pois estas satisfazem, na maior parte dos casos, de forma mais plena os anseios da vítima. Porém, no Estado Brasileiro, o valor dessas indenizações monetárias por danos, especialmente o Dano Moral, é, em geral, baixo.

O baixo valor atribuído às indenizações acaba por ferir a vítima mais uma vez, que se sente ultrajada, como se sua dignidade não merecesse a devida proteção estatal frente a postura de alguns ofensores habituais e seus representantes, que preferem pagar uma indenização do que mudar seus hábitos danosos á sociedade.

Para solucionar a celeuma aqui apresentada, o melhor critério a ser adotado seria a aplicação de uma indenização com suas funções separadas, colocando a função punitivo-pedagógica como uma quarta espécie autônomas de ressarcimento de dano dos demais. Assim a teoria indenizatória do dano poderia ser repartida em quatro espécies: 1- indenização por dano moral, que visa compensar os danos causados ao patrimônio imaterial do lesado; 2- indenização por dano material, sendo aquela passível de ressarcir o patrimônio material do lesado ao status quo anterior ao ilícito praticado; 3- indenização por dano estético, quando o dano causado à integridade física gerar um abalo permanente; 4- e a indenização por dano

<sup>27</sup> BRASIL *Código Civil*. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

social, sendo aquela que visa compensar a sociedade pelo dano causado a esta na ocorrência de um ilícito recorrentemente cometido, tendo como escopo básico o desestímulo à reincidência do ilícito perante a sociedade que o desaprova.

O chamado Dano Social seria o dano auferido por toda a sociedade, pelo cometimento reiterado de um ato ilícito que acarreta no movimento abusivo da máquina jurídica, passível de ser indenizado, uma vez que a reiteração do ilícito gera a transcendência do dano da esfera pessoal do ofendido, vindo a atingir a esfera social, que conforme os preceitos legais estampados nos artigos 186<sup>28</sup>, 187<sup>29</sup> e 944<sup>30</sup> do CC c/c 5º, X<sup>31</sup> da CRFB também merece ser indenizado.

O Dano Social trata de um ressarcimento à própria sociedade, podendo o ressarcimento ser pleiteado por quaisquer dos lesados em concreto, seja em ação individual que vise ressarcir os danos que atingiram a esfera do pleiteante, como em ação coletiva.

Didier<sup>32</sup> divide a legitimidade em ordinária e extraordinária. A primeira ocorre quando há coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo. Essa é a regra geral prevista no artigo 6º do CPC/73<sup>33</sup> e artigo 18 do CPC/2015<sup>34</sup>, e

---

<sup>28</sup> BRASIL *Código Civil*. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

<sup>29</sup> BRASIL *Código Civil*. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

<sup>30</sup> BRASIL *Código Civil*. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

<sup>31</sup> BRASIL *Constituição*. Art. 5. 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:[...] X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

<sup>32</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 11ª Edição. P. 185/186. Editora Juspodivm. Salvador. 2010.

<sup>33</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. Art. 6. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

<sup>34</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Art. 18 Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Disponível

caracteriza tradicionalmente as ações de interesses individuais, onde o próprio lesado defende os seus interesses que foram afetados.

O PL3880/2012<sup>35</sup> veio no intuito de estabelecer a legitimidade extraordinária das partes para pleitear a indenização por dano social juntamente com os demais tipos de indenizações, visto que estaria pleiteando em seu nome um direito que é inerente a toda a sociedade, podendo ainda afirmar que tratar-se-ia de presentatividade do indivíduo frente a sociedade, uma vez que esse indivíduo encontra-se inserido na própria sociedade. Deste modo ter-se-ia um caráter difuso da proteção social, onde o lesado poderia pleitear não só o ressarcimento para si mesmo como também para a própria sociedade sem prejuízo de eventual tutela coletiva, o que, nesse caso, ocorreria a chamada continência das ações, bem como a aplicação do artigo 94 do CDC<sup>36</sup>, quando necessário, levando a extinção deste pedido inserido na ação individual, distinguindo-se neste ponto das tutelas coletivas.

O novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2016<sup>37</sup>, com base no direito comparado e nas *Class Acts* do direito britânico, trouxe no artigo 333 - vetado pela Presidente da República - a possibilidade de conversão das ações individuais em ações coletivas, como sugestão de solução para as demandas recorrentes.

No mesmo sentido, o PL 3880/2012<sup>38</sup> tomou por base o direito comparado, e o caso canadense *Whiten v. Pilot Insurance Co*<sup>39</sup>, no qual a Suprema Corte do Canadá indica

---

em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

<sup>35</sup>BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3880/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544869>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

<sup>36</sup> BRASIL *Código de Defesa do Consumidor*. Art. 94 Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

<sup>37</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 17 de março de 2016.

<sup>38</sup>BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3880/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544869>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

<sup>39</sup> CANADA. Supreme Court. *Case n. 27229/2002*. Judge McLachlin, Beverley. Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1956/index.do> >. Acessado em: 17 de março de 2016.



alguns princípios que servem de orientação para o valor a ser arbitrado a título de Dano Social.

O primeiro ponto destacado pela corte canadense no referido julgado é a necessidade de se ter em mente a natureza excepcional da aplicação dos *punitive damages* originários, que apenas deve ser imposto nos casos de arrogância, malícia, arbitrariedade ou conduta altamente reprovável do agente, evitando a banalização do instituto como ocorreu com o instituto do dano moral no Brasil<sup>40</sup>.

O segundo ponto refere-se à necessidade do *quantum* indenizatório que deverá ser proporcional ao grau de reprovabilidade do ato lesivo, devendo ser considerado o grau de vulnerabilidade da vítima, e a vantagem ou proveito obtido pelo agente no atuar ilícito, bem como o poder econômico do ofensor e o efeito multiplicador das demandas.

Por fim, para evitar-se a temerária “indústria do dano”, na aplicação do chamado Dano Social, o PL3880/2012<sup>41</sup> prevê que o montante fixado a este título deverá ser revertido para a própria sociedade, não integrando o patrimônio do lesado individualmente, mas sim ao patrimônio social, sendo destinado a um fundo estatual específico de finalidade vinculada a ser definida em lei estadual.

Na esteira da hipótese acima levantada, será mister uma reforma do pensamento jurídico Brasileiro para que se possa atingir uma maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Essa reforma no pensamento jurídico já está ocorrendo aos poucos, com a

---

<sup>40</sup> CONJUR. *Justiça faz esforço para não alimentar indústria do dano moral*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-08/justica-faz-esforco-nao-alimentar-industria-dano-moral>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

<sup>41</sup>BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 3880/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544869>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.



propositura dos Projetos de Lei 3880/2012<sup>42</sup> e 568/2015<sup>43</sup>, em tramite na Câmara dos Deputados.

---

<sup>42</sup>BRASIL. Camara dos Deputados. *PL 3880/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544869>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

<sup>43</sup>BRASIL. Camara dos Deputados. *PL 568/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=961689>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.



## CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar com o presente artigo que, a função pedagógica da indenização não deve ser relegada a um segundo plano, sendo instrumento necessário para atender os preceitos constitucionais da proporcionalidade do quantum indenizatório frente ao dano causado, sendo possível a atuação do juiz ser balizada pelos princípios constitucionais e legais sem gerar enriquecimento desproporcional a qualquer das partes.

O remédio contra ações infundadas e abusivas que busquem especular com o instituto do Dano Moral deve ser construído através de uma aplicação mais rigorosa das normas que tratam da litigância de má-fé, com a imposição das respectivas sanções até mesmo de ofício, como permite os artigos 16 e 18 do CPC, e o desenvolvimento de uma jurisprudência firme, que rejeite as pretensões desarrazoadas, bem como uma melhor análise do caso concreto, para que com o sistemático não acolhimento de postulações dessa índole desestimule os aventureiros acarretando em uma vertente diminuição de tais demandas.

Não se pode justificar um ilícito por outro, como não se pode justificar uma inércia judiciária baseada no fantasma doutrinário da chamada indústria do dano. O caráter dissuasivo-punitivo do dano moral perde completamente sua função frente a um judiciário temeroso, e inexpressivo que insiste em manter as condenações em valores relativamente baixos para o causador do ato lesivo, escondendo-se atrás da desculpa de que qualquer condenação mais expressiva viria a incentivar a chamada indústria do dano moral. Tal atitude só serve por incentivar a manutenção do comportamento danoso, visto que este passa a ser muito mais lucrativo do que se prontificar a evitar futuros ilícitos.

Não compete ao juiz, em sua atuação funcional, tentar corrigir todos os desacertos do mundo, mas deve, quando possível emitir soluções aos problemas sócias e não meras sentenças sem qualquer força efetiva.



A teoria do Dano Social expressa no PL3880/2012, e aqui apresentada, agasalha-se na interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, atendendo efetivamente a aclamada função punitivo-pedagógica das indenizações além de dissuadir os ilícitos reiterados, sem, contudo, gerar o temido enriquecimento sem causa e trazer maior eficácia as sentenças, auxiliando o judiciário a retirar-se do ciclo vicioso de condenações rotineiras e ineficazes frente o poder econômico de infratores recorrentes.

Ademais, sabe-se que a aplicação da proposta de criação do dano social trazida pelo PL3880/2012, não deve ser vista como única solução para os problemas da efetividade das sentenças no judiciário pátrio, mas apenas um meio disponível para se buscar a máxima efetividade da atividade jurisdicional, que é direito fundamental de todos.



## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDREWS, Neil, *Multi-party proceedings in England: representative and group actions*. In: Duke. *Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, n.2. Durham: Duke University School of Law. Spring/Summer, 2001. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?11+Duke+J.+Comp.+&+Int'l+L.+249>. Acesso em 16 de março 2016.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. *Código de civil, comercial, processo civil e constituição da república*. (Org.) Yussef Said Cahali. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

----- . *Código Civil. Lei n.º 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Lex: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 de março. 2016.

----- . *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Lex: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 29 de março 2016.

----- . *Lei n.º 5.869, de 11 jan. 1979*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada)>. Acesso em: 20 de março 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 23 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

-----, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 3. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of The United States*. New York: Oceana, 1996.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KIONKA, Edward J. *Torts*. EUA: West, 2005.

MAIA, Cristiana. C. M. *Quem tem medo do Dano Moral? - O nascimento do Dano Social*. 2011. 140f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2011.

MARTINEZ, Luciano. *A efetividade sob a perspectiva da coletivização do processo do trabalho*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (ISSN: 2177-0034). Porto Velho: TRT da 14ª Região, 2010, p. 193-215, disponível em [http://www.trt14.jus.br/Documentos/Revista\\_TRT14\\_01\\_2010.pdf](http://www.trt14.jus.br/Documentos/Revista_TRT14_01_2010.pdf). Publicação em outubro/2010. Acesso em: 20 de março 2016.

-----, Luciano. *O Dano Moral Social no âmbito trabalhista*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (ISSN: 2177-0034). Porto Velho: TRT da 14ª Região, 2009, p. 553-572, disponível em: [http://www.trt14.jus.br/Documentos/Revista\\_TRT14\\_2010\\_n2.pdf](http://www.trt14.jus.br/Documentos/Revista_TRT14_2010_n2.pdf). Publicação em outubro/2009. Acesso em: 20 de março 2016.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral Problemática do Cabimento à fixação do Quantum*. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de Processo Civil*. V. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, S. S. *Direito Civil: Parte Geral*. V. 1. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.



VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Contratos em Espécie*. v. III. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. IV. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

## Legalidade da interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação

Débora Rodrigues de Paula

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

**Resumo:** O tema aborto sempre se revelou um tabu na sociedade. No entanto, não há como negar que esse assunto é recorrente e apresenta relevância jurídica. Tanto na seara da saúde pública e dignidade da pessoa humana, que transita pelos fundamentos do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, quanto na do Direito Penal, o aborto tem ganhado espaço, mas pouco tem se discutido acerca. Sua relevância no cenário jurídico teve lugar quando do julgamento da interrupção da gravidez de feto anencefálico. A essência do trabalho é ampliar o espectro da legislação a partir da interpretação do momento em que se tem início a vida do feto, estabelecendo um marco objetivo para que o aborto ocorra de forma legal, através da visão neurológica, tal como, pautado no entendimento expresso pelo Conselho Federal de Medicina, estabelecer o marco da 12ª semana de gestação para que tal interrupção seja realizada.

**Palavras-chave:** Constitucional. Penal. Aborto. Interrupção. Gravidez. Saúde Pública.

**Sumário:** Introdução. 1. Aborto e interrupção da gravidez. 2. Do conceito de vida. 2.1 Teoria concepcionista. 2.2 Teoria natalista. 2.3 Teoria da Nidação. 2.4 Teoria Neurológica. 3. O aborto e a legislação nacional. 3.1 Aborto necessário. 3.2 Aborto Sentimental. 4. O STF e a antecipação do parto de feto anencefálico. 5. Da necessidade de se legalizar a interrupção da gravidez. 5.1 Direitos individuais. 5.2 Da interpretação conforme a Constituição Federal. 5.3 O princípio da proporcionalidade e o direito penal. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da interrupção da gravidez, o que não se pode confundir com o aborto, que é considerado crime pelo ordenamento jurídico brasileiro, salvas raríssimas exceções, abarcadas na legislação penal, mais precisamente no artigo 128, I e II do Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.

A interrupção da gravidez é tema recorrente de debates jurídicos, sociológicos, filosóficos, econômicos e, ousa-se dizer, principalmente religiosos. Por essa razão, necessário que se esclareça que para abordar o tema no presente trabalho pretende-se fazê-lo sob as óticas jurídica, científica da teoria neurológica que demarca o conceito de vida e social de saúde pública.



A saber, há diversas teorias que pretendem explicar o conceito de vida, e que, aliadas às premissas jurídicas, estabelecem o marco inicial da personalidade jurídica e da vida, a fim de se interpretar o artigo 2º da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

A divergência é tamanha que o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Arguição de Preceito Fundamental. A Suprema Corte, ao julgar o caso da interrupção da gravidez de feto anencefálico enfrentou, ainda que de forma tímida, a questão do início da vida, e instituiu a diferença jurídica entre interromper a gestação e abortar.

É nesse contexto que o trabalho se desenvolverá. Levando em consideração quando e como tem início a vida, a fim de que se estabeleça um marco temporal para a interrupção de toda e qualquer gravidez, tendo ainda, como base, as estatísticas levantadas no cenário global acerca da mortalidade das mulheres que praticam o aborto de forma clandestina.

Outro ponto de suma importância é a limitação da interferência do Estado na vida da pessoa. Certo é que a liberdade de escolha do ser humano deve prevalecer sobre as decisões do Estado, a não ser que com as suas escolhas a pessoa coloque sua vida em risco, o que acarretaria em alguma responsabilidade estatal.

Dessa forma, cria-se a tríade dentro da abordagem constitucional do tema: a não proteção ao feto, vez que não tem ainda vida; a proteção à liberdade da mulher de usufruir livremente de seu corpo; e, por fim, mas não menos importante, a limitação do Estado na ingerência da vida do ser humano.

Busca-se alertar para a importância de se posicionar acerca da legalização do aborto no Brasil, sob uma ótica puramente científica, sem levar em consideração qualquer ponderação religiosa, tendo em vista que o Brasil é um país laico, logo, levar em consideração posicionamentos religiosos na construção de um ato legislativo não encontra amparo no enredo constitucional. O aborto clandestino é a quinta causa de morte materna no Brasil, país no qual a cada 2 dias uma brasileira morre em razão de aborto realizado em más condições. A relevância social do tema é explícita, e merece total atenção do mundo jurídico.

## 1 ABORTO E INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ

A distinção entre as expressões “aborto” e “interrupção da gravidez” ganhou relevância quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 pelo Supremo Tribunal Federal.

Os termos são tratados como sinônimos, inclusive, pela doutrina. O doutrinador Guilherme Peña de Moraes assim trata do aborto:

O aborto é revelado pela interrupção da gravidez, com a destruição do feto, excluída a ilicitude da conduta nas hipóteses de aborto terapêutico ou necessário, quando não houver outro meio que possa ser empregado para salvar a vida da gestante, e de aborto sentimental ou humanitário, quando a gravidez resultar de estupro ou ocasião do produto da concepção seja precedida pelo consentimento da gestante ou de seu representante legal.<sup>1</sup>

De fato, não parece lógico não tratar as expressões como sinônimas. No entanto, o aborto, do glossário jurídico, encontra-se tipificado no Código Penal, mas especificamente em seus artigos 124 e seguintes, sendo, então, tratado como crime pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por essa razão, ao julgar a ADPF 54, os ministros do STF fizeram por bem distinguir a situação ali retratada como interrupção da gravidez, e não aborto. Isso porque, segundo o decano do Tribunal, o Ministro Celso de Mello, o embrião anencefálico não possui, sequer, potencialidade de vida. Dessa forma, descartaram qualquer tipo de decisão acerca da legalidade do aborto quando do julgamento desse caso.

O Ministro Gilmar Mendes, por outro lado, não apresentou uma posição tão vanguardista. Entendeu que se tratava, sim, de hipótese de aborto, e que o que estava sendo decidido pela Casa era uma hipótese de exceção a ser somada ao rol já previsto na Legislação Brasileira.

Assim, a Suprema Corte do país continuou silente acerca da legalidade ou não do aborto, no entanto, não há como se negar que o julgamento em comento resultou em precedente inédito, tendo sido levado em consideração a possibilidade de se discutir um tema que nem sempre foi pacífico no ordenamento jurídico, qual seja o conceito de vida.

Diversas são as teorias que se prestam a estabelecer o marco inicial da vida, tendo sido a teoria natalista mais aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>1</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 562.



Apesar das divergências, pode-se afirmar que, em não havendo vida não há que se falar em aborto, mas, sim, em interrupção da gravidez.

## 2. DO CONCEITO DE VIDA

O artigo 2º do Código Civil disciplina quando se tem iniciada a personalidade civil da pessoa, o que se dá com o seu nascimento com vida, restando salvaguardados, desde já, os direitos do nascituro.

Frise-se que o nascituro não foi tratado como sujeito de direitos, mas sua situação jurídica é de mera expectativa de direitos, que se concretizará com o nascimento com vida.<sup>2</sup>

A celeuma nasce, justamente, da leitura desse artigo. A lei não conceitua o que seria nascer com vida, criando, assim, espaço para diversas teorias nascessem a fim de explicar o conceito ali trazido.

A importância dessas teorias é palpável, principalmente porque não se pode engessar o ordenamento jurídico quando se trata de tema tão sensível quanto o conceito de vida.

Para que se possa ter uma maior noção do explicitado, imprescindível a análise das teorias mais relevantes para o enfrentamento da matéria.

### 2.1 TEORIA CONCEPCIONISTA

Segundo essa teoria, a vida teria se iniciado desde o momento da concepção do feto. Pode-se perceber que essa não foi a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, à simples leitura do artigo 2º do Código Civil supra mencionado, pois entende que nascituro é pessoa humana.

---

<sup>2</sup> BARBOZA, Heloísa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado* Conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro/São Paulo: RENOVAR, 2011, p. 6/8.





Essa teoria, com influência direta do direito francês, foi difundida no Brasil, principalmente, por Silmara Juny Chinelato, e é defendida pela doutrinadora Maria Helena Diniz, que sustenta que a personalidade jurídica pode ser dividida em formal e material.

A formal seria aquela inerente aos direitos de personalidade, porquanto a material estaria ligada aos direitos patrimoniais. Segundo a doutrinadora, o nascituro já goza da personalidade jurídica formal desde a sua concepção, vindo a material a se concretizar com o nascimento com vida.<sup>3</sup>

Apesar de não ter sido a teoria adotada pelo ordenamento pátrio, foi essa a adotada pelo Código Civil do Peru<sup>4</sup>, em seu artigo 1º

*Artículo 1º.- Sujeto de Derecho*

*La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.*

*La vida humana comienza con la concepcion. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribucion de derechos patrimoniales esta condicionada a que nazca vivo.*

Essa teoria vem ganhando adeptos em razão da fertilização in vitro, que consiste na técnica de fecundação extracorpórea na qual o óvulo e o espermatozoide são previamente retirados de seus doadores e são unidos em um meio de cultura artificial localizado em vidro especial.

## 2.2 TEORIA NATALISTA

Tem-se afirmado que essa foi a teoria agasalhada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Segundo a teoria natalista o nascituro não seria pessoa detentora de direitos, mas de mera expectativa deles, o que se concretizaria com o seu nascimento com vida.

Dentre os adeptos dessa teoria, pode-se citar Caio Mário da Silva Pereira, que sustenta haver dois requisitos para que se tenha a personalidade, ou seja, para que se tenha o nascimento com vida, quais sejam: nascimento e vida.

Ocorre o nascimento quando o feto é separado do ventre materno, seja naturalmente, seja com auxílio de recursos obstétricos. Não há cogitar do tempo de gestação ou

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 35.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.abogadop Peru.com/codigo-civil-peru-1984-abogado-ley.php>> Acessado em 31 março de 2014



indagar se o nascimento ocorreu a termo ou foi antecipado. É necessário e suficiente para preencher a condição de nascimento, que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria.

A vida do novo ser configura-se no momento em que se opera a primeira troca oxicarbônica no meio ambiente. Viveu a criança que tiver inalado ar atmosférico, ainda que pareça em seguida. Sede que tenha respirado, viveu: a entrada de ar nos pulmões denota a vida, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical e a sua prova far-se-á por todos os meios, como sejam o choro, os movimentos e essencialmente os processos técnicos de que se utiliza a medicina legal para a verificação do ar nos pulmões.<sup>5</sup>

Percebe-se que para os que sustentam a aplicação da teoria natalista, a forma como se deu a concepção não tem maior relevância, pois o que se leve em consideração é o nascimento em si do ser, se ao ser separado do corpo da mãe consegue, de forma independente, manter o seu sistema biológico funcionando. Antes disso não se poderia falar em vida.

### 2.3 TEORIA DA NIDAÇÃO

De acordo com essa teoria, a vida do embrião teria início quando esse se fixa à parede uterina, o que levaria, em média, 72 horas.

É com base nessa teoria que se entendeu que a chamada pílula do dia seguinte não implicaria em aborto. Segundo essa teoria a vida teria início com o pré-embrião, que é o produto da fusão das células germinativas até 14 dias após a fertilização, seja essa da modalidade que for, quando do início da formação da estrutura que dará origem ao sistema nervoso.

Essa teoria foi a balizadora para a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) nº 33 de 17 de fevereiro de 2006, que aprova o regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos.

---

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 219.

## 2.4 TEORIA NEUROLÓGICA

Essa teoria nasce a partir de uma construção contrária. Isso porque leva em consideração os requisitos adotados pelo ordenamento jurídico atualmente para que se possa falar em morte, por assim ser, em perda da personalidade.

Ora, se é certo que só se perde a personalidade jurídica com a morte, mais certo ainda é que só há morte quando há vida. Nesse sentido, os conceitos de morte e vida encontram-se intimamente interligados.

Ocorre que o entendimento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, com base nos ensinamentos da medicina e da ciência atuais, e na Resolução CFM nº 1.480/97 é o de que há morte quando há a morte cerebral, ou encefálica.

Antes de se aderir a esse entendimento, há quem afirmasse que a morte se dava com a cessação dos batimentos cardíacos, por exemplo. Porém, Caio Mário da Silva Pereira bem pondera em sua obra que “a ciência moderna, entretanto, chega a uma conclusão diferente. A vida do indivíduo está subordinada à atividade cerebral”.<sup>6</sup>

Dessa forma, pode-se afirmar que enquanto ainda não há atividade cerebral, não há vida. Basta, então, definir quando se dá o início da atividade cerebral.

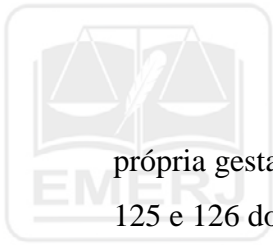
Assim, poder-se-ia afirmar que, enquanto ainda não formado o tronco encefálico ou o tálamo, não há atividade cerebral e, por consequência, não há vida. Se não há vida, não se fala em aborto, mas sim em interrupção da gravidez.

## 3. O ABORTO E A LEGISLAÇÃO NACIONAL

No atual ordenamento jurídico brasileiro tem-se o aborto legal e o ilegal, ambos com previsão no Código Penal (Decreto Lei nº 2548/40). O aborto ilegal pode ser realizado pela

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 223.



própria gestante ou com ou sem o seu consentimento, e encontra-se tipificado nos artigos 124, 125 e 126 do referido diploma legal:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.<sup>7</sup>

Esse artigo, no entanto, tem por objetivo pormenorizar as hipóteses do aborto legal, sejam elas já existentes ou que deveriam existir, numa interpretação conforme a Constituição Federal.

### 3.1 ABORTO LEGAL

O aborto poderá ser realizado por agente de saúde devidamente qualificado em duas situações legalmente expressas, quais sejam: (i) quando a gravidez significar risco a vida da gestante; ou (ii) quando a gravidez resultar de estupro e o aborto for precedido de consentimento da gestante, ou, se incapaz, por seu representante legal. Nesse caso tem-se excludentes especiais da ilicitude do crime de aborto:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.<sup>8</sup>

Poderá, também, ser realizado quando a gestação for de feto anencefálico, em que pese essa previsão não se encontrar expressamente na Lei, resulta de construção jurisprudencial, em decorrência do julgamento da ADPF 54, pelo Supremo Tribunal Feral.

<sup>7</sup> BRASIL. Código Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 08 de setembro de 2014.

<sup>8</sup> Ibid.

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)<sup>9</sup>

Assim, o aborto legal pode ser necessário ou sentimental.

### 3.1.1 ABORTO NECESSÁRIO

Previsto no artigo 128, I, *supra*, do Código Penal, o aborto necessário consiste na Interrupção proposital da gravidez realizada numa urgência pelo obstetra, em circunstâncias excepcionais, nos casos de iminente perigo de vida da gestante, perigo este advindo de perturbações graves e irremediáveis do curso normal da gravidez. A medicina elenca numerosas circunstâncias que tornam incompatíveis o organismo da gestante com o do feto. O aborto necessário é também conhecido como terapêutico.

Durante a gravidez, apresenta-se às vezes, em razão do estado da mulher ou de alguma enfermidade intercorrente, séria e grave complicação mórbida, pondo em risco a vida da gestante. Em tal situação, cabe ao médico averiguar a viabilidade da continuidade daquela gravidez. Caso conclua pela impossibilidade da gestação, senão com a morte da gestante, lhe é permitido interromper a gravidez, com o sacrifício do feto, independentemente de autorização judicial.

Importante ressaltar que, se for averiguada qualquer possibilidade de salvar tanto a gestante quanto o nascituro, deve ser essa a atitude do médico.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 08 de setembro de 2014.



A licitude do aborto necessário não depende de consentimento da gestante ou pessoas de sua família, podendo, inclusive, ser realizado contra a sua vontade, desde que presentes os requisitos legais, simultaneamente:

O aborto necessário exige dois requisitos, simultâneos: a) perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime.<sup>10</sup>

Em razão do iminente perigo de vida é que alguns doutrinadores, por todos Cezar Roberto Bitencourt, sustentam que o aborto necessário pode ser realizado por qualquer pessoa, mesmo que não sendo profissional da área de saúde, em razão do estado de necessidade previsto no artigo 24 do Código Penal.

### 3.1.2 ABORTO SENTIMENTAL

Também conhecido como aborto ético ou humanitário, essa modalidade de aborto encontra-se prevista no Código Penal em seu artigo 128, inciso II, e tem incidência nos casos de gravidez que resultam de estupro, não impondo a lei qualquer limite temporal para que a gestante dê o seu consentimento.

Para se autorizar o aborto humanitário são necessários os seguintes requisitos: a) gravidez resultante de estupro; b) prévio consentimento da gestante, ou, sendo incapaz, de seu representante legal. A prova tanto do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal.<sup>11</sup>

Como se sabe, onde a lei não restringiu não deve o intérprete fazê-lo. Dessa forma, mesmo que não haja sentença criminal transitada em julgado acerca do crime de estupro ou autorização judicial para que se realize o aborto, esse não poderá ser considerado criminoso.

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial 2 – Dos crimes contra a pessoa*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 174.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 175.

#### 4. O STF E A ANTECIPAÇÃO DO PARTO DE FETO ANENCÉFALO

No julgamento da ADPF 45, o STF foi instado a se manifestar acerca de tema de grande relevância no cenário jurisdicional brasileiro, qual seja a antecipação do parto de feto anencefálico.

Foi ponderado pelo Ministro Marco Aurélio – relatora da referida demanda – que até o ano de 2005 já haviam sido formalizados cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina<sup>12</sup>, o que ressaltava a necessidade de enfrentamento do tema pela Corte Constitucional.

Para se chegar à conclusão acerca do tema, o ministro Marco Aurélio se pautou em cinco pilares: interpretação do instituto conforme a Constituição Federal, Estado laico, dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

Assim, brilhantemente aquela Corte sedimentou o entendimento de que, numa interpretação conforme a Constituição Federal, mostra-se inconstitucional a interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal Brasileiro.

É assim, então, que se tem, hoje, a legitimidade do aborto em situação não prevista pela Lei, mas que dela não poderia ficar de fora. Trata-se de verdadeira judicialização da política e adequação do ordenamento jurídico à realidade.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54, Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9mcpfe>>, último acesso em 08 de setembro de 2014.



## 5. DA NECESSIDADE DE SE LEGALIZAR A INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ

Segundo a Pesquisa Nacional de Aborto, ao completar 40 anos, mais de um em cada cinco mulheres já teria feito um aborto, no Brasil. A pesquisa demonstrou, ainda, que dentre as mulheres que recorrem a esse feito, encontram-se as entre 18 e 29 anos de idade, sendo mais comum entre aquelas de menor escolaridade. Importante salientar que a religião pouco interferiu na opção pelo aborto, tendo em vista que a maioria dos abortos foi realizada por católicas.<sup>13</sup>

A Organização Mundial de Saúde – OMS – aponta a América Latina e o Caribe como as regiões com o maior índice de aborto clandestino no mundo, em coleta de dados que abrangeu os anos de 1990 à 2008, e mulheres de 15 a 44 anos, sendo que o índice de mortalidade na América Latina desses abortos clandestinos é o décuplo da Europa.<sup>14</sup>

No mundo, a cada dois minutos uma mulher morre devido a complicações no parto ou na gravidez, sendo que no Brasil registram-se mais de mil mortes por ano em razão do aborto<sup>15</sup>. O aborto se mantém na pauta das pesquisas brasileiras há, pelo menos, 20 anos, sendo solidificado que o aborto é uma questão de saúde pública.

Como reflexo dessa situação, em 2004, 243.998 internações na rede SUS foram curetagens pós-abortamento, correspondentes aos casos de complicações. As curetagens são o segundo procedimento obstétrico mais realizado nas unidades de internação, sendo superados apenas pelos partos normais.

Além do mais, o abortamento é uma importante causa de mortalidade materna no país. Em 2001, aconteceram 9,4 mortes de mulheres por abortamento por 100 nascidos vivos. A mortalidade materna, ou seja, ‘a morte de uma mulher que ocorre durante a gestação ou dentro de um período de 42 dias após o término da gestação, independente da duração ou localização da gravidez’, de acordo com definição do Ministério da Saúde, é algo evitável 92% dos casos<sup>16</sup>

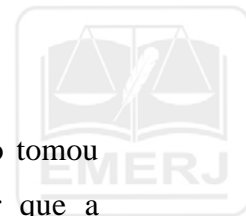
<sup>13</sup> DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Disponível em <<http://www.scielosp.org/pdf/csc/v15s1/002>>, Acesso em 08 de setembro de 2014.

<sup>14</sup> Organização Mundial da Saúde – OMS. Department of Reproductive Health and Research, World Health Organization. *Unsafe Abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*, Genebra, ano 2011, 6. ed. Disponível em <[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44529/1/9789241501118\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44529/1/9789241501118_eng.pdf)>. Acesso em 08 de setembro de 2014.

<sup>15</sup> Dados obtidos em <<http://www.onu.org.br/opasoms-no-brasil-realizam-evento-para-celebrar-o-dia-nacional-pela-reducao-da-mortalidade-materna/>>, último acesso em 08 de setembro de 2014.

<sup>16</sup> OFÍCIO CFM nº 4867/2013 – PRESI *Subsídios para o debate sobre os excludentes de ilicitude do aborto* – Documento síntese elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pelo CFM para análise do tema.





Tomando como base algumas das diretrizes que o Ministro Marco Aurélio tomou para pautar seu voto na decisão da ADPF 54, por exemplo, poder-se concluir que a legalização da interrupção da gravidez é imperiosa.

## 5.1 DIREITOS INDIVIDUAIS

Os direitos individuais podem ser conceituados como direitos fundamentais próprios do homem-indivíduo, porque titularizados e exercidos por pessoas individualmente consideradas em si, com a delimitação de uma esfera de ação pessoal.<sup>17</sup>

Entre eles tem-se o direito à vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança. Sendo que os dois primeiros incidem de maneira profunda na temática da legalidade do aborto.

Ao se falar em direito à vida é imprescindível que se conjugue esse direito ao da dignidade da pessoa humana. Assim, deve-se ter em mente que todo indivíduo tem direito a vida digna.

É por isso que se admite o aborto sentimental, aquele previsto no artigo 128, II do Código Penal, pois “o Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso pode lhe acarretar”<sup>18</sup>.

Ainda no âmbito do direito à vida, tem-se o direito à integridade física, que abrange o direito ao próprio corpo, e aqui entra um conceito interessante da limitação do Estado na disposição do indivíduo do seu corpo, com base no princípio da proporcionalidade.

Os direitos fundamentais, especialmente os direitos individuais, procedem à limitação do poder político na medida em que estatuem, relativamente ao Estado e aos particulares, um dever de abstenção, isto é, asseguram a existência de uma esfera

<sup>17</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos Individuais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.21

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Especial 2*. São Paulo: SARAIVA, 2012. Ebook, posição 3253 do Kindle Paper White.



de ação própria, inibidora de interferências indevidas, de forma que são satisfeitos por um abster-se ou não atuar.<sup>19</sup>

Nesse passo, o que se tem é que o Estado só deve atuar quando as escolhas do indivíduo colocaram em risco a sua saúde ou a sua dignidade. Decidir sobre a continuação de uma gestação não implica em nenhum desses âmbitos, logo, a atuação do Estado estaria limitada à sua abstenção.

Isso se torna nítido quando se leva em consideração a teoria neurológica e a posição do Conselho Federal de Medicina e da Organização das Nações Unidas acerca da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação.

O Conselho Federal de Medicina é favorável à interrupção da gestação até a 12<sup>a</sup> semana, quando o sistema nervoso central do feto não está formado ainda, o que indica que ele não sentiria dor. Mais, pela experiência médica, depois desse tempo há maior risco para a gestante.<sup>20</sup>

## 5.2 DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Código Penal é de 1940, e deve ser adaptado à realidade social, qual seja a de que o aborto é uma realidade social, sendo visto, inclusive, como questão de saúde pública. Não pode a lei se afastar das necessidades da sua comunidade.

Assim, a omissão do Estado nesse campo é inconstitucional, uma vez que preza a Constituição Federal pela cidadania, dignidade da pessoa humana e promoção do bem de todos.

Há na Constituição, ainda, a previsão de planejamento familiar, no artigo 226, §7º, o que confere à pessoa a liberdade de decidir acerca da eventualidade de sua prole,

---

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2a edição apud MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: ATLAS S.A., 2014, p. 327

<sup>20</sup> Disponível em [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3). Acesso em 08 de setembro de 2014.



principalmente em razão da paternidade responsável. Por essa razão, são admitidos diversos métodos contraceptivos.

No entanto, sabe-se que nenhum método apresenta 100% de eficácia, de modo que uma gestação indesejada não está fora de cogitação. Nada mais realístico que o Estado assegure todos os meios necessários para que a família possa estabelecer livremente sua dimensão.

Saliente-se que não se defende o manuseio do aborto como método contraceptivo, mas sim como forma de política pública, apta a garantir à mulher uma vivência digna.

Interessante que se saiba, por fim, que o Uruguai, em dezembro de 2012, editou a Lei de Interrupção da Gravidez – que leva em consideração o período de 12 semanas de gestação –, e, segundo balanço oficial do governo uruguaio, desde a entrada em vigor da referida lei nenhum caso de interrupção de gravidez resultou em mortalidade materna.

Mais, a Lei prevê apoio à gestante, por intermédio de equipe interdisciplinar, sendo concedido à gestante um prazo para maturar a sua escolha. Em, de fato, optando pelo aborto, esse é feito com base nas diretrizes da OMS. Os resultados oficiais também demonstram que 6,3% das mulheres desistiram da ideia de abortar e continuaram com sua gravidez, após realizar as consultas com as equipes multidisciplinares.<sup>21</sup>

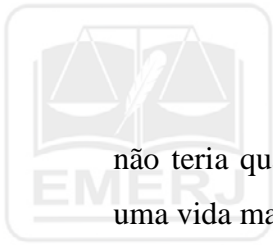
### 5.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO PENAL

O princípio da proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro apresente grande relevância, vez que será o dosador entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada<sup>22</sup>.

Nesse norte, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece em seu artigo 5º que a lei só tem direito de proibir as ações prejudiciais à sociedade<sup>23</sup>, de forma que

<sup>21</sup> Ley nº 18987 disponível em <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18987&Anchor=>> Acesso em 03 de dezembro de 2014.

<sup>22</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral I*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.54.



não teria qualquer baliza manter-se estabelecido como crime um ato que traria à sociedade uma vida mais saudável.

Não há proporcionalidade em continuar a se punir um ato de desespero, qual seja a interrupção da gravidez, que quando realizada sem a devida assistência médica e estatal culmina na morte de mulheres.

## CONCLUSÃO

O aborto não foi sempre um ato repugnado e tratado como crime, pelo contrário, tendo em vista que em algumas sociedades era encorajado e visto como necessário para que se mantivesse a ordem social.

Certo é que esses argumentos não poderiam pesar para a tomada de escolha da Sociedade Brasileira, Democrática e Fraternal, pela legalização da antecipação da gravidez, mas sim a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade do seu próprio corpo e à vida.

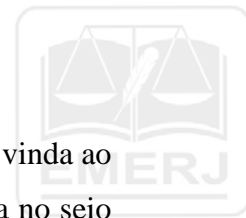
O que se tem é o conflito básico entre direitos e garantias fundamentais de sujeitos amplamente protegidos pelo ordenamento jurídico, situando-se de um lado a mulher e do outro o nascituro.

Ambos gozam do direito à vida e à dignidade, de forma que o que deve socorrer a comunidade jurídica nesse caso são as técnicas de ponderações dos princípios, aliadas à análise das implicações reais da problemática do aborto clandestino.

Em que pese não parecer possível colocar em cheque o direito à vida de dois sujeitos distintos, deve-se ter em mente que a dignidade da pessoa humana não se limita à vida em si da pessoa, mas também à sua expectativa de vida.

---

<sup>23</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1979, disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> último acesso em 03 de dez de 2014.



Há que se pensar qual seria a expectativa de vida de uma pessoa quando sua vinda ao mundo não é desejada. Quando a sua expectativa de vida não é esperada e aguardada no seio familiar.

Ademais, a dignidade de pessoa da mulher que opta pela interrupção da gravidez e é tratada como criminosa, quando se sabe que optar por tal caminho já é deveras difícil, não trazendo qualquer prazer àquela que por ele percorre.

Some-se a isso o fato de que o aborto clandestino já é encarado pelo Ministério da Saúde como questão de saúde pública, tendo em vista as situações precárias em que essa prática é realizada, em clínicas que não são submetidas ao crivo da Administração Pública e por profissionais que não são devidamente qualificados.

Não bastasse essa situação, a mulher fica tão desamparada que, em não obtendo sucesso com a interrupção, não há nenhum mecanismo jurídico que lhe socorra, pelo contrário, será a mulher enquadrada no tipo penal previsto nos artigos 124 e seguintes do Código Penal, não lhe sendo oportunizada, sequer, a possibilidade de buscar uma reparação civil pelo dano causado durante o procedimento abortivo, uma vez que seu próprio atuar já configura ilicitude.

Dessa forma, imperioso concluir pela necessidade de se criar bases legais que amparem tanto a mulher quanto o nascituro que se encontrem nessa situação.

Certo é que ao Direito cabe regular as situações fáticas de relevância para a sociedade, e o aborto não pode mais consistir em tabu por si só, enquanto se fecham os olhos para a situação deplorável em que muitas mulheres se encontram.

A fim de garantir, então, a segurança necessária a todos os envolvidos, além de a melhor forma para que essa interrupção ocorra, dentro dos princípios basilares da sociedade democrática.

Já se foi comprovado que até a formação do tronco encefálico não há reprodução de impulsos aos nervos, o que quer dizer que não se pode vislumbrar vida naquele nascituro, uma vez que a falta de vida é a falta de impulsos produzidos pelo cérebro (morte cerebral). Mais, se não há estímulo neurológico, aquele feto é incapaz de sentir dor.

Dessa forma, a interrupção da gravidez até a 12ª semana, momento em que o Conselho Regional de Medicina entendeu como aconselhável para tal, encontra-se em harmonia com os preceitos fundamentais constitucionais, devendo ocupar assento no



ordenamento jurídico brasileiro, evitando-se, assim, a mortalidade materna crescente e a falta de dignidade na gestação, para mãe e nascituro.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal - V. 1 - Parte Geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2014

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal – V. 1 - Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2011

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal - V. 2 - Parte Especial – Dos crimes contra a pessoa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2014

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 08 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Código Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 08 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 set. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Especial 2*. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Disponível em <<http://www.scielosp.org/pdf/csc/v15s1/002>>.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: ATLAS S.A., 2014

Organização Mundial da Saúde – OMS. Department of Reproductive Health and Research, World Health Organization. *Unsafe Abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*, Genebra, ano 2011, 6ª ed. Disponível em

<[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44529/1/9789241501118\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44529/1/9789241501118_eng.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos Individuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

URUGUAI. Ley n. 18.897 Interrupción voluntaria del embarazo. Disponível em <[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18987&Anchor=>](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18987&Anchor=)>. Acesso em: 08 set. 2014.



## O IMPACTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 NO ACESSO À JUSTIÇA COMO UMA EFETIVA GARANTIA

Demétrius Amaral Leitão

Graduado em Direito pela Faculdade  
Candido Mendes. Advogado.

**Resumo:** o Acesso à Justiça é uma garantia constitucional que busca permitir a proteção jurisdicional a todo aquele que sentir lesado ou ameaçado em seu direito. O ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma evolução no que tange ao acesso à Justiça, sendo certo que hodiernamente busca-se uma verdadeira e efetiva proteção àqueles que depositam no Poder Judiciário a solução de suas lamentações. Os direitos fundamentais, que ganharam notório destaque com na Constituição da República de 1.988, com toda sua gama de características, contribuem para que o Poder Judiciário preste uma efetiva e constante proteção, inclusive frente a atuação ineficiente de outros Poderes da República. O cerne do trabalho é demonstrar como a Constituição da República contribuiu para um acesso à Justiça eficiente, verificando a importância que os Direitos Fundamentais exercem sobre a referida garantia, bem como a necessidade de uma atuação efetiva do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Jurisdição.

**Sumário:** introdução. 1. As ondas de acesso à justiça e a sua contribuição para a possibilidade de acesso à ordem jurídica justa. 2. O impacto dos direitos fundamentais no acesso efetivo à justiça. 3. O efetivo acesso à Justiça com a Constituição da República de 1988. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as consequências jurídicas do acesso à Justiça após Constituição de 1988, dentro de um contexto de acesso à ordem jurídica justa. Procura-se demonstrar que o fortalecimento do Poder Judiciário possibilitou as interferências em matérias que inicialmente não eram atinentes a sua área de atuação. Para tanto, será analisado como a Constituição da República de 1988 trouxe um regramento voltado à proteção dos direitos fundamentais, depositando no Poder Judiciários a função de Guardião desses direitos.

A Constituição da República traz a garantia do Devido Processo Legal e da Inafastabilidade da Jurisdição. Essa previsão traz como consequência uma efetiva tutela



jurisdicional das pretensões dos jurisdicionados, não bastando apenas a mera garantia formal de acesso às portas do Poder Judiciário. Nesse diapasão, surgem alguns questionamentos: Como deve ser entendido o acesso à justiça frente ao novo regramento constitucional sobre direitos fundamentais? Qual a importância dos direitos fundamentais no que respeita o acesso à justiça? Quais seriam as possíveis consequências práticas dessa garantia do acesso à justiça?

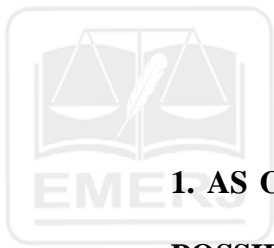
O tema merece ser estudado, na medida em que o Judiciário vem efetivando diversos direitos através da jurisdição, o que passa necessariamente pelo estudo do acesso à justiça. Para melhor compreensão do tema, o acesso à justiça será analisado sob a ótica do direito fundamental merecedor de proteção. Abordando-se o acesso à justiça como um acesso à ordem jurídica justa, será explicado, sucintamente, como se deu as ondas de acesso à justiça. Será exposto, ainda, a necessidade de concessão de tutela jurisdicional adequada às legítimas expectativas dos jurisdicionados.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando um breve histórico sobre as ondas do acesso à justiça, demonstrando-se em que fase encontra-se atualmente.

Adiante, no segundo capítulo, como a Constituição da República busca a proteção dos direitos fundamentais, aborda-se um breve estudo desses direitos, com objetivo de avaliar uma ampliação no campo de atuação do Judiciário.

O terceiro capítulo expõe como o acesso à justiça (leia-se: acesso à ordem jurídica justa) repercute na proteção daqueles que buscam uma prestação jurisdicional, buscando demonstrar que o acesso à ordem jurídica justa deve ser capaz de permitir a exata proteção ao direito dos jurisdicionados.

A pesquisa que se pretende realizar utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.



## 1. AS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A POSSIBILIDADE DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

A garantia do acesso à Justiça deve ser compreendida como uma garantia efetiva e não como uma mera previsão formal de que todos podem demandar perante o Poder Judiciário, bastando para tanto preencher as condições da ação e os pressupostos processuais.

Nessa esteira, para Alexandre Freitas Câmara<sup>1</sup> “deve-se entender a garantia do acesso à Justiça como uma garantia de acesso à ordem jurídica justa”.

Nessa linha de raciocínio, é importante fazer uma análise do que a doutrina chama de “três ondas de acesso à Justiça”.

Na primeira onda de acesso à Justiça, a preocupação foi no sentido de permitir a todos o acesso gratuito ao Poder Judiciário, ou seja, buscou-se acabar com os obstáculos de ordem econômica que impediam os mais necessitados de levarem as suas pretensões ao Estado-Juiz.

Em regra, a atividade exercida pelo Judiciário não é gratuita, mas onerosa, de modo que para uma pessoa possa levar uma pretensão ao conhecimento do Judiciário é necessário recolher às custas do processo e, caso seja necessário a interposição de algum recurso, também será necessário pagar um determinado valor. Além disso, também é necessário o gasto que o demandante certamente terá ao contratar um advogado.

Acontece que nem todos dispõem de recursos para arcar com as custas do processo sem prejuízo de sua subsistência ou de sua família. Sabendo dessa realidade, a Lei n. 1.060/50 veio assegurar isenção de custas processuais e, além disso, o art. 5º, LXXIV, CRFB/88 prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita

---

<sup>1</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 38.

aos que comprovarem insuficiência de recursos”, o que certamente será feito através da Defensoria Pública, considerada uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, conforme prevê o art. 134, caput, CRFB/88<sup>2</sup>.

Assegurada a assistência jurídica gratuita, cumpriu-se a primeira onda de acesso à Justiça, permitindo-se que todos tenham acesso às portas do poder Judiciário, independentemente da condição econômica de cada um.

Nesse passo, passa-se a análise da segunda onda de acesso à Justiça, hipótese em que se percebeu que haviam determinados interesses que ficavam de fora da proteção jurisdicional.

Ora, a regra tradicional no direito processual brasileiro é que uma pessoa somente pode ir a juízo pleitear um direito que lhe pertence (conforme art. 6<sup>o</sup><sup>3</sup>, do CPC de 1973). Acontece que existem certos direitos que não pertencem especificamente a um sujeito determinado, mas a uma coletividade, como os direitos difusos e coletivos.

Em razão da regra exposta acima, impedia-se que alguém demanda-se pleiteando a proteção dos direitos difusos e coletivos, pois esses não pertencem propriamente a uma pessoa determinada, impossibilitando, assim, a sua defesa em Juízo pelo modo ordinário.

Percebeu-se que era necessário criar mecanismos de defesa desses direitos que não pertencem propriamente a um sujeito, mas a coletividade. Assim, como instrumentos que visam proteger tais direitos podemos citar a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, cumprindo, assim, com a preocupação manifestada na segunda onda de acesso à Justiça.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

<sup>3</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2016.



Na terceira e última onda de acesso à Justiça a preocupação está em garantir a satisfação das legítimas expectativas do jurisdicionado. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara<sup>4</sup> “a preocupação do processualista deve ser descobrir meios capazes de garantir uma prestação jurisdicional capaz de satisfazer o titular das posições jurídicas de vantagem que busca, no Judiciário, abrigo para suas lamentações e pretensões”.

Dentro dessa ótica da terceira onda, há diversos pontos que podem ser apontados, como o princípio da instrumentalidade das formas, que prega uma ideia de desapego às formas, considerando válido os atos processuais realizados de modo diferente do previsto em lei, desde que lhe preencham a finalidade essencial, conforme depreende-se dos artigos 154 e 244 do CPC de 1973<sup>5</sup>.

Apenas para ilustrar essa terceira onda, há também a preocupação de valorizar outros meios de resolução de conflitos diversos da Jurisdição, como é o caso da arbitragem. Nesse ponto, cabe mencionar que quanto mais pessoas utilizarem-se desses meios alternativos de resolução de conflitos, menor será a quantidade de processos tramitando perante o Judiciário, o que o tornará mais célere e com melhor qualidade.

Hodiernamente, vive-se a terceira onda de acesso à Justiça, com uma nítida preocupação em satisfação do jurisdicionado.

Nesse ponto, não se pode deixar de fazer menção ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, positivado no art. 5º, XXXV, da CRFB/88<sup>6</sup>, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa norma é dirigida ao legislador e ao Estado-Juiz.

---

<sup>4</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>5</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

Assim é que, sob pena de inconstitucionalidade, o legislador fica impossibilitado de editar normas que impeçam ou restrinjam o acesso ao Judiciário daqueles que se considerem titulares de uma posição jurídica de vantagem.

Do mesmo modo, o Estado-Juiz também é destinatário da norma. Ora, tendo em vista que a CRFB/88 garante o direito de acesso à Justiça, a tal direito corresponde o dever do Estado-Juiz de prestar a tutela jurídica adequada à aqueles que procurem o Judiciário procurando proteção a seu direito.

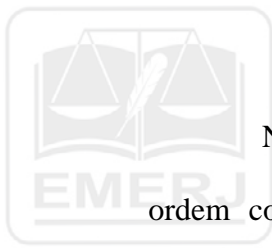
Portanto, cabe ao Estado-juiz prestar a tutela adequada, razão pela qual Alexandre Freitas Câmara<sup>7</sup> afirma que deve “ser considerada inconstitucional qualquer norma que impeça o Judiciário de tutelar de forma efetiva os direitos lesados que a eles são levados em busca de proteção”.

Partindo dessa linha de raciocínio, toda norma que venha a impedir a concessão de liminares por parte do juiz deve ser tida por inconstitucional. Assim, se num determinado caso específico o juiz verificar que a concessão da liminar for a única forma de conferir uma tutela adequada ao direito posto em análise, a liminar deve ser deferida, sob pena de tornar a garantia do acesso à Justiça uma garantia meramente formal, não adequada a proteção dos direitos lesados e ameaçados.

Pelo exposto verifica-se que o acesso à justiça deve ser efetivamente assegurado, não podendo ser encarado como uma mera garantia formal de demandar perante o Judiciário. Cabe ao Judiciário assegurar um acesso efetivo à justiça, prestando a adequada e efetiva proteção aos jurisdicionados que sejam titulares de direitos ameaçados ou lesados, permitindo, assim, que esses tenham um acesso à ordem jurídica justa.

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 51 e 52.



Nesse ponto, a garantia de acesso à justiça vem sendo impactada com a nova ordem constitucional que ampliou largamente o rol de direitos fundamentais e o controle do Judiciário face aos outros Poderes da República, o que denota uma maior atenção à tutela adequada que deve ser prestada ao jurisdicionado, conforme a preocupação externada na terceira onda de acesso à Justiça.

## **2. O IMPACTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA**

O acesso à justiça ganha força com a nova ordem constitucional que demonstra uma grande preocupação com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

A nova ordem constitucional conferiu aos titulares de direitos fundamentais meios concretos para a satisfação de suas pretensões e, ao mesmo tempo, permitiu que o Poder Judiciário atue de forma mais efetiva, intervindo em relações privadas e públicas, no sentido de prestar um acesso à justiça efetivo, com a proteção do direito deduzido em juízo.

Nessa linha de raciocínio, é importante que se faça uma análise dos direitos fundamentais, que terão grande influência na efetivação do acesso à justiça.

Os direitos fundamentais são aqueles ligados a condição de pessoa e decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Os direitos fundamentais possuem estrutura principiológica, isto é, são considerados normas-princípios. Assim, na hipótese de haver colisão entre direitos fundamentais caberá ao Poder Judiciário, na análise do caso em exame, buscar conferir



proteção a aquele direito que tenha prevalência no caso concreto, através do método da ponderação.

Nesse sentido cabe menção à lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino segundo a qual “o conflito só pode ser resolvido a partir da análise das peculiaridades do caso concreto, que permitirão decidir qual direito deverá sobrepujar os demais, sem, contudo, anular por completo o conteúdo destes”.<sup>8</sup>

Nessa linha, a titularidade desses direitos é atribuída às pessoas, que poderão pugnar judicialmente pela aplicação do direito que lhe favorece. Essa aplicação poderá ocorrer tanto nas relações das pessoas com o Estado e na Sociedade.

Nesse sentido, ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que “os direitos fundamentais constituem garantias constitucionais e universais (e cláusula pétrea), motivo pelo qual não se pode pretender represa-los somente nas relações de direito público”<sup>9</sup>.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é “o que se vem denominando de [...] eficácia horizontal dos direitos fundamentais”<sup>10</sup>.

De outro lado, denomina-se eficácia vertical dos direitos fundamentais a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre as pessoas e o Estado, em relações de subordinação.

Sobre o ponto, nasce para o Estado o dever de adotar as medidas necessárias e adequadas a fim de conferir a proteção efetiva a tais direitos. Por tal motivo é que vem se admitindo o controle, pelo Poder Judiciário, sobre políticas públicas (por exemplo,

---

<sup>8</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. 14. ed. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método, 2015, p. 111.

<sup>9</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013, p. 73.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p 73.



políticas públicas de saúde), em hipóteses de omissão dos outros poderes, sem que, contudo, haja violação ao princípio da separação dos poderes.

Percebe-se uma grande tendência de ampliação do rol de políticas que são suscetíveis de controle por parte do Poder Judiciário, fato que contribuiu para ampliar o acesso efetivo à justiça.

No que respeita as características dos direitos fundamentais, é importante que se mencione a inviolabilidade, a universalidade, a efetividade e a relatividade.

A característica da inviolabilidade dos direitos fundamentais demonstra não ser possível sua inobservância pelo Estado.

Desse modo, considerando que o juiz é uma autoridade pública, não é lícito a ele indeferir uma pretensão que esteja legitimamente pautada num direito fundamental; caberá a efetivação do acesso à justiça mediante a proteção do direito fundamental.

Já a característica da universalidade dispõe que os direitos fundamentais “devem abranger todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica”.<sup>11</sup>

Essa característica se coaduna com a primeira onda de acesso à justiça, que se preocupava em permitir a todos o acesso ao Poder Judiciário.

Por sua vez, a característica da efetividade é no sentido de que a “atuação do Poder Público deve ter por escopo garantir a efetivação dos direitos fundamentais”<sup>12</sup>.

Essa característica demonstra claramente o impacto que os direitos fundamentais vêm exercendo sobre o acesso à justiça, que não pode ser entendido como a mera garantia formal de demandar, mas sim como a possibilidade de demandar e, efetivamente, defender um direito que lhe pertence.

---

<sup>11</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. 14 ed. *Direito Constitucional Descomplicado*, São Paulo: Método, 2015, p. 101.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p 101.



Por fim, a característica da relatividade dispõe que “os direitos fundamentais não têm natureza absoluta<sup>13</sup>”, isto é, podem ser relativizados no caso concreto.

No que respeita o acesso à justiça, essa característica demonstra relevância no que tange à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Sobre o ponto, vale menção a importante observação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, no sentido de que “essa aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas terá consigo a mitigação do princípio da autonomia da vontade (liberdade de contatar)”.<sup>14</sup>

Assim caberá ao Poder Judiciário realizar eventual ponderação de interesses a fim de preservar o direito prevalente no caso concreto, prestando a adequada e efetiva proteção aos jurisdicionados que sejam titulares dos direitos ameaçados ou lesados.

Ainda no que respeita os direitos fundamentais, cabe mencionar que há três tipos de proteção conferidos a esses direitos: a proteção normativa, a proteção processual e a proteção institucional.

A proteção normativa decorre da norma constitucional, isto é, direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas. Logo, não podem ser suprimidos por projeto de Emenda à Constituição.

Nessa esteira, a proteção processual é aquela decorrente do processo, isto é, a Constituição da República traz o processo como meio de proteção aos direitos fundamentais. Assim é que os remédios constitucionais são postos à disposição dos jurisdicionados para que pleiteiem a proteção de seus direitos fundamentais lesão ou ameaçados de lesão.

---

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> FARIAS, op. cit., p. 75.



Por fim, a proteção institucional é aquela que decorre de instituições, que tem como escopo a proteção de tais direitos. Desse modo, o Poder Judiciário se legitima quando exerce suas funções no sentido de proteger os direitos fundamentais de ameaça ou efetiva lesão, o que terá como consequência a garantia do efetivo acesso à justiça.

Pelo exposto verifica-se que o acesso à Justiça é impactado pela sistemática dos direitos fundamentais. Assim, confere-se ao Poder Judiciário meios de efetiva proteção a direitos violados, seja em relações privadas, seja em relações públicas.

Caberá ao Poder Judiciário a efetiva intervenção nas situações jurídicas a fim de preservar os direitos dos jurisdicionados, e, sendo necessário, poderá exercer o controle de políticas públicas ou restringir a autonomia privada dos particulares.

### **3. O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA de 1988**

A Constituição da República trouxe um novo panorama para aqueles que procuram a busca pela efetivação de justiça, isso é, pela real proteção daqueles que se encontrem numa posição jurídica de vantagem.

No âmbito processual, a Constituição da República Federativa do Brasil traz a previsão de diversos princípios constitucionais do Direito Processual, que são princípios que servem de direção para o funcionamento de todo o sistema processual vigente na ordem jurídica brasileira.

Segundo Alexandre Freitas Câmara, dentre os princípios constitucionais do Direito Processual, o princípio do devido processo legal “é, em verdade, causa de todos os demais”<sup>15</sup>. Como decorrência do devido processo legal, pode-se citar o princípio

---

<sup>15</sup> CÂMARA, op. cit., p. 35.

constitucional do contraditório, considerado um direito fundamental. É de se observar que esse princípio possui um duplo enfoque: um enfoque jurídico e outro enfoque político.

Pelo enfoque jurídico, o contraditório assegura às partes a garantia de ciência dos fatos que ocorrem durante o processo, possibilitando, ainda, a manifestação sobre tais fatos. Por outro lado, pelo enfoque político, o princípio assegura a legitimidade do exercício do poder estatal. Sobre o ponto, Alexandre Freitas Câmara explica o seguinte:

qualquer que seja a função exercida pelo Estado, só se terá exercício legítimo de poder quando houver participação no procedimento (ao menos potencial) de todos aqueles que podem vir a ser alcançados pelos efeitos do ato estatal produzido. Tal participação deve ser garantida, pois, em todas as três funções classicamente atribuídas ao Estado: legislativa, administrativa e jurisdicional.<sup>16</sup>

Nesse ponto, observa-se que não basta possibilitar a manifestação da parte diante da ciência de um ato ou fato ocorrido no processo, mas é necessário se permitir à parte os meios para que, efetivamente, influencie na decisão a ser tomada, isso é, no provimento jurisdicional a ser proferido.

Percebe-se que um acesso efetivo à justiça depende, necessariamente, da observância do princípio do contraditório em sua plenitude. Desse modo, decisões tomadas pelo Judiciário que não tenham sido objeto de contraditório judicial são consideradas nulas.

Ainda sobre o princípio do contraditório, pode-se observar sua aplicabilidade no âmbito das relações privadas, em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso porque o princípio do contraditório é considerado direito fundamental, e esses direitos também são aplicados nas relações privadas.

Sobre o ponto, vale menção às lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

---

<sup>16</sup> CÂMARA, *Ibid.*, p. 55.



A título exemplificativo, é possível afirmar que a exclusão da pessoa jurídica de um associado que pratica condutas inconvenientes e prejudiciais à associação como um todo, assim como a aplicação da multa ao condômino antissocial (que é aquele que incomoda a paz coletiva do condomínio, gerando uma incompatibilidade de convivência), consentidas pelos arts. 57 e 1.337 do Código Civil, respectivamente, têm de ser precedidas de ampla defesa e contraditório (o devido processo legal), garantido pelo art. 5º, LV, da Lex Legum, sob pena de serem afrontados os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”.<sup>17</sup>

Como é evidente, a Constituição da República vem alargando a proteção de situações jurídicas de vantagens até mesmo nas hipóteses de litígio entre particulares, pois o acesso à justiça deve ser garantido a todos, indistintamente.

Para garantir efetivo acesso à justiça, a Constituição da República traz outro princípio constitucional, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Assim é que se assegura acesso ao Poder Judiciário a todo aquele que for lesado ou se sentir ameaçado em seu direito.

Para exercer o controle, o Poder Judiciário se vale da chamada Função Jurisdicional, que é a função do Estado de fazer realizar a vontade real do direito objetivo.

Essa função estatal tem como objetivo assegurar a proteção dos direitos fundamentais daqueles que procurem proteção no Poder Judiciário.

Sobre o ponto, deve-se mencionar que matérias que outrora eram reservadas às decisões políticas do Estado acabam por ser decididas pelo Poder Judiciário. É o fenômeno da Judicialização da Política, segundo o qual se analisa questões políticas pelo enfoque jurídico, isto é, pela visão do Direito Objetivo.

Como é de conhecimento geral, ao mesmo tempo em que a Constituição da República ampliou largamente a proteção aos direitos e garantias fundamentais, também previu que a lei não pode excluir de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

---

<sup>17</sup> FARIAS, op. cit., p. 73 e 74.

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais de segunda geração, como o direito à saúde e à educação, são direitos que demandam, para sua efetivação, prestações positivas por parte do Estado, sendo certo que as políticas públicas são os instrumentos adequados para efetivação desses direitos.

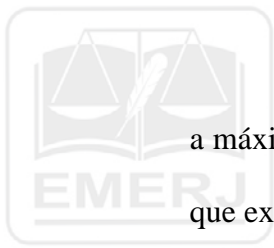
Tradicionalmente, as políticas públicas são delegadas aos Poderes Legislativo e Executivo. Ocorre que a realidade demonstrou que esses poderes nem sempre estão comprometidos com a implementação dos direitos sociais, incorrendo em diversas omissões no que tange à competência que lhes foi outorgada pela Constituição da República para implementação das políticas públicas.

Para evitar que tais direitos fossem lesados, e também para dar efetividade à força normativa da Constituição, o Poder Judiciário vem realizando controle judicial sobre políticas públicas na hipótese de omissão de outros poderes, especialmente nas políticas públicas referente a saúde, creche e pré-escola.

Essa é uma hipótese de aplicabilidade prática do sistema de freios e contrapesos, pois o Poder Judiciário faz a fiscalização de outros poderes que não estão atuando de acordo com o mandamento constitucional. Esse controle pelo Judiciário visa a garantir o mínimo existencial, isso é, visa garantir condições mínimas de direitos fundamentais aos jurisdicionados, a fim de que não se coloque em risco a dignidade desses.

Nessa hipótese de controle do Judiciário frente outro Poder da República, o Judiciário legitima sua atuação pela fundamentação de seus provimentos, sempre tendo em mente que para todo direito fundamental corresponde um direito público subjetivo correspondente apto a ser defendido em juízo.

Em razão da busca do efetivo acesso à justiça, não há nenhuma norma na Constituição da República que não possa produzir efeitos, cabendo ao Judiciário buscar



a máxima produção dos efeitos das normas constitucionais, mesmo que para tanto tenha que exercer controle sobre outro Poder.

Anteriormente à Constituição da República de 1988, sustentava-se não ser possível o controle Judicial sobre atos discricionários do Poder Executivo, argumentando-se que o princípio da separação dos poderes impossibilitaria o exercício de tal controle.

Como consequência, diversas pessoas ficavam alijadas de direitos fundamentais de segunda geração, isso é, diversas pessoas tinham seus direitos sociais violados em razão de omissões do Executivo. Desse modo, ainda que um direito social fosse previsto na ordem jurídica, o cidadão não teria acesso a tal direito caso o Executivo optasse por uma postura omissiva, pois o cidadão não teria meios para realizar o direito concretamente.

Felizmente, a Constituição da República impactou o acesso à justiça e limitou a discricionariedade do Poder Executivo, permitindo que prejudicados pela omissão estatal busquem efetiva guarida no Poder Judiciário para suas súplicas.

Assim é que hodiernamente a discricionariedade do Poder Executivo circunscreve-se a análise de conveniência e oportunidade sobre o seu modo de como atuar frente a um dever imposto constitucionalmente.

No entanto, diante de um dever imposto constitucionalmente, o Estado não poderá optar pela não prestação do direito fundamental, sob pena de violá-lo. Nesse caso, nascerá para o prejudicado o direito de ação em face do Estado.

Nessa linha, para Alexandre Freitas Câmara ação é “o poder de exercer posições jurídicas ativas no processo jurisdicional, preparando o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional.”<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> CÂMARA, op. cit., p. 119.



Assim, deve-se garantir efetiva proteção àqueles que sejam titulares de posições jurídicas de vantagem. Para tanto, o Judiciário poderá intervir em relações eminentemente privadas, ou até mesmo exercer o controle em outro Poder da República.

Para se legitimar, deverá sempre fundamentar suas decisões, sempre demonstrando que sua atuação é necessária para que o interessado tenha um acesso efetivo à justiça, isto é, tenha um acesso efetivo aos direitos que lhes são conferidos pela ordem jurídica.

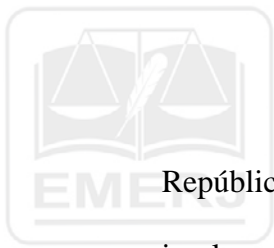
## CONCLUSÃO

A garantia constitucional do acesso à Justiça deve ser encarada como uma garantia efetiva de proteção a todo aquele que tenha direito ameaçado ou lesado. Não se trata de mera garantia formal de demandar perante o Poder Judiciário, mas sim de uma atuação efetiva do Estado-Juiz no sentido de dar concretude a direitos fundamentais, previstos primordialmente na Constituição da República Federativa do Brasil.

Em razão de sua imensa importância, os direitos fundamentais, que servem como fundamento da República Federativa do Brasil, demandam grande atenção por parte da Constituição da República Federativa do Brasil, que outorga ao Poder Judiciário a condição de protetor desses direitos, sendo certo que esse Poder da República se legitima quando atua no sentido de proteção a tais direitos.

Percebe-se que quanto maior for a previsão normativa dos direitos fundamentais, em maior grau será a atuação do Poder Judiciário no sentido de permitir um acesso à ordem jurídica justa àquele que busque proteção no Poder Judiciário.

Portanto, para efetivação da garantia de acesso à Justiça o Estado, em primeiro lugar foi necessário a proteção dos direitos fundamentais pela Constituição da



República, o que permite uma atuação mais ampla do Poder Judiciário no sentido de implementação de tais direitos. Além disso, exige-se, por óbvio, o fortalecimento do Poder Judiciário, pois se este é o protetor dos direitos lesados ou ameaçados, deve ter os meios adequados e suficientes para a satisfação desses direitos, ainda que para tanto tenha que intervir em situações que outrora restariam afastadas da proteção estatal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 28 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em 28 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 28 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm)>. Acesso em 28 mar. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 11. ed. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. 14 ed. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método, 2015.



## **PORTADORES DE INCAPACIDADE LABORATIVA POR DOENÇAS CONGÊNITAS E O DESAMPARO DA SEGURIDADE SOCIAL NO QUE TANGE AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

Eliz Peres Silva

Graduada pela Universidade Candido Mendes – Centro/RJ. Advogada.

**Resumo:** O presente artigo tem como tema “Portadores de incapacidade laborativa por doenças congênitas e o desamparo da seguridade social no que tange aos benefícios previdenciários de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez e ao benefício assistencial de prestação continuada”. A questão que será suscitada neste artigo refere-se ao desamparo a que são postas as pessoas portadoras de doenças congênitas que, por apresentarem determinadas destas anomalias, são incapazes de exercerem atividades laborativas e praticarem atos da vida independente, tendo como consequência da incapacidade laborativa o fato de não serem contribuintes da Previdência Social, não estando amparadas por essa nos casos dos riscos sociais tutelados pela lei previdenciária.

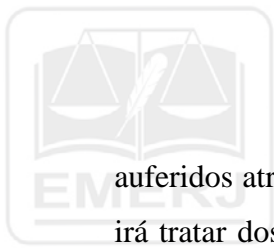
**Palavras-chave:** Direito. Incapacidade. Doença. Congênita. Seguro. Social. Previdência. Assistência.

**Sumário:** Introdução. 1 - Conceito e Classificação dos Direitos Sociais. 2 - Previdência e Assistência Sociais: conceitos. 3 - Benefícios Previdenciários por Incapacidade Laborativa: auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. 4 - Lei Orgânica da Assistência Social: Benefício Assistencial de Prestação Continuada. 5 - Das Doenças Congênitas e a Incapacidade Laborativa: Desamparo Previdenciário e Assistencial. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como tema “Portadores de incapacidade laborativa por doenças congênitas e o desamparo da seguridade social no que tange aos benefícios previdenciários de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez e ao benefício assistencial de prestação continuada.” Para tanto, convém, introdutória e brevemente, dizer acerca da Seguridade Social.

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência sociais. Nesse contexto, destacam-se a previdência e a assistência sociais, em que a primeira corresponde a um seguro social compulsório, eminentemente contributivo, que busca propiciar meios indispensáveis à subsistência dos segurados e seus dependentes quando não podem obtê-los ou não é socialmente desejável que eles sejam



auferidos através do trabalho. Já a assistência social independe de qualquer contribuição, pois irá tratar dos hipossuficientes, clientela que é selecionada com base nos que possuem maior necessidade, sem que exista um vínculo contributivo.

No primeiro capítulo, o tema dos direitos sociais reveste-se de uma grande importância no contexto da sociedade brasileira atual, marcada pela desigualdade e pela pobreza. Assim, este artigo manifesta a previdência social como um direito fundamental da pessoa humana bem como apresenta o Estado, na esfera do poder executivo, como o garantidor desse direito aos cidadãos que se enquadrem na qualidade de segurados da previdência.

No segundo capítulo tem-se a definição do conceito de assistência social, bem como de quem são seus beneficiados. Nesse capítulo, faz-se também a diferenciação da previdência para a assistência social, mostrando que a principal diferença entre uma e outra está no caráter contributivo. Na assistência, os benefícios independem de qualquer contribuição, sendo a clientela da assistência social selecionada com base nos que possuem maior necessidade, sem que exista um vínculo contributivo. Já no tocante à previdência social existe a necessidade de contribuição, pois essa é um seguro compulsório, eminentemente contributivo.

O capítulo terceiro analisa os benefícios previdenciários e assistenciais que possuem como base a incapacidade laborativa. Assim, tem-se o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez e o benefício assistencial da prestação continuada (LOAS). Verificar-se-á a possibilidade de concessão desses benefícios em razão de incapacidade laboral por doenças congênitas, visto que na maioria dos casos de incapazes laborais por patologia congênita, tais casos, não são amparados pelos benefícios supramencionados em virtude de faltar-lhes requisitos legais para serem beneficiários, encontrando-se essas pessoas desamparadas e postas em condições que ferem a dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, observar-se-á, no quarto capítulo, os critérios de concessão dos benefícios previdenciários de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, quais sejam, a qualidade de segurado, a carência e a incapacidade total e permanente ou parcial e temporária, conclui-se que nesse tipo de incapazes sempre há de faltar ou a qualidade de segurado ou a carência; já no caso do LOAS, os critérios de concessão são a incapacidade laboral total e permanente e a miserabilidade, requisito esse fixado objetivamente em lei. Nessa hipótese, em alguns casos concretos, verifica-se a falta do segundo requisito.

Assim, apresenta-se como relevância jurídica desse estudo a proposta de mitigação por parte do julgador do quesito objetivo da miserabilidade, contribuindo essas decisões judiciais



para o amparo social dos portadores de incapacidade laborativa por doença congênita que de fato são miseráveis, mas a lei os exclui através dessa rígida disposição.

Quanto à relevância social desse estudo, discorrida no quinto capítulo, atribui-se a discussão sobre as situações de miserabilidade a que são postas as pessoas portadoras de incapacidade laborativa por doenças congênitas, sendo criada a possibilidade de discussão acerca do desamparo que o Estado, enquanto provedor do bem-estar social, tem proporcionado aos seus “súditos” uma vez que não cumpre com o papel de promover a assistência social destes, que estão à margem da sociedade, ou seja, são marginalizados pelo próprio poder constituído.

Dessa forma, o foco do presente estudo consiste na discussão sobre a questão dos portadores de incapacidade laborativa por doenças congênitas e o desamparo da seguridade social no que tange aos benefícios previdenciários por incapacidade (aposentadoria por invalidez e auxílio-doença) e ao benefício assistencial de prestação continuada (LOAS).

A pesquisa que norteará e fundamentará esse artigo terá como base o método teórico, consistindo na leitura de textos constantes dos livros dos doutrinadores que se posicionaram frente ao tema sugerido, sendo toda análise e estudo nas áreas do Direito Constitucional e Direito Previdenciário, socorrendo-se da Medicina apenas a título de conceituação e exemplificação das doenças congênitas.

## 1 - CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Pode-se dizer que os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais para o pleno gozo dos seus direitos fundamentais individuais. Por isso, tendem a exigir do Estado intervenções na ordem social.

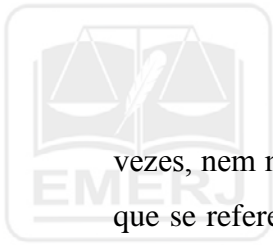
Conforme leciona o professor José Afonso da Silva<sup>1</sup> os direitos sociais:

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Neste diapasão, convém esclarecer o conceito de direitos fundamentais individuais. Para o ilustre professor<sup>2</sup>, nos direitos fundamentais individuais “acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286

<sup>2</sup> Ibid, p. 286



vezes, nem mesmo sobrevive.” Para esse autor, portanto, os direitos fundamentais são aqueles que se referem a características inerentes a pessoa humana e se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Assim, os Direitos Sociais, no dizer do ilustre jurista José Afonso da Silva<sup>3</sup>, “podem ser entendidos como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente”. Neste diapasão, valem como pressupostos do gozo dos direitos fundamentais individuais, haja vista criarem condições materiais propiciadoras ao auferimento da igualdade real, que proporciona uma condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Ainda segundo a doutrina de José Afonso da Silva, os direitos sociais podem ser agrupados em seis classes, a saber: a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos a seguridade, que compreendem os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direitos sociais relativos à moradia; e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idosos; f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Dessa forma, a seguridade social entendida como um direito social pode ser definida como o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e a assistência social, nos termos do artigo 194, caput da CRFB/88.

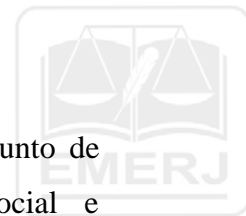
## **2 - PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAIS: CONCEITOS**

A Constituição de 1988 reuniu as coberturas de previdência, assistência e saúde em um sistema de seguridade social, conjugando-as com princípios e objetivos comuns.

Por conta disso, o debate sobre a previdência social tem encontrado cada vez mais abertura no meio acadêmico-jurídico. Esse sistema de proteção social, que antes era restrito aos técnicos e peritos em economia de governos, finalmente tem abrigo na seara jurídica, em decorrência natural de sua expressa previsão como direito social no artigo 6º da Constituição de 1988.

---

<sup>3</sup> Ibid, p. 286/287



Ademais, a Constituição de 1988 consolidou a assistência como um conjunto de prestações vinculadas aos princípios básicos fundadores do Estado Social e Democrático de Direito, em especial à dignidade da pessoa humana.

Portanto, é de suma importância apresentar os conceitos de previdência e assistência sociais sob a ótica da Constituição de 1988 e com base no arcabouço acadêmico-jurídico que surgiu em decorrência da ordem jurídica iniciada em 88.

## 2.1 - PREVIDÊNCIA SOCIAL

Previdência social pode ser considerada um seguro público que protege seus segurados dos riscos sociais previamente estabelecidos pela lei de seguridade social.

O professor Fábio Zambitte Ibrahim<sup>4</sup> aduz que a Previdência Social:

É um seguro social compulsório, eminentemente contributivo mantido com recursos dos trabalhadores e de toda a sociedade, que busca propiciar por meios indispensáveis à subsistência dos segurados e seus dependentes quando não podem obtê-los ou não é socialmente desejável que eles sejam auferidos através do trabalho por motivo de maternidade, velhice, invalidez, morte e seguintes.

A Previdência Social no Brasil compreende duas ordens de regime, a saber: os regimes públicos obrigatórios e os privados de caráter complementar e facultativos. Nos regimes públicos situam-se o regime geral, o único relevante para o presente estudo, e os regimes próprios da previdência constituídos pelos entes da Federação para os seus servidores ocupantes de cargos efetivos.

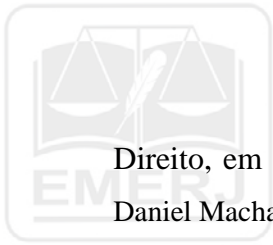
O regime geral da previdência social é regulado pela Lei 8.213/1991, sendo responsável pela sua concretização a autarquia federal denominada Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, vinculado ao Ministério da Previdência Social, instituído tal instituto da forma como hoje é conhecida no ano de 1990.

## 2.2 - ASSISTÊNCIA SOCIAL:

A Constituição de 1988 consolidou a assistência como um conjunto de prestações vinculadas aos princípios básicos fundadores do Estado Social e Democrático de

---

<sup>4</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. A Previdência Social como Direito Fundamental. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1053-1082



Direito, em especial à dignidade da pessoa humana. Nesse dizer, José Paulo Baltazar Júnior e Daniel Machado da Rocha preceituam que:

A assistência social é um plano de prestações sociais mínimas e gratuitas a cargo do Estado para prover pessoas necessitadas de condições dignas de vida. É um direito social fundamental e, para o Estado, um dever a ser realizado por meio de ações diversas que visem atender as necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas da existência humana, tais como a maternidade, infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações físicas.<sup>5</sup>

A assistência social (CRFB/1988, arts. 203 e 204) independe de qualquer contribuição, pois irá tratar dos hipossuficientes, clientela que é selecionada com base nos que possuem a maior necessidade, sem que exista um vínculo contributivo. Trata-se de técnica na qual a atuação protetiva buscará fornecer aquilo que for absolutamente indispensável para fazer cessar o atual estado de necessidade do assistido, tais como alimentos, roupas, abrigo e até mesmo pequenos benefícios em dinheiro. Sua disciplina legal, atualmente, está na Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social).

Desta feita, percebe-se que as prestações de assistência social são destinadas a indivíduos sem condições de prover o próprio sustento de forma permanente ou provisória, independentemente se, individualmente, eles contribuam para o sistema de seguridade social. Destaque-se que assistência social está baseada em duas características principais, a saber, a gratuidade e a necessidade.

O caráter da necessidade direciona as prestações para os mais pobres e vincula a assistência ao conceito de mínimo existencial, fundado, principalmente, na dignidade da pessoa humana. Suas prestações não se destinam a garantir o bem-estar, mas sim fornecer condições básicas de vida àqueles que mais precisam e se encontram em situação de miséria.

Portanto, a necessidade é um fator limitador da característica da universalidade: a universalidade na assistência não é plena, pois suas prestações são direcionadas aos mais pobres. Ela deve ser entendida de outra forma, como impossibilidade de escolha de critérios discriminatórios, por exemplo, por categoria profissional, para entrega de benefícios.

O requisito básico para o gozo das prestações gratuitas de assistência social é a comprovada impossibilidade de manutenção e sobrevivência autônoma, inclusive com o auxílio da família. Essa impossibilidade de sustento próprio é considerada: 1) permanente, se a pessoa estiver incapacitada para o trabalho por motivo de idade avançada ou deficiência

---

<sup>5</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 283.



física ou mental que a afaste das atividades laborais de forma definitiva; ou 2) provisória se houver chance de habilitação ou reabilitação profissional, ou quando houver atingimento eventual por calamidade.

### **3 - BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE LABORATIVA: AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ**

Em atendimento ao objetivo do presente artigo, impende assinalar os benefícios previdenciários decorrentes do risco social incapacidade laborativa, sendo que essa pode ser total ou parcial e permanente ou temporária, sendo certo que os dois benefícios existentes nessa seara, qual seja, a incapacidade laborativa, serão determinados pela classificação do tipo de incapacidade que acomete o pretense beneficiário.

Dessa feita, resta imperioso apresentar os benefícios previdenciários decorrentes de incapacidade laborativa, são eles o benefício de auxílio-doença e o benefício de aposentadoria por invalidez.

O auxílio-doença, previsto no artigo 59 da Lei 8213/1991<sup>6</sup>, consiste em uma renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário de benefício e é devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou para sua atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos.

É devido, ainda, ao segurado empregado a partir do décimo sexto dia do afastamento das atividades e aos demais segurados a contar do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. Desta feita, o benefício em tela cessa quando o segurado se recuperar ou for dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou quando, em sendo considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.

Noutro giro, mister analisar o contorno do benefício que vem tratado no artigo 42, da Lei 8213/1991, qual seja, o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez.

A perda definitiva da capacidade laboral é uma contingência social deflagradora da aposentadoria por invalidez. Distingue-se do auxílio-doença, também concebido para proteger o obreiro da incapacidade laboral, em razão de o risco social apresentar-se aqui com tonalidades mais intensas e sombrias, vale dizer, em princípio, o quadro é irreversível.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n 8.213, de 24 jul 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em 10 set 2011., p. 27





A aposentadoria por invalidez é benefício previdenciário decorrente da incapacidade permanente para qualquer atividade laborativa, podendo ser procedida ou não de auxílio-doença.

O supramencionado artigo 42 dispõe que a aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Expostos os contornos específicos de cada um dos dois benefícios previdenciários por incapacidade laborativa, resta imperioso proceder à análise dos requisitos necessários a fruição tanto do benefício de aposentadoria por invalidez quanto do benefício de auxílio-doença, quais sejam, a manutenção da qualidade de segurado, a carência e a incapacidade total e definitiva para a atividade laboral (aposentadoria por invalidez) ou, ao menos, provisória suscetível de recuperação para mesma ou outra atividade laborativa (auxílio-doença).

### 3.1 - QUALIDADE DE SEGURADO

A qualidade de segurado, disciplinada no artigo 15 e seus incisos da Lei 8213/1991, é adquirida pelo exercício laboral em atividade abrangida pela previdência social ou pela inscrição e recolhimento das contribuições no caso de segurado facultativo. Em uma palavra, aquisição da qualidade de segurado equivale à filiação. No momento em que o cidadão se filia à Previdência, adquire a qualidade de segurado, o que implicará recolhimento de contribuições.<sup>7</sup>

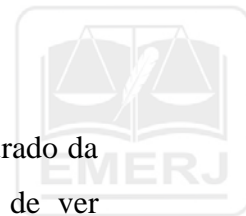
A falta do recolhimento das contribuições terá consequências diversas conforme a espécie de segurado. Para o presente trabalho e por ora, basta a imagem de que alguém se torna segurado pelo exercício da atividade que determina filiação obrigatória e recolhimento das contribuições ou apenas com base neste requisito para o segurado facultativo. Em linha de princípio, então, o segurado manterá essa qualidade enquanto estiver recolhendo as contribuições.

Ademais, neste sentido, deve-se destacar a relevância da filiação ao Regime Geral de Previdência Social por parte do cidadão, uma vez que é a filiação o vínculo jurídico que se estabelece entre o segurado e o RGPS.

---

<sup>7</sup> BALTAZAR JÚNIOR; ROCHA, op. cit. p. 283





Como efeito da contribuição vertida ao RGPS, o cidadão passa a ser segurado da Previdência Social, o que significa dizer que o mesmo adquire a possibilidade de ver atendidas suas necessidades que decorrerem dos riscos sociais tutelados pelo mencionado Regime. Contudo, cessando o recolhimento das ditas contribuições, a tendência é de que o segurado perca esta qualidade, e com ela todos os direitos que lhe são inerentes, ou seja, não mais estará o cidadão amparado pela tutela estatal de possíveis riscos sociais.

Conforme entendimento do professor José Paulo Baltazar Junior<sup>8</sup> e pelo acima evidenciado, resta claro que a qualidade de segurado se traduz como sendo um dos requisitos essenciais para à fruição dos benefícios previdenciários decorrentes de incapacidade laborativa, sendo certo que a não contribuição, por qualquer que seja o motivo, implica na não possibilidade de tutela estatal quando da ocorrência dos riscos sociais por incapacidade laborativa.

Nesse diapasão, convém destacar a possibilidade de estar o segurado coberto pela Previdência Social mesmo não estando vertendo contribuições quando da ocorrência do risco social. É o denominado período de graça.

O artigo 15 da Lei 8213/1991<sup>9</sup> prevê o período de graça, durante o qual o segurado mantém esta qualidade independentemente do recolhimento de contribuições. Assim é que, sobrevindo o evento no curso do período de graça, ainda estará o segurado protegido.

Insta salientar que para aproveitar o período de graça concedido pela Lei, o cidadão deve, necessariamente, ter que em algum momento restar contribuído para o Regime Geral de Previdência Social. Desta feita, não há que se confundir a possibilidade de receber o benefício previdenciário uma vez estando presente o período de graça com benefício assistencial concedido sem ter caráter contributivo, haja vista que o período de graça implica em ter havido contribuição previdenciária.

### 3.2 - CARÊNCIA

O artigo 24 da Lei 8.213/1991<sup>10</sup> consagra o conceito legal de carência como: “o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício” pleiteado.

<sup>8</sup> BALTAZAR JÚNIOR; ROCHA, op. cit., p. 283

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n 8.213, de 24 jul 1991., op., cit., p. 8

<sup>10</sup> BRASIL. Lei n 8.213, de 24 jul 1991., op. cit., p. 14



Como anteriormente disposto, a Previdência é eminentemente contributiva, conquanto inspirada por uma preocupação social atenuadora do caráter meramente atuarial. Neste instituto, não é valorado apenas o número de contribuições, mas também um prazo mínimo de vinculação ao sistema, razão pela qual a vontade do segurado não tem o poder de propiciar a aquisição mais célere desse direito.

Esse requisito não decorre do espírito da Previdência Social, ou seja, suas finalidades mais nobres e altas. É, sim, o resultado de uma necessidade prática, que obriga o legislador a vincular a concessão do benefício ou a prestação do serviço a determinado número de contribuições pagas pelo segurado e pelo empregador, pois destas contribuições advêm os recursos econômicos para a manutenção do sistema em pleno funcionamento.

O parágrafo único do artigo em comento apresenta importante regra acerca do aproveitamento das contribuições anteriores em caso de perda da qualidade de segurado, estabelecendo que nesse caso as contribuições da filiação anterior “só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.”

Sendo a carência o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, o artigo 25 da Lei 8213/1991 apresenta o rol com os períodos de carência necessários para os diversos tipos de benefícios existentes. Os benefícios previdenciários por incapacidade laborativa, quais sejam, o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez reclamam carência de 12 (doze) contribuições mensais.<sup>11</sup>

Cumprir destacar, na seara da carência, que a Lei de Benefícios da Previdência Social – LBPS (Lei 8213/1991), em seu artigo 26, disciplina alguns casos específicos em que a carência será dispensada, ou seja, casos nos quais não será exigido o requisito de pagamento de uma determinada quantidade de contribuições mensais vertidas.

Para o presente estudo, impende registrar a regra do inciso II do artigo acima mencionado, que dispensa a carência quando o risco social decorrer de:

auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidentes de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou por outro fator que lhe

---

<sup>11</sup> BALTAZAR JÚNIOR; ROCHA, op. cit., p. 283

confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado.<sup>12</sup>

### 3.3 - INCAPACIDADE LABORATIVA

A incapacidade laborativa é a impossibilidade temporária ou definitiva para o desempenho das funções específicas de uma atividade ou ocupação, em consequência de alterações biopsicosociais provocadas por doença ou acidente para o qual o pretenso beneficiário restava previamente habilitado e em exercício. Destaque-se que o risco de vida para si ou para terceiros, ou de agravamento da lesão, que a permanência da atividade possa acarretar, está implicitamente incluído no conceito de incapacidade, desde que palpável e indiscutível.<sup>13</sup>

Neste sentido, imperioso destacar que a existência de doença ou lesão não significa incapacidade. Várias pessoas portadoras de doenças bem definidas ou lesões podem e devem trabalhar. Entretanto, se houver um agravamento e este agravamento, seja de natureza anatômica, funcional ou de esfera psíquica, impedir o desenvolvimento da atividade laborativa, aquelas doenças ou lesões anteriormente não podem restar tornadas incapacitantes.

O conceito de incapacidade laborativa deve ser analisado quanto ao grau e quanto à duração da incapacidade. Dessa feita, a incapacidade laborativa pode ser classificada quanto ao grau em parcial ou total e à duração em temporária ou permanente.

No tocante à incapacidade laboral quanto ao grau, será considerado como parcial o grau de incapacidade que ainda permita o desempenho da atividade, sem risco de vida ou agravamento maior e que seja compatível com a percepção do salário aproximado daquele que o interessado auferia antes da doença. Já a incapacidade laborativa total é a que gera a impossibilidade de permanecer no trabalho, não permitindo atingir a média de rendimento alcançada, em condições normais pelos trabalhadores de mesma categoria do pretenso beneficiário.

Concernente à classificação da incapacidade laborativa quanto á duração, considera-se temporária a incapacidade para a qual pode se esperar recuperação dentro de prazo previsível e a incapacidade total é aquela insuscetível de alteração em prazo previsível com os recursos da terapêutica e reabilitação disponíveis.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n 8.213, de 24 jul 1991., op. cit., p. 14

<sup>13</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 301.



O requisito da incapacidade laborativa é o único requisito de fruição dos benefícios previdenciários em decorrência de incapacidade laboral que tem nuances diferenciadas entre ambos, quais sejam, a aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença.

A diferença, comparativamente entre a aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença, repousa na circunstância de que para a obtenção de auxílio-doença basta a incapacidade para o trabalho ou atividade habitual do segurado, enquanto para a aposentadoria por invalidez exige-se a incapacidade total, para qualquer atividade que garanta a subsistência.

### 3.3.1 - Preexistência do Estado Incapacitante

Dispõe o parágrafo único do artigo 59 da Lei 8213/1991 que: “Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão”.<sup>14</sup>

Neste mesmo sentido assevera o parágrafo 2º do artigo 42 da Lei 8213/1991<sup>15</sup> que: “A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.”

Pelo exposto, resta evidente que se o segurado se filia já incapacitado resta frustrada a ideia de seguro social, de modo que a lei presume a fraude. Assim, não será, porém, quando a doença for preexistente à filiação, mas não à incapacidade. Com efeito, é possível que o segurado já estivesse acometido da doença por ocasião de sua filiação, que a incapacidade sobrevenha em virtude do seu agravamento. Por isso, a jurisprudência considera relevante o procedimento do segurado, isto é, se a filiação ocorreu ou não de boa-fé.

Em princípio, a preexistência ou não da incapacidade é questão a ser esclarecida, com base na técnica, por peritos médicos. Todavia, sempre que o exercício do trabalho, especialmente na condição de empregado, for comprovado, deve-se presumir que a incapacidade atual decorreu do agravamento da doença. O cuidado deverá ser maior, porém, quando for alegado exercício de atividade como autônomo, ou se o empregador for parente do requerente do benefício.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n 8.213, de 24 jul 1991., op. cit., p. 21

<sup>15</sup> Ibid.



#### **4 - LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL: BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

A prestação pecuniária assistencial tradicional é conhecida como Benefício da Prestação Continuada, instituído pela Lei nº 8.742, de 07 de Dezembro de 1993, esta conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS. Tal diploma legal regulamenta o artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988, que prevê este benefício. Tecnicamente não se trata de benefício previdenciário, embora sua concessão e administração sejam feitas pelo próprio INSS, em razão do princípio da eficiência administrativa.

O Benefício da Prestação Continuada não é benefício previdenciário devido à sua lógica de funcionamento. Não carece de contribuição do beneficiário, bastando a comprovação da condição de necessitado. Veio substituir a renda mensal vitalícia, que era equivocadamente vinculada a Previdência Social, em razão de seu caráter evidentemente assistencial. Ainda hoje esta prestação é frequentemente denominada de renda mensal vitalícia ou amparo assistencial.

Assim, o benefício assistencial de prestação continuada consiste no pagamento de um salário mínimo à pessoa idosa ou deficiente física que não tenha como se sustentar ou ter seu sustento garantido pela família.

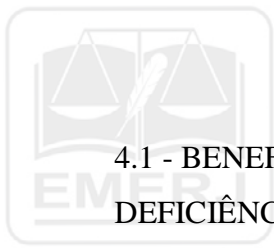
Neste sentido, percebe-se que o benefício de prestação continuada possui requisitos para sua fruição, quais sejam: 1) a deficiência; ou 2) idade avançada, e 3) a situação de necessidade, que no texto legal corresponde a miserabilidade, termo rechaçado pelo presente trabalho.<sup>16</sup>

A deficiência física é um critério dependente de análise médica, tanto para configurar a limitação física ou mental, quanto para evidenciar impossibilidade de exercício de atividade laboral. A idade avançada ensejadora da fruição do benefício deve ser definida por lei, bem como o critério de consideração da necessidade.

Dessa feita, torna-se evidente a existência de duas espécies do presente benefício assistencial, são eles o benefício de prestação continuada para idoso (LOAS idoso) e o benefício de prestação continuada para pessoas portadoras de deficiência (LOAS portador de deficiência).

---

<sup>16</sup> IBRAHIM, op. cit., p. 1053-1082



#### 4.1 - BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

Assevera o artigo 20, segunda parte do caput, da Lei 8.742/1993, que o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência que comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção nem tê-la provida por sua família. Eis no referido artigo a apresentação do benefício da prestação continuada para pessoa portadora de deficiência.

Convém destacar que o conceito, para a concessão desta espécie do benefício de prestação continuada, de pessoa portadora de deficiência deve ser conjugada com a incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Dessa feita, considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que resta incapacitada para a vida independente e para o trabalho, em razão das anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênita ou adquirida, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho.

Neste diapasão, insta salientar que não basta a simples alegação de que o indivíduo não pode exercer atividade laborativa, uma vez que tal situação pode, quando muito, gerar direito ao benefício previdenciário de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez (desde que presentes os requisitos da qualidade de segurado e carência), os quais exigem contribuição previdenciária.

A característica da deficiência, para os efeitos da Lei 8.742/1993 é, além da incapacidade para o trabalho, a impossibilidade de vida independente.

Ademais, o que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.

Diante do exposto, o LOAS para portador de deficiência demonstra tratar-se da espécie do benefício assistencial de prestação continuada que requer que o pretense beneficiário seja incapacitado para a vida independente e para o trabalho, bem como que preencha o requisito da miserabilidade, o qual será abaixo explorado.

#### 4.2 - REQUISITO DA MISERABILIDADE OU A SITUAÇÃO DE NECESSIDADE DO IDOSO OU PORTADOR DE DEFICIÊNCIA

A responsabilidade pelo sustento das pessoas que se encontram em situação de necessidade é inicialmente do círculo familiar e, de forma suplementar, do Poder Público. Os artigos 229 e 230, da Constituição Federal de 1988, prevêm que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade e que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas.<sup>17</sup>

Dessa forma, somente haverá direito às prestações assistenciais se não houver meios próprios ou familiares de sustento da pessoa. A Assistência, portanto, em relação à manutenção da pessoa, configura-se como atividade subsidiária à obrigação alimentar devida pelo cônjuge ou parente.

Neste sentido, três situações podem ocorrer: 1ª) o indivíduo não tem como se manter ou quem o mantenha no núcleo familiar: o Estado deve prestar assistência, conforme previsão constitucional e legal; 2ª) o indivíduo mantém-se ou é mantido pelo núcleo familiar: o Estado não deve prestar assistência social, e 3ª) o núcleo familiar tem como manter o indivíduo, mas não o faz: o Estado deve prestar assistência, podendo buscar ressarcimento pelos valores pagos. Do contrário, a simples negativa de auxílio conduziria à indevida oneração estatal.

Sendo assim, de acordo com as diretrizes do Estado Social, a assistência social surgiu com o fim de diminuir as desigualdades sociais, prover os mínimos sociais e atender as necessidades básicas dos cidadãos, servindo a quem dela necessitar, conforme previsto na LOAS. Assim, a concessão do benefício assistencial de prestação continuada tornou-se o instrumento por meio do qual o legislador constitucional possibilitou a inserção social e a garantia de uma existência digna às pessoas deficientes de baixa renda.

Neste sentido, parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/1993<sup>18</sup> conceitua o requisito de miserabilidade/situação de necessidade/hipossuficiência econômica da seguinte forma: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portador de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.”

<sup>17</sup> IBRAHIM, op. cit., p. 1053-1082

<sup>18</sup> BRASIL. Lei n 8.742, de 7 dez 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em 21 set 2011., p. 10





Impende registrar que a alegação de que o pretense beneficiário é pobre não dá o direito ao mesmo. É preciso lembrar que, no Brasil, milhões de pessoas vivem na pobreza e o benefício de prestação continuada não lhes é dirigido. Para os fins assistenciais dispostos na LOAS, pobreza e miserabilidade são situações distintas.

A fixação de tal requisito restringiu de modo extremo a camada social de pessoas portadoras de deficiência e suas famílias, bem como dos idosos, que seriam amparados pelo auxílio constitucional. O critério da miserabilidade a margem outras tantas pessoas que vivem em condições tão miseráveis quanto aquelas, isto é, as que recebem pouco acima do limite legal estabelecido.

Apesar de tal requisito ser considerado por parte da doutrina como sendo o responsável por “barrar” um grupo considerável e necessitado de pessoas que ultrapassem ligeiramente o limite de 1/4 (um quarto) do salário mínimo nacional não podem receber tal benefício assistencial, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232-DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o critério legal da miserabilidade é válido, sendo certo que o referido critério tornou-se objetivo. Com isso, verificada a renda familiar per capita a partir de 1/4 (um quarto) do salário mínimo, não seria possível fixar a proteção estatal.

Contudo, juízes e tribunais construíram jurisprudência no sentido de que o requisito da miserabilidade é parâmetro insuficiente para cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando a possibilidade de ser temperado o critério à vista da situação ao caso concreto, em que se verificasse que havia peculiaridades subjetivas. Quando acontecesse que o critério acolhido de forma genérica pelo legislador não se mostrasse suficiente para solucionar o problema de sobrevivência, caberia ao Poder Judiciário valorizar os elementos mais adequados para a justa solução do caso concreto.<sup>19</sup>

Diante de tal posicionamento dos Tribunais espalhados pelo país, o próprio Supremo Tribunal Federal, atualmente, parece caminhar no sentido de admitir que o critério legal de 1/4 (um quarto) do salário mínimo como renda familiar per capita pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miséria do indivíduo e de sua família, como é o caso do mandado de verificação feito por oficial de justiça ou assistente social em cumprimento a ordem judicial que consiste em proceder à verificação da situação de vivência em que se encontra o pretense beneficiário e sua família.

---

<sup>19</sup> IBRAHIM, op. cit., p. 12



## 5 - DAS DOENÇAS CONGÊNTAS E A INCAPACIDADE LABORATIVA DECORRENTE DELAS: DESAMPARO PREVIDENCIÁRIO E ASSISTENCIAL

Anomalias congênitas, defeitos de nascimento, mal-formações congênitas ou simplesmente doenças congênitas são termos usados correntemente para descrever perturbações do desenvolvimento presentes desde e no nascimento.<sup>20</sup>

Pode-se perceber que a maioria delas, por se dar na formação do embrião, gera doenças que induzem à incapacidade laborativa e para a prática de atos da vida independente desde o berçário.

Desta feita, as pessoas que nascem com doenças congênitas incapacitantes, sendo certo que as doenças congênitas incapacitantes são em sua maioria as que estão compreendidas nos tipos malformação, perturbação, deformação intrínseca e as novas síndromes, estão fadadas a dependerem por toda a vida de seus familiares, uma vez que não podem laborar tampouco praticarem por si atos da vida independente.

Neste sentido, resta imperioso analisar o caso dos portadores de incapacidade laborativa por doenças congênitas no tocante aos princípios de um Estado Social, mais precisamente no sistema da Seguridade Social, especificamente a Previdência Social, com seus benefícios previdenciários por incapacidade laborativa e a Assistência Social, com seu benefício assistencial de prestação continuada.

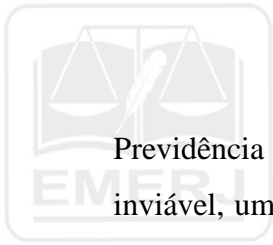
### 5.1 - AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ: FALTA DA QUALIDADE DE SEGURADO

A qualidade de segurado, disciplinada no artigo 15 e seus incisos da Lei 8213/1991, é adquirida pelo exercício laboral em atividade abrangida pela previdência social ou pela inscrição e recolhimento das contribuições no caso de segurado facultativo. Em uma palavra, aquisição da qualidade de segurado equivale à filiação. No momento em que o cidadão se filia à Previdência, adquire a qualidade de segurado, o que implicará recolhimento de contribuições.

Desta feita, percebe-se que para que a qualidade de segurado seja adquirida pelo pretense beneficiário, quer seja do auxílio-doença quer da aposentadoria por invalidez, exige-se que o mesmo esteja em exercício de atividade laborativa, considerada como tal pela

---

<sup>20</sup> MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.. *Embriologia básica*. 7. ed. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 365.



Previdência Social, o que para os portadores de incapacidade laboral por doença congênita é inviável, uma vez que não é possível ao incapaz desde o nascimento o exercício de qualquer atividade laborativa.

Neste sentido, deve-se rechaçar a possibilidade de o portador de incapacidade por doença congênita recolher contribuições previdenciárias na condição de segurado facultativo para poder perceber qualquer dos benefícios previdenciários acima mencionados, haja vista que tal artilagem configura tentativa de fraude a seguridade, já que o pretendo beneficiário jamais teve condições de exercer qualquer tipo de atividade laboral.

## 5.2 - PORTADOR DE INCAPACIDADE LABORATIVA POR DOENÇA CONGÊNITA MAS NÃO MISERÁVEL NOS RÍGIDOS LIMITES DA LEI

O benefício assistencial de prestação continuada, devido aos portadores de deficiência, deve ser tratado à luz dos preceitos assegurados pelo Estado Social brasileiro que, de conformidade com sua base legal, qual seja, a Lei 8213/91, e princípios norteadores, assegurou ao indivíduo, mediante a prestação mediante recursos materiais essenciais, uma existência digna.

O potencial beneficiário para o benefício assistencial deve estar atento ao critério da miserabilidade para a concessão do benefício, visto exigir-se do portador de deficiência que comprove uma renda per capita familiar mensal inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, para ter direito ao amparo.

A fixação de tal requisito restringiu de modo extremo a camada social de pessoas portadoras de incapacidade laborativa por congênita e suas famílias, que seriam amparadas pelo auxílio assistencial. O critério da miserabilidade deixou à margem outras tantas pessoas que vivem em condições tão miseráveis quanto aquelas, isto é, as que recebem bem pouco acima do limite legal estabelecido.

Pautando-se pelo critério de renda familiar per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, o INSS indefere a concessão do benefício. Em virtude do indeferimento do benefício na via administrativa, as pessoas buscam apoio no Poder Judiciário para que sejam analisadas outras condições da família, e não somente a renda per capita, visto que outras situações demonstram as reais necessidades econômicas da família daquele que pretende perceber o benefício em comento.

Coadunando com tal reclamação, a jurisprudência dos tribunais tem sido unânime no sentido de reconhecer a validade de outros recursos para aferir a miserabilidade, pois a



impossibilidade da própria manutenção, por parte dos deficientes e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada não se restringe à hipótese da renda familiar per capita mensal inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, podendo caracterizar-se por outras circunstâncias concretas.

Em conformidade com jurisprudência do STJ, decisão da Turma de Uniformização do Juizado Especial Federal do TRF da 4ª Região fundamentou-se em outros critérios para aferir a miserabilidade do possível beneficiário, como a realização de perícia socioeconômica ou através de mandado de verificação feito por oficial de Justiça.<sup>21</sup>

Em face das várias decisões já firmadas nesse sentido, a questão foi sumulada pela Turma de Uniformização das Decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região: Súmula nº 11: A renda mensal, per capita, familiar, superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 20, parágrafo 3º, da Lei 8742/1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.<sup>22</sup>

Neste sentido, impende registrar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, haja vista que o mesmo tem entendido que o critério objetivo consistente na renda familiar per capita mensal igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo nacional não é o único válido para comprovar a condição de miserabilidade da família do necessitado, nada impedindo que o julgador, diante do caso concreto, faça uso de outros fatores.

Diante do exposto, pode-se concluir que, para fins da concessão do benefício assistencial de prestação continuada, o parâmetro objetivo da renda familiar per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo federal pode ser conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do cidadão, de modo a serem atingidos os objetivos constitucionais, na busca da dignidade da pessoa humana.

No caso dos portadores de incapacidade laborativa por doença congênita, o benefício assistencial de prestação continuada apresenta-se como a possibilidade de ter o necessitado amparo a seu direito, uma vez que restou evidente não fazer jus tal grupo de pessoas aos benefícios previdenciários por incapacidade. Contudo, deve-se aplicar aos portadores de doença congênita a mesma flexibilidade no requisito de miserabilidade que é aplicada aos demais casos, sob pena de tais pessoas não verem seu direito de amparo constitucionalmente garantidos restar efetivamente prestado pela Seguridade Social.

---

<sup>21</sup> IBRAHIM, op. cit., p. 301

<sup>22</sup> BRASIL. Lei n 8.742, de 7 dez 1993., op. cit., p. 10



Ante todo o exposto no presente artigo foi definido o conceito de Estado Social como aquele modelo estatal que garante aos seus cidadãos o mínimo material para que se tenha uma existência digna, ou seja, assegura tipos mínimos no que se refere a moradia, saúde, educação, alimentação e assistência aos desamparados. Corresponde, portanto, ao modelo alcançado por aqueles Estados que conseguiram dar um mínimo de efetividade aos direitos normalmente chamados econômicos e sociais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, firmou-se uma série de garantias de proteção aos direitos sociais, implicando, assim, maior amparo aos direitos individuais dos cidadãos. O princípio basilar e o máximo da ordem constitucional é o da dignidade da pessoa humana, em que o ser humano, por não ser um ente isolado, possui um importante aspecto social dentro do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, cabe ao Estado zelar pela efetividade dos direitos sociais, pois reconhece a cada cidadão o direito a uma vida digna, conforme explicitado no preâmbulo da Constituição, para que não padeçam devido à eficácia jurídica das normas.

No âmbito dos direitos sociais, a Seguridade Social se apresenta como uma proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Neste sentido, destacou-se a Previdência e a Assistência Social como sendo os braços da Seguridade Social que amparam o trabalhador posto em riscos sociais relevantes e aqueles que não podem exercer atividade laborativa, respectivamente.

No tocante aos portadores de incapacidade laborativa por doenças congênitas, restou comprovado que é impossível o amparo por parte da Previdência Social, uma vez que não se preencherá o requisito da qualidade de segurado, haja vista a preexistência da doença.

No que tange ao benefício assistencial de prestação continuada, a pessoa portadora de incapacidade laborativa por doença congênita, comprovou-se que este é o benefício que mais se amolda às necessidades de tal grupo de pessoas, tendo em vista que as mesmas preenchem o requisito da incapacidade laborativa e para atos da vida independente.

Contudo, na análise do requisito da miserabilidade a concessão do benefício da prestação continuada pode frustrar o amparo da Seguridade Social aos portadores de incapacidade laboral por doença congênita, haja vista que o critério legal objetivo aduz que



miserável é aquele que possui renda familiar per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo e nalguns muitos casos a renda é, mesmo que um pouco, superior ao limite legal.

No entanto, provou-se que este critério não é absoluto, uma vez que a aplicação de tal requisito objetivo não afasta a possibilidade de uma interpretação consentânea ao caso concreto, conforme entendimento atual do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, conclui-se que, para atender a necessidade de amparo pela Seguridade Social aos portadores de incapacidade laborativa por doenças congênitas, é possível em alguns casos mitigar a exigência legal considerando as peculiaridades do caso. O valor previsto na norma em regência visa tão somente dar um parâmetro ao julgador para reconhecimento do requisito de miserabilidade, não podendo vincular de forma rígida o Julgador, sob pena de não se fazer Justiça no caso concreto em virtude da abstratividade de tal critério concessor.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n 8.213, de 24 jul 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em 10 set 2011.

\_\_\_\_\_. Lei n 8.742, de 7 dez 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em 21 set 2011.

GUEDES, Marco Aurélio Peri. *Estado e ordem econômico e social: a experiência constitucional alemã*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. A Previdência Social como Direito Fundamental. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.. *Embriologia básica*. 7. ed. São Paulo: Elsevier, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, J. A. A.; TEIXEIRA FLEURY, S. M. *Previdência social: 60 anos de história da Previdência no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes/ABRASCO, 1986.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



## EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Ericka Carvalho Jacomo de Oliveira

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil. Advogada.

**Resumo:** O objeto de estudo é a extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes contra a ordem tributária. Há várias discussões que decorre desse tema, dentre elas está a falta de efetividade da norma penal que pune o não pagamento do tributo mediante sonegação e pela violação de princípios constitucionais na aplicação deste instituto. O objetivo do presente trabalho é demonstrar que a extinção da punibilidade mediante pagamento realizado a qualquer tempo retira a efetividade na norma penal e fere o princípio da isonomia e da proporcionalidade, na medida em que confere benesse maior a quem sonega o tributo enquanto que aquele que comete crime material sem violência recebe repressão mais gravosa.

**Palavras-chave:** Direito Tributário. Crimes contra a ordem tributária. Extinção da punibilidade. Violação de direitos constitucionais.

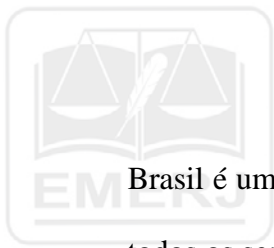
**Sumário:** Introdução. 1. Ineficácia do sistema de parcelamento e pagamento como forma de extinção da punibilidade. 2. Suspensão e a extinção da punibilidade no direito comparado. 3. Violação de princípios constitucionais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A pretensão deste artigo é defender que o parcelamento e o pagamento como formas de extinção da punibilidade é um desestímulo a arrecadação e violam princípios constitucionais da isonomia e proporcionalidade.

A relevância do tema está na realidade social do país, na medida em que a população suporta alta carga tributária e em contrapartida não se vê os recursos auferidos serem revertidos em serviços e benefícios para a população.

O imposto tem como função custear os serviços prestados pelo poder público (educação, saúde, segurança, etc.) e para investimento em infraestrutura. A carga tributária no



Brasil é uma das mais altas do mundo, ainda assim, a população se encontra desamparada em todos os sentidos e em todas as áreas.

Atualmente o país vive uma grave crise financeira, tendo que cortar gastos e aumentar a carga tributária para honrar com suas obrigações. O governo com o objetivo de fazer com que sonegadores quitem os seus débitos tributários tem concedido vários programas de parcelamento e de quitação de débitos. Há ainda a previsão de extinção da punibilidade do crime de sonegação em caso de pagamento.

Ocorre que tais programas não tiveram o efeito esperado, uma vez que não aumentou a arrecadação, além disso, privilegia os grandes sonegadores. Já os pequenos sonegadores, não conseguem quitar seus débitos. Esta medida adotada pelo governo estimula a sonegação, na medida em que a resposta penal é obstada com o pagamento. O devedor somente buscará pagar se descoberto pelo fisco e processado criminalmente.

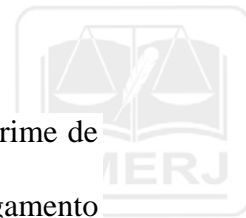
Assim, o primeiro capítulo é dedicado a demonstrar a ineficácia do regime de parcelamento e pagamento como forma de obstar ou mesmo extinguir a persecução penal. Em seguida, no segundo capítulo, será abordado como se dá a extinção da punibilidade no direito comparado. No terceiro capítulo são demonstrados os princípios constitucionais violados pela extinção da punibilidade.

A metodologia adotada é bibliográfica, qualitativa e exemplificativa.

## **1. INEFICÁCIA DO SISTEMA DE PARCELAMENTO E PAGAMENTO COMO FORMA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**

O crime de sonegação fiscal é um ilícito tributário praticado mediante fraude, falsificação, alteração, adulteração ou ocultação com vistas a suprimir ou reduzir o tributo.





A Lei 4729/65, em seu art. 1º, traz um rol de condutas que constituem em crime de sonegação fiscal. Trata-se de crime formal, no qual é irrelevante o resultado (não pagamento do imposto). A referida lei, também, previa em seu art. 2º<sup>1</sup> a extinção da punibilidade quando o agente promovesse o pagamento do tributo devido antes de ter início na esfera administrativa a ação fiscal própria.

Segundo Roberto Carvalho Veloso, mesmo não configurando crime de resultado a punibilidade era extinta com o pagamento, o que demonstra que a norma penal tem o erário como bem jurídico tutelado<sup>2</sup>.

Sobreveio a Lei nº 8137/90, que passou a denominar os crimes como crimes contra a ordem tributária, assim como a natureza passou de crime formal para crime material<sup>3</sup>. O diploma legal, em seu art. 14<sup>4</sup> prevê a extinção da punibilidade se o pagamento se der antes do recebimento da denúncia. Nesse momento o agente ganha um lapso temporal maior para quitar o débito tributário.

Com a edição da Lei nº 8.383/91 foi revogado o art. 14 da Lei nº 8137/90, sendo o instituto da extinção da punibilidade retirada do ordenamento jurídico. Entretanto, retornou no art. 34 da Lei 9249/95<sup>5</sup>, tendo como limite para a quitação do débito tributário o oferecimento da denúncia.

A Lei nº 9.964/00, no art. 15, §3º<sup>6</sup>, também, prevê a extinção da punibilidade à pessoa jurídica se a quitação do débito tributário ocorrer antes do oferecimento da denúncia.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 4729/65, “Art 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria.”

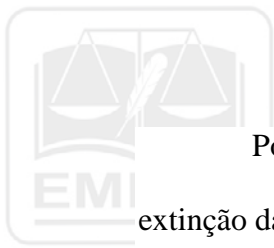
<sup>2</sup> VELOSO, Roberto carvalho. *Crimes Tributários*. São Paulo: Quartier Latin. 2011, p. 152.

<sup>3</sup> Ibid., p. 155.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei 8137, “Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. (Revogado pela Lei nº 8.383, de 30.12.1991)”

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 9249/95, “Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 9964/00, art. 15, § 3º “Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e



Por fim, a Lei 10.684/03 (REFIS 2) previu que o agente será beneficiado com a extinção da punibilidade desde que realizado o pagamento a qualquer tempo, e terá suspensa a pretensão punitiva Estatal coma adesão ao parcelamento, independentemente do regime adotado.

Após a análise do histórica da legislação resta claro que a intenção do Estado não é punir o sonegador, mas sim receber o tributo sonegado. A justificativa para tanta benesse é que a extinção da punibilidade pelo pagamento se trata de política criminal:

busca-se a satisfação do débito tributário, ainda que para tal tenha, o Estado, que abrir mão de punir aquele que praticou a infração penal. Como diz José Paulino, “(...) a opção mais recente foi a extinção da punibilidade, pondo em evidência que o interesse público está na satisfação da dívida. Apenas tipificou o crime para intimidar o contribuinte, impondo-lhe uma pena caso sonegasse. A sanção penal é invocada pela norma tributária para fortalecer a idéia de cumprir a obrigação, tão somente. A partir disso conclui-se que o interesse do Estado está em que se efetue o pagamento do débito. A intenção do agente de sonegar o imposto pouco importa. Satisfazendo o interesse do Estado, que é a quitação do tributo, a sua conduta perde o valor.<sup>7</sup>

O Estado, através do direito penal, deve tutelar os bens jurídicos relevantes dos governados. A arrecadação tributária se mostra relevante na medida em que é com esses recursos que o Estado provém saúde, educação, infraestrutura e vários programas sociais à população. Faltando recursos se atinge toda a coletividade.

O direito penal é regido pelo princípio da fragmentariedade e da intervenção mínima. Assim, só deve ser chamado a intervir quando o bem jurídico for relevante, intervindo nos casos de maior gravidade, e quando outros ramos do direito não forem capazes de impedir a prática da conduta ilícita. Nesse sentido Lênio Streck:

Não há dúvidas, pois, que as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferencialmente para combate de crimes que

---

contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.”

<sup>7</sup> SOARES JUNIOR, Antônio Coelho. Artigo sobre Reflexões sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento e/ou pagamento da dívida nos delitos fiscais. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12563/reflexoes-sobre-a-extincao-da-punibilidade-pelo-parcelamento-e-ou-pagamento-da-divida-nos-delitos-fiscais>. Acesso em: 11/04/2016.

impedem a concretização de direitos fundamentais-sociais e que colcam em xeque os objetivos da República<sup>8</sup>

A sanção penal possui três finalidades. A primeira é a preventiva geral, que se destina a sociedade servindo de exemplo aos demais para que não venham a delinquir. A segunda, é a preventiva especial destinada ao agente visando que ele não volte a praticar crimes. A terceira finalidade é retributiva, de modo que o juiz aplica a pena na exata medida do crime praticado.

A sanção prevista para o crime de sonegação perde a sua força coercitiva no momento em que se prevê a extinção da punibilidade a qualquer tempo se o agente pagar o valor devido com seus acessórios. A lei não cumpre a sua finalidade, pois não reprime e não faz com que o sonegador pague o tributo devido.

Assim, é extremamente vantajoso sonegar. Principalmente para os grandes sonegadores, como as grandes empresas. Pois com as leis existentes nunca serão punidos e desse modo vão se financiando às custas do Estado. A lei deve ser dura o bastante para que o sonegador prefira pagar o tributo a sonega-lo.

O pagamento deveria deixar de ser causa de extinção da punibilidade, tendo em vista o número crescente de sonegadores. Quando muito deveria ser causa de diminuição de pena.

## **2. SUSPENSÃO E A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NO DIREITO COMPARADO**

O instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento foi inspirado no direito alemão, com denominação diversa e algumas diferenças. O sistema inspirador é denominado

---

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso (Ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Porto Alegre: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. p.243/284.



de “autodenúncia liberadora de pena”<sup>9</sup> e se encontra no § 371 do Código Tributário Alemão<sup>10</sup> de 1977. O dispositivo estabelece que havendo denúncia espontânea, seja com a retificação das informações prestadas ao fisco ou com o pagamento, antes da atuação estatal será extinta a punibilidade. Contudo, no direito brasileiro realizado o pagamento, a qualquer tempo, será extinta a punibilidade.

O sistema espanhol, denomina o instituto de “levantamento ou anulación da pena”<sup>11</sup> e se iguala ao alemão por exigir que o sonegador de forma voluntária repare o dano, que essa reparação deve ocorrer antes do Estado adotar providências e que a reparação seja integral. Ou seja, diferentemente do sistema brasileiro há um momento para efetivar o pagamento ou corrigir a informação omitida sob pena de responder criminalmente.

Observe-se que em ambos os sistemas para que seja extinta a punibilidade é necessário dois requisitos, a voluntariedade e a reparação.

Assim, diz-se que “como a legislação pátria seria uma cópia mal sucedida da legislação alemã, a extinção ou liberação da pena para os delitos fiscais no ordenamento jurídico carece de critérios de voluntariedade e reparação”<sup>12</sup>.

Iniciados o procedimento administrativo fiscal ou penal, restará desqualificado o requisito da voluntariedade, tendo em vista o pagamento só ter sido realizado porque o sonegador foi descoberto pelo fisco.

O sistema brasileiro se difere do alemão e espanhol, por não exigir essa espontaneidade do sonegado, pois a extinção da punibilidade se opera sendo o pagamento realizado a qualquer tempo, antes ou após a descoberta pelo fisco.

---

<sup>9</sup> RIOS, Rogério Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.138.

<sup>10</sup> Código de Imposto. disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/AO/371.html>>. Acesso em: 20 de mai. 2016.

<sup>11</sup> RIOS, op.cit, p.140.

<sup>12</sup> Ibid, p. 155.

### 3. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como já exposto, os crimes contra a ordem tributária estão previstos no arts. 1º e 2º da Lei 8137/90<sup>13</sup> e são puníveis com pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa ou detenção de 6 meses a dois anos e multa, respectivamente.

Toda vez que o agente praticar uma conduta típica, ilícita e culpável surgirá para o Estado o *ius puniendi*, o direito de punir. A extinção da punibilidade é a perda desse direito, ou seja, o Estado perde o direito de punir o agente pelo crime praticado.

As hipóteses de extinção da punibilidade estão previstas no art. 107 do Código Penal, quais sejam: pela morte do agente; pela anistia graça e indulto; pela retroatividade de lei que não considera mais o fato criminoso; pela prescrição, decadência ou preempção; pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; pela retratação do agente, nos casos em que alei admite; e pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei. Observe-se que não há a hipótese de restituição do bem ou de reparação do dano.

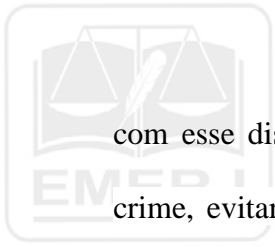
O instituto presente no Código Penal que mais se assemelha com a extinção da punibilidade tributária é o arrependimento posterior. Nesse caso, o agente terá sua pena diminuída se reparar o dano ou restituir a coisa até o recebimento da denúncia ou queixa. Assim dispõe o art. 16 do Código Penal:

Art. 16- Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)<sup>14</sup>

O dispositivo impõe um marco temporal para aplicação do arrependimento posterior, o recebimento da denúncia. Após esse marco temporal, restituído o bem, o agente somente poderá se valer da atenuante genérica prevista no art. 65, III, “b” do Código Penal. De acordo

<sup>13</sup>BRASIL. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm)>. Acesso em: 04 de maio de 2016.

<sup>14</sup>BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 de maio de 2016.



com esse dispositivo o agente “por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano” terá sua pena atenuada.

No caso das atenuantes genéricas, o quantum a ser reduzido na pena do agente ficará a critério do juiz. Entretanto, essa diminuição não pode ultrapassar o mínimo legal, conforme entendimento expresso na súmula nº 231 do STJ<sup>15</sup>. Em contrapartida, no arrependimento posterior a redução da pena poderá ultrapassar o mínimo legal, sendo mais benéfica que a atenuante genérica.

Nos crimes contra a ordem tributária reparado o dano com o pagamento do tributo sonegado mais os seus acessórios a pena é extinta e não reduzida ou atenuada. Assim, conclui-se que é mais vantajoso praticar o crime contra a ordem tributária do que contra o patrimônio.

O crime contra a ordem tributária é tão grave quanto aquele praticado contra o patrimônio do particular, pois atinge diretamente o Estado e indiretamente toda a coletividade. O valor que o Estado arrecada de tributos é destinado a implementar políticas públicas, prover a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e sociais, assim como determina a Constituição. E mesmo assim tem mais benesses configurando uma violação ao princípio da isonomia, previsto no art. 5º da Constituição Federal. Sendo um bem jurídico de grande relevância deveria ter um grau de repressão no mínimo igual aquele aplicado aos crimes cometidos contra o patrimônio.

O princípio da isonomia, também chamado de princípio da igualdade, significa dar tratamento igualitário a todos os cidadãos. Esse princípio limita a atuação do legislador, da

---

<sup>15</sup> BRASIL. Súmula 231 do STJ – A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=341>>. Acesso em: 04 de mai de 2016.

autoridade pública e do particular. É uma norma de eficácia plena, cuja aplicação independe de qualquer outra, sendo aplicada a todos indistintamente.

O princípio da igualdade possui duas vertentes: a igualdade formal e a igualdade material. Na primeira, é a representação da igualdade na lei, como por exemplo “todos são iguais perante a lei”. Essa vertente tem em mira o próprio legislador. Na segunda, a igualdade é viabilizada na prática, ou seja, é a concretização da igualdade formal.

Segundo Miguel Reale, os princípios “são enunciados normativos genéricos, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, que devem ser observados na aplicação, integração e elaboração de novas normas”<sup>16</sup>.

Contudo, há quem defenda a legitimidade da extinção da punibilidade pelo pagamento, pois o interesse maior do Estado é reaver o valor sonogado e não punir o agente. Havendo o pagamento a pena para os crimes contra a ordem tributária é mitigada.

O referido instituto também fere o princípio da proporcionalidade tendo em vista a discrepância na proteção de bens jurídicos igualmente importantes. No que se refere ao princípio da proporcionalidade Mariângela Gama Magalhães diz que:

O princípio da proporcionalidade tem seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução de seus fins. Assim, integra uma exigência ínsita no Estado de direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável pra a proteção dos interesses públicos.”<sup>17</sup>

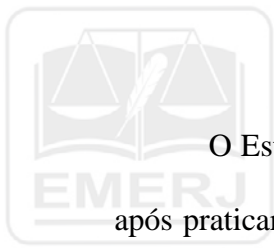
Lênio Streck<sup>18</sup> leciona que o princípio da proporcionalidade tem um duplo viés, qual seja, a proteção contra os excessos praticados pelo Estado e a proibição de proteção deficiente.

---

<sup>16</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

<sup>17</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 35.

<sup>18</sup> STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excessos (Ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassbort): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Porto Alegre: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 2003. p. 254



O Estado age de forma desproporcional quando extingue a punibilidade do agente que após praticar crime contra a ordem tributária restitui a coisa e somente reduz a pena daquele que pratica um crime de furto. Desse modo, resta configurada uma flagrante desigualdade.

Gulherme Nucci sustenta o tratamento igualitário entre os crimes contra a ordem tributária e os crimes contra o patrimônio.

Refletindo sobre o tema, é precioso considerar que o tratamento dado pelo Estado ao criminoso, no cenário da ordem tributária é diverso daquele – com maior rigor, certamente- aos delitos que envolvam, de algum modo, patrimônio. Aquele que “subtrai” dinheiro pertencente ao Fisco, pagando, mesmo após a consumação do crime, tem a sua punibilidade extinta; outro qualquer que subtraia coisa alheia móvel (furto, art. 155, CP), ainda que devolva integralmente o que retirou da vítima, antes do oferecimento da denúncia, no máximo será beneficiado com a redução da pena (art. 16, CP), mas não com a extinção da punibilidade. Cremos ser preciso padronizar o tratamento, equilibrando as situações. É indiscutível ser mais interessante ao Estado receber o que lhe é devido em lugar de processar criminalmente o sonegador, muitas vezes por anos e anos, sem nada conseguir, por qualquer razão (ex: prescrição), mas a mesma situação pode ser do interesse da vítima de um furto, estelionato, apropriação indébita, dentre outros delitos. Seria preferível receber de volta o que perdeu em lugar de assistir o Ministério Público processar o agente criminalmente, às vezes, sem sucesso em obter a condenação. O Estado Democrático de Direito, que apregoa a igualdade de todos perante a lei, parece ser muito mais cioso a respeito de seus valores do que em relação aos interesses particulares do cidadão brasileiro, em especial quando se contrasta o cofre público com o cofre particular.<sup>19</sup>

Os princípios servem de base para o ordenamento jurídico. Assim, a ofensa a um princípio implica a ofensa a todo um sistema de normas. O legislador não poderia dar tratamento diferenciado a pessoas que se encontram em situações semelhantes. A sanção deve ser imposta de acordo com a relevância do bem jurídico tutelado. O princípio da proporcionalidade é violado quando crimes de mesma natureza, presentes em um mesmo sistema, possuem soluções distintas, qual seja, a extinção da proporcionalidade e a redução da pena.

A proteção deficiente do bem jurídico tutelado gera para o agente a certeza da impunidade e a descrença por parte da sociedade sobre a efetividade da norma penal. Desse modo, outros indivíduos passarão a sonegar já que somente terão que pagar se forem

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1035/1036.





descobertos pelo fisco e processados criminalmente. Outro ponto é que o empresário sonegador concorre no mercado de forma desleal com aquele que paga corretamente os tributos, gerando neste a necessidade de também sonegar para se manter no mercado.

Assim, para haver uma proteção efetiva do bem jurídico deveria ser aplicado aos crimes contra a ordem tributária o instituto do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, para que o agente, ao pagar o valor sonegado e seus acessórios até o recebimento da denúncia, somente se beneficie da redução da pena e não da extinção da punibilidade.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar a ineficácia da norma penal dos crimes contra a ordem tributária, configurando um verdadeiro estímulo a sonegação e a violação de princípios constitucionais.

O Brasil se inspirou na Alemanha para criar o instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes contra a ordem tributária. Nesse país, são necessários os requisitos da voluntariedade e da reparação. A voluntariedade ocorre quando o agente, antes de ser descoberto pelo fisco, repara o dano causado. Diferentemente do que ocorre no Brasil, uma vez o sonegador pode efetuar o pagamento mesmo após descoberto pelo fisco e processado criminalmente.

No Brasil, inicialmente para que o agente fosse beneficiado com a extinção da punibilidade deveria efetuar o pagamento do valor sonegado antes do recebimento da denúncia. Entretanto, a evolução legislativa só fez abrandar a repressão ao sonegador. Atualmente Lei 10.684/2003 autoriza que o pagamento seja realizado a qualquer tempo. Sendo esse o entendimento predominante na jurisprudência.



Assim, o agente pode aguardar ser descoberto, a instauração de processo administrativo e todo o seu tramite, a denúncia do Ministério Público e o tramite processual, a prolação da sentença, a interposição dos recursos e a decisão final no processo para aí sim efetuar o pagamento. A benesse de efetuar o pagamento a qualquer tempo é extremamente vantajosa para o sonegador, pois é retirada a força coercitiva da norma.

Os defensores do instituto sustentam que, prevalece o interesse do Estado em arrecadar. Para eles o instituto é um estímulo ao pagamento. O interesse primário do Estado é a arrecadação e a punição é secundária.

Está havendo um desvirtuamento no direito penal, pois está sendo utilizado com fins meramente arrecadatórios. O direito penal somente se presta a tutelar bens juridicamente relevantes e quando outro ramo do direito não puder tutelar de modo eficiente, em observância aos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima.

O instituto além de não permitir a tutela efetiva do bem jurídico viola o princípio constitucional da isonomia e da proporcionalidade.

A isonomia resta violada quando oferece tratamento diferenciado a bens jurídicos igualmente importante. Nos crimes contra o patrimônio do particular somente é possível a redução da pena e nos crimes contra a ordem tributária a punibilidade é extinta.

O princípio da proporcionalidade é violado quando a lei não reprime do mesmo modo crimes igualmente relevantes. Esse princípio tem um duplo viés, sendo um deles a vedação a proteção deficiente.

O instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento muito se assemelha com o arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, que permite a redução da pena se a reparação do dano ocorrer até o oferecimento da denúncia. Assim, poderia muito bem o legislador se utilizar deste instituto nos crimes contra a ordem tributária e o agente que efetuasse o pagamento até o oferecimento da denúncia teria sua pena reduzida e não extinta.

Desse modo, o Estado não levaria tanto tempo para ser restituído e o agente que fosse preso pensaria duas vezes antes de sonegar novamente.



## REFERÊNCIAS

AIRES, Leandro Antônio. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes contra a ordem tributária. Disponível em: <[dspace.c3se.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/30780/747.pdf?sequence=1](https://dspace.c3se.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/30780/747.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 16 de mar de 2016.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 de mai de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 4.729, de 14 de julho de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4729.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.html)>. Acesso em: 04 mai de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm)>. Acesso em: 04 de mai de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 9.249, de 26 de dezembro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9249.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.html)>. Acesso em: 04 de mai de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 9.964, de 10 de abril de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9964.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9964.html)>. Acesso em: 04 de mai de 2016.

CARVALHO, Dirlene de Jesus. Extinção da punibilidade mediante o pagamento: uma visão crítica. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo-id=15491](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo-id=15491)>. Acesso em: 11 de abr de 2016.

CÓDIGO de Imposto. disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/AO/371.html>>. Acesso em: 20 de mai. 2016.

SOARES JUNIOR, Antônio Coelho. *Reflexões sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento e/ou pagamento da dívida nos delitos fiscais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12563/reflexoes-sobre-a-extincao-da-punibilidade-pelo-parcelamento-e-ou-pagamento-da-divida-nos-delitos-fiscais>> Acesso em: 11 de abr de 2016.

VELOSO, Roberto carvalho. *Crimes Tributários*. São Paulo: Quartier Latin. 2011.

## A PERDA DE MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA PARA OS CARGOS ELETIVOS MAJORITÁRIOS

Estela Delibero Tatsch

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj)

**Resumo:** O Direito Eleitoral, por ser um ramo do direito voltado às relações políticas entre representante e representado, tem, principalmente em ano de eleições, especial atenção dos legisladores e dos Tribunais Superiores. O tema da perda de mandato é tema extremamente polêmico, pois aplica a maior pena que um agente político pode sofrer, qual seja a perda de seu cargo. A infidelidade como causa de perda de mandato eletivo para os cargos majoritários foi muito debatida tanto pelo STF quanto pelo TSE. Posteriormente culminando na edição pelo Congresso Nacional de Lei regulamentando o tema. O principal objetivo do presente trabalho é esclarecer a discussão, apresentando o elemento principal discutido, bem como evidenciar os questionamentos que ainda pairam sem resposta a respeito do tema.

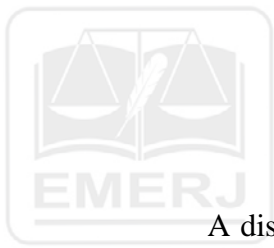
**Palavras-chave:** Direito Eleitoral. Perda de Mandato. Infidelidade Partidária. Cargos Majoritários.

**Sumário:** Introdução. 1. A infidelidade Partidária no Ordenamento Jurídico Pátrio. 2. A Constitucionalidade da Resolução aos Cargos Majoritários. 3. Nova Perspectiva da questão trazida pela Lei n. 13.165/15. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a estudar a infidelidade partidária, especificamente nos casos de políticos detentores de cargos eletivos majoritários. Ou seja, os cargos políticos cuja forma eletiva é por votação de maioria, seja por maioria simples, no caso dos Senadores, ou por dois turnos, como para prefeitos, governadores e presidente da República. Não sendo, portanto, computado para eleição dos mesmos o coeficiente eleitoral.

O tema será estudado analisando os conceitos de infidelidade partidária e a posição dos tribunais superiores a respeito do tema, bem como a evolução jurisprudencial da questão.



A discussão a respeito da possibilidade de perda de mandato por infidelidade partidária ganhou relevância no cenário político pátrio após a constatação da prática corriqueira de troca de partido político em momento posterior à nomeação dos membros do Congresso Nacional.

O problema político até então existente se tornou uma discussão eminentemente jurídica com a edição da Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral, que estabeleceu que a prática de troca de partidos após a eleição seria causa de perda de mandato, podendo o Partido Político requisitar a ocupação da cadeira no Congresso Nacional por outro membro do mesmo, sendo este o vice ou o suplente do candidato submetido à perda do mandato.

Com a edição da referida norma, vieram à tona as discussões de ordem constitucional sobre a compatibilidade desta com o ordenamento jurídico capitaneado pela Constituição Republicana de 1988.

O Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento das ADI's nº 3.999/DF e 4.086/DF a respeito da constitucionalidade formal da Resolução nº 22.610/2007, principalmente no que tange à competência do Tribunal Superior Eleitoral para editar norma reguladora sobre o tema, não sendo, no entanto, este o objeto central do presente trabalho.

O ponto central de análise do presente artigo científico é a possibilidade de aplicação ou não da referida resolução tanto para os casos de cargos eletivos proporcionais quanto majoritários. Ao longo do presente demonstraremos os pontos centrais da discussão a respeito da perda de mandato.

Em princípio será analisado o instituto da infidelidade partidária, entendendo de que forma o instituto se insere em nosso ordenamento jurídico. Em seguida o trabalho compreenderá a tão complexa decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.081/DF e sua importância no cenário político.

Assim, será demonstrado o desenrolar desses julgamentos e os principais argumentos para aplicação ou não da Resolução nº 22.610/2007 aos cargos majoritários, bem como a compatibilidade da mesma com o princípio da democracia, para ao final trazer à discussão as alterações legislativas decorrentes da Lei n. 13.165 de 29 de setembro de 2015.

## 1. A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A infidelidade partidária, objeto central do presente trabalho, é classificada pela doutrina pátria como princípio constitucional, estabelecendo que os filiados e, conseqüentemente, os parlamentares e membros eleitos do Poder Executivo devem respeitar as diretrizes do Partido Político, não podendo, ainda, deixar o partido sob cuja legenda se elegeram durante o curso do mandato.<sup>1</sup>

Muito se discutiu na jurisprudência dos tribunais superiores, conforme esclarece o capítulo a seguir, a respeito da constitucionalidade da perda do mandato eletivo quando o parlamentar incorre em infidelidade partidária. Para entender a discussão é essencial debruçar-se sobre o fundamento normativo da infidelidade partidária no ordenamento jurídico pátrio.

Em obediência aos ensinamentos de Hans Kelsen<sup>2</sup>, deve-se começar a análise do fundamento jurídico do instituto pela norma maior.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 14, §3º, V que a filiação em partido político é condição de elegibilidade.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 109.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 23 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 31 mar. 2016. “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: V - a filiação partidária;”

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro não é permitida a chamada candidatura avulsa, sendo a existência e participação dos partidos políticos um corolário do princípio da soberania popular. A democracia será inevitavelmente exercida por meio das agremiações políticas, as quais serão responsáveis pela defesa dos seus ideais políticos que refletirão seus filiados e eleitores.

O Professor José Afonso da Silva leciona que o sistema eleitoral com a participação de partidos políticos e a existência do princípio da fidelidade partidária confere feição imperativa ao mandato político, uma vez que os membros eleitos devem respeitar as diretrizes ideológicas dos partidos políticos e estes, por serem instituições democráticas, obedecem a vontade de seus filiados, refletindo a vontade diretamente de seus eleitores.<sup>4</sup>

Seguindo com a leitura do texto constitucional, percebe-se que o fundamento para fidelidade partidária não está presente apenas como princípio constitucional implícito, mas também de forma explícita em seu art. 17, § 1º.<sup>5</sup> No entanto, não há previsão quanto à possibilidade de perda de mandato por infidelidade partidária.

Com base na norma constitucional acima referida, o poder legislativo, por meio do Congresso Nacional, editou a Lei n. 9.096 de 19 de setembro de 1995, trazendo a primeira regulamentação do tema em seu capítulo V, estabelecendo no art. 26 que o parlamentar que deixar o partido no qual foi eleito perderá o cargo eletivo.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 23 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 31 mar. 2016. “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.”

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2016. “Art. 26. Perde automaticamente a



Em decorrência do texto da referida lei ter sido formulada de forma bastante genérica, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 22.610 de 25 de outubro de 2007, posteriormente alterada pela Resolução n. 22.733 de 11 de março de 2008, regulando de forma aprofundada o tema.

A Resolução esclareceu o procedimento segundo o qual o parlamentar perderia o seu mandato eletivo, estabelecendo a legitimidade do partido político a qual pertencia o parlamentar para requerer frente à justiça eleitoral a perda do mandato deste, bem como estabeleceu a chamada “justa causa” para a mudança de partido, que ressaltaria a regra de perda de mandato.<sup>7</sup>

A referida resolução foi editada com o intuito, segundo a doutrina do professor Roberto Moreira de Almeida, de reconhecer que o mandato eletivo pertence ao partido político e não a pessoa eleita para ocupá-lo. Por essa razão, a troca de partido configuraria infidelidade partidária capaz de gerar a perda do mandato eletivo, assumindo o vice ou suplente.<sup>8</sup>

O Tribunal Superior Eleitoral ao normatizar o tema estabeleceu como sanção para o ato de infidelidade partidária a perda do mandato eletivo, sanção está que não foi prevista na legislação ordinária, o que gerou o questionamento da constitucionalidade da Resolução n. 22.610 de 2007, o que será analisado no próximo capítulo.

Além de prever a sanção também previu causas que ressaltam a mesma, classificando como justa causa: (i) quando o partido incorpora-se ou funde-se a outro; (ii) quando o parlamentar filia-se em partido novo, (iii) quando o partido da legenda do parlamentar muda seu

---

função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.”

<sup>7</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.610 de 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 16 mar. 2016. “Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. § 1º - Considera-se justa causa: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV) grave discriminação pessoal.”

<sup>8</sup> ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 6. ed. Bahia: Jus Podium, 2012, p. 177.

estatuto ou ideais, (iv) quando o parlamentar sofre discriminação ou perseguição interna no partido.

Contudo, a discussão quanto à constitucionalidade da perda do mandato por infidelidade partidária e seu lugar no ordenamento jurídico ganhou nova ótica com a edição da Lei n. 13.165 de setembro de 2015, que alterou a Lei n. 9.096 de 1995, incluindo ao diploma legal o art. 22-A, *in verbis*:

Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliou, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - grave discriminação política pessoal; e

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

Dessa forma, com a entrada imediata em vigor da Lei n. 13.165 de 29 de setembro de 2015, o instituto da infidelidade partidária passou a ser regulado diretamente por Lei Federal, não restando qualquer dúvida quanto ao seu lugar no ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, nota-se que o instituto da infidelidade partidária tem raízes na Constituição Republicana, sendo normatizado de forma geral por Lei federal e regulado por Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, perfazendo todos os níveis da pirâmide de Kelsen<sup>9</sup>, trazendo, ainda, questões constitucionais relevantes a serem discutidas no próximo capítulo.

## **2. CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO AOS CARGOS MAJORITÁRIOS**

Conforme tratado no capítulo anterior, a aplicação da perda do mandato eletivo em razão da infidelidade partidária trouxe grande discussão no âmbito dos tribunais superiores.

---

<sup>9</sup> KELSEN, *op. cit.*

A primeira manifestação de tribunal superior foi, por meio de Consulta Eleitoral n. 1426<sup>10</sup>, prolatada pelo Tribunal Superior Eleitoral, na qual foi respondido que a infidelidade partidária aplica-se tanto aos cargos majoritários quanto proporcionais. Outra Consulta Eleitoral foi posteriormente ajuizada perante o Tribunal Superior Eleitoral, de n. 1403-15.2011.6.00.0000<sup>11</sup>, tendo o referido tribunal reafirmado sua decisão anterior.

Na referida consulta o TSE se posicionou de forma clara a respeito da possibilidade de aplicação da Resolução n. 22.610 de 2007 aos cargos majoritários, o que não foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal quando a questão foi levada a julgamento por meio da ADI 5081, proposta pelo Procurador-Geral da República em face dos art. 10 e 13 da Resolução n. 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, como veremos ainda no presente capítulo.

As primeiras manifestações relevantes a respeito do tema da perda de mandato por infidelidade partidária, no âmbito do STF, ocorreram nos julgamentos dos Mandados de Segurança n. 26.602<sup>12</sup>, 26.603<sup>13</sup> e 26.604<sup>14</sup>, nos quais a Suprema Corte reforçou o entendimento de que a permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é essencial para a representatividade do Partido Político, bem como a sua retirada da legenda enseja a extinção de

---

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Cta n. 1426, Relator: Ministro Caputo Bastos, DJ 10.12.2007. DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 10/12/2007, Página 161. “Consulta. Detentor. Mandato eletivo. Cargo proporcional ou majoritário. Transferência. Legenda. 1. Conforme já decidido pelo Tribunal nas Consultas n° 1.398 e 1.407, o mandato pertence ao partido. 2. Em face disso, estará sujeito, em tese, à perda do mandato eletivo o detentor de cargo proporcional ou majoritário que durante o seu transcurso mudar de agremiação político-partidária”

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Cta n. 1403-15.2011.6.00.0000. Relator: Ministro Dias Toifoli, Sessão em: 30 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-estrutura-artigos-voce-e-direito-aula-10-da-secao-nocoas-de-direito-tse-consulta-1403-15>>. Acesso em: 31 mar. 2016. “Consulta. Infidelidade partidária. Cargos majoritários. Legitimidade. Perda de mandato. Mudança de partido. Aplicação da resolução n° 20.610/2010 do tribunal superior eleitoral. Matéria processual. Não conhecida.”

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26602 DF, Relator: Eros Grau, Julgamento em: 04 out. 2007. Tribunal Pleno. Publicação em: DJe-197 DIVULG 16-10-2008.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26603 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento em: 04 out. 2007. Tribunal Pleno. Publicação em: DJe-241 DIVULG 18-12-2008.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26604 DF, Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento em: 04 out. 2007. Tribunal Pleno. Publicação em: DJe-187 DIVULG 02-10-2008.

seu mandato. No entanto, em todos os casos só foi discutida a perda de mandato de membro eleito pelo sistema eleitoral proporcional.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das ADI 3.999/DF e ADI 4.086/DF<sup>15</sup>, reconheceu a constitucionalidade da Resolução n. 22.610 de 2007, entendendo não haver qualquer vício formal ou material na referida Resolução, podendo o Tribunal Superior Eleitoral editar resolução que regulamente as consequências práticas, no caso perda de mandato, da proibição de infidelidade partidária, cujo fundamento decorre da Constituição Republicana, em razão da competência conferida pelo art. 23, IX, do Código Eleitoral<sup>16</sup>.

Posteriormente, foi ajuizado, como visto anteriormente, ADI 5081, questionando a constitucionalidade dos termos “suplente” e “ou o vice”, constantes no art. 10, e o trecho “e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário”, inscrito no art. 13, sob o fundamento de que violariam o sistema eleitoral e o estatuto constitucional dos congressistas, especialmente os art. 14, *caput*; 46, *caput*; 55, *caput*; e os parágrafos do art. 77, todos da Constituição.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI. n 3999 DF e ADI n. 4086 DF, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 12 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 31 mar. 2016. “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. (...) 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.”

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 23 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 31 mar. 2016. “Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:(...) IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;”

A Suprema Corte julgou, por unanimidade, pelo conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade referida, entendendo que o tema não foi discutido de forma expressa nas ADI anteriormente julgadas, devendo a Corte se posicionar a respeito do tema.

Durante o julgamento da referida ADI foram tecidas diferenças entre a representatividade dos cargos eletivos majoritários e dos cargos proporcionais. Trouxe à discussão, a Procuradoria Geral da República, requerente no referido processo, o fato de que na eleição majoritária a ênfase que a campanha dá e que o eleitor de fato observa é na pessoa do candidato, e não no seu partido em si<sup>17</sup>, o que tornaria o vínculo entre a pessoa do candidato majoritário e o cargo eletivo mais forte, em razão de sua escolha democrática.

O Ministro Relator da referida ação, Luis Roberto Barroso, esclarece em seu voto que a complexidade existente no sistema eleitoral brasileiro se encontra na eleição dos cargos proporcionais, por ser sistema de lista aberta e considerar o cociente eleitoral para determinar quantos cargos cada partido ocupará. Em suas próprias palavras:

Tais variáveis funcionam como incentivos à infidelidade partidária. Candidatos, compreensivelmente, buscam legendas que potencializam as suas chances de eleição. Assim, tradicionalmente, às vésperas de encerramento do prazo de filiação partidária para fins de candidatura, ocorria grande migração de parlamentares e candidatos. Isso em razão da influência determinante do partido em suas chances de eleição.<sup>18</sup>

Após serem ressaltadas as distinções entre o sistema majoritário e o proporcional, os ilustres Ministros do STF, em consenso, entenderam que por não existir o fenômeno de transferência de votos, decorrentes dos votos de legenda, a fidelidade partidária não se mostra essencial para a preservação da vontade do eleitor.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer na ADI n. 5081. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 27 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5081. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 27 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

Ressaltou, ainda, o Ministro Relator que a perda do mandato do ocupante de cargo majoritário não necessariamente beneficiaria o partido político, pois em muitos casos o vice eleito não pertence ao mesmo partido, sendo fruto de coligações e parcerias políticas.

Assim, entendeu o Supremo Tribunal Federal, em 27 de maio de 2015, por unanimidade<sup>19</sup>, em declarar a inconstitucionalidade das referidas expressões, determinando a não aplicação da perda de mandato por infidelidade partidária aos cargos eletivos majoritários.

Após ser estudado no presente trabalho o fundamento jurídico da infidelidade partidária e o histórico de decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, cabe estudar a Lei n. 13.165 de 2015, que regulou a questão e, ainda, trouxe relevantes modificações práticas, que influem, inclusive na pertinência de toda a discussão a respeito de infidelidade partidária.

### **3. NOVA PERSPECTIVA DA QUESTÃO TRAZIDA PELA LEI N. 13.165/2015**

A partir de 29 de setembro de 2015 entrou em vigor a Lei n. 13.165/2015<sup>20</sup>, que, dentre outras disposições, incluiu o art. 22-A na Lei n. 9096/95<sup>21</sup>, com a seguinte redação:

Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliou, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - grave discriminação política pessoal; e

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5081. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 27 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>21</sup> BRASIL. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2016.

Assim, nota-se que a tão recente lei traz nova perspectiva em relação à fundamentação legal da infidelidade partidária em si, que, como analisado no capítulo 1, só possuía regulamentação através da Resolução n. 22.610/07<sup>22</sup>, entendendo-se que concretizava princípios constitucionais.

Dessa forma, mostra-se que a partir da vigência da referida lei a discussão sobre a constitucionalidade da Resolução n. 22.610/07<sup>23</sup> no que tangia ao dispositivo de infidelidade partidária foi completamente superada.

Apesar de a Lei n. 13.165/15<sup>24</sup> superar a discussão quanto à sua posição no ordenamento jurídico, a nova disposição legal trouxe inúmeros outros questionamentos, inclusive de ordem prática.

Para melhor entender a inovação trazida pela lei ao ordenamento jurídico é importante analisar as mudanças efetivas, ou seja, o que a lei inovou e o que apenas normatizou aquilo que já existia no ordenamento por meio de Resoluções.

A Resolução n. 22.610/07<sup>25</sup> do Tribunal Superior Eleitoral, como visto anteriormente, já trazia a previsão de perda de mandato por infidelidade partidária, bem como causas ressaltadas, chamadas de “justa causa”. Nesse sentido não houve inovação.

---

<sup>22</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.610 de 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.610 de 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13165.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>25</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.610 de 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 16 mar. 2016.



No entanto, uma justa causa para a desfiliação, ou seja, um dos motivos de retirada do parlamentar de seu partido de origem que obstava a configuração da infidelidade partidária foi drasticamente alterada.

A Resolução n. 22.610/07 previa em seu art. 1º, §1º, II<sup>26</sup> que a criação de partido novo era justa causa para a retirada do parlamentar de seu partido, desde que este fosse fundador do partido novo.

No entanto, a nova lei suprimiu por completo qualquer menção a justa causa por criação de partido novo e, em seu lugar, trouxe a possibilidade de qualquer parlamentar mudar de qualquer partido para qualquer outro partido, novo ou não, desde que em data determinada pela lei.

Cabe aqui fazer uma breve explicação sobre o teor do artigo inserido pela nova lei. Esse estabelece que é possível, sem perda de mandato, a mudança de partido durante “o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei”<sup>27</sup>. Explica-se. O prazo para filiação ao qual se refere o dispositivo é aquele prazo, previsto no art. 9 da Lei n. 9.504/97<sup>28</sup>, que estabelece que o candidato deverá ser filiado ao partido pelo qual deseja concorrer a pelo menos 6 (seis) meses antes da data das eleições.

---

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.610 de 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 16 mar. 2016. “Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. § 1º Considera-se justa causa: II – criação de novo partido”.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)> . Acesso em: 16 mar. 2016. “Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses: III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.”.

<sup>28</sup> BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)> . Acesso em: 16 mar. 2016. “Art. 9 Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito, e estar com a filiação deferida pelo partido no mínimo seis meses antes da data da eleição.” (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).



Observa-se que o prazo de filiação foi, também, alterado pela lei aqui em análise, passando a estabelecer o prazo mínimo de filiação de 6 (meses), reduzindo, assim, pela metade o antigo prazo previsto pela Lei n. 9504/97<sup>29</sup>, o qual era de 1 (ano).

Assim, o requisito temporal para a mudança de partido político sem que seja configurada a infidelidade partidária poderá ser preenchido todos os anos eleitorais durante uma “janela” de 30 (trinta) dias, que ocorre no mês anterior aos 6 (seis) meses da data estipulada para as eleições, ou seja, conta-se 7 (sete) meses da data da eleição. A título de exemplificação, para tornar mais claro o requisito em questão, imagina-se que as eleições ocorrem durante o mês de outubro, como de costume. Então, o período de 30 dias no qual será possível mudança de partido será durante o mês de março do mesmo ano.

Analisado o requisito temporal, passa-se a análise do requisito subjetivo, o qual vincula a possibilidade de mudança ao cargo ocupado e a legislatura no momento da mudança. O art. 22-A, parágrafo único, III<sup>30</sup> trouxe a expressão “ao término do mandato vigente” como requisito para a justa causa. Ou seja, o referido dispositivo limitou a mudança de partido para os candidatos cujo cargo eletivo ocupado já esteja em seu último ano de mandato.

Para melhor entender a questão, analisamos exemplos que podem ocorrer no ano eleitoral de 2016. Supondo que determinado deputado estadual, cujo mandato se iniciou em 2014, queira mudar de partido no início de 2016 para outro, visando concorrer ao cargo de prefeito, este não será alcançado pela justa causa aqui explicitada. Isso porque, o mandato do deputado federal terá seu último ano em 2018, ano no qual poderá mudar de partido fazendo jus à justa causa.

---

<sup>29</sup> BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)> . Acesso em: 16 mar. 2016. “Art. 9º Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito e estar com a filiação deferida pelo partido no mesmo prazo.” (Redação anterior à lei n. 13.165/15).

<sup>30</sup> BRASIL. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)> . Acesso em: 16 mar. 2016.

Terminada a breve explicação a respeito das mudanças trazidas pela Lei n. 13.165/15<sup>31</sup>, passa o presente trabalho a algumas questões controversas levantadas pela referida mudança, sem ter tido, até o presente momento, manifestação dos Tribunais Superiores a respeito da questão.

O objeto central do trabalho em questão é analisar a aplicação da perda de mandato por infidelidade partidária aos cargos eletivos majoritários e, para isso, foi tecida todo o histórico de decisões a respeito da infidelidade partidária no ordenamento jurídico pátrio, bem como, no capítulo 2, as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

No entanto, apesar de toda a análise feita no capítulo 2 do presente trabalho, tendo sido concluído que o Supremo Tribunal Federal se posicionara a respeito do tema entendendo não se aplicar o instituto jurídico em questão aos cargos eletivos majoritários, a Lei n. 13.165/15<sup>32</sup> tem potencial para alterar por completo o entendimento jurisprudencial.

Em sede do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5081<sup>33</sup> os ilustres Ministros da Suprema Corte basearam seu entendimento na diferença entre o sistema majoritário e o proporcional, entendendo, resumidamente, que a troca de partido por membros ocupantes de cargos majoritários não fere a democracia e a escolha popular, enquanto o mesmo não pode ser dito quanto aos cargos proporcionais.

Assim, o parâmetro analisado foi a Constituição Federal e o objeto foi uma mera Resolução editada pelo próprio Poder Judiciário. Dessa forma, a edição da Lei n. 13.165/15<sup>34</sup> trouxe a questão para o âmbito da regulamentação legislativa em especial na alteração trazida ao

---

<sup>31</sup> BRASIL. Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm)> . Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>32</sup> BRASIL. Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm)> . Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5081. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em 27 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>> . Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>34</sup> BRASIL. Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm)> . Acesso em: 16 mar. 2016.

art. 22-A da Lei n. 9096/95<sup>35</sup> com a expressão “o detentor de cargo eletivo”, deixando clara a intenção do legislador de incluir os cargos majoritários na aplicação do instituto da infidelidade partidária, uma vez que poderia ter feito distinção entre os cargos proporcionais e majoritários e escolheu não fazer.

Além disso, o próprio teor do artigo não deixa margem para dúvidas quanto ao rol de exceções ser taxativo, ao falar que somente aquelas hipóteses são consideradas justa causa para fins de inaplicabilidade da infidelidade partidária.

Logo, como o Poder Legislativo não fica vinculado a qualquer decisão, anterior, do STF, ou seja, como é possível que o Legislativo edite lei que vá de encontro à posição adotada em julgamento anterior pela Suprema Corte, a referida expressão incluída pela Lei n. 13.165/15<sup>36</sup> encontra-se, no momento, em perfeita vigência.

Portanto, até que o Supremo Tribunal Federal se manifeste, novamente, a respeito da não aplicação da perda de mandato eletivo aos cargos majoritários, declarando expressamente a referida expressão como inconstitucional, fazendo uma interpretação conforme à Constituição, a mesma será aplicada.

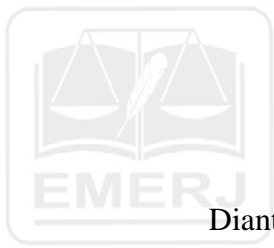
Novamente, a tão recente mudança legislativa traz, inclusive, dúvida se o Supremo Tribunal Federal manterá seu entendimento pela inconstitucionalidade ou entenderá ser vontade do legislador a regulamentação do tema.

## CONCLUSÃO

---

<sup>35</sup> BRASIL. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)> . Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>36</sup> BRASIL. Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm)> . Acesso em: 16 mar. 2016.



Diante de toda a análise feita a respeito das posições do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, constata-se que, apesar de terem sido, em alguns momentos, em sentido contrário quanto à aplicação da infidelidade partidária aos cargos eletivos majoritários, convergem opiniões a respeito da previsão constitucional da qual decorre o instituto de infidelidade partidária em si.

Árdua é a tarefa de fundamentar com argumentos meramente jurídicos questão tão polêmica e cuja repercussão é capaz de mudar o cenário político de determinadas regiões. Ainda assim, despidendo-se de qualquer ideal político, analisa-se a questão da infidelidade partidária sob o viés constitucional.

Há que se reconhecer que a perda do cargo eletivo por infidelidade partidária coaduna perfeitamente com o Sistema Eleitoral brasileiro, concretizando os pilares adotados pelo país que instituem a necessidade primordial e indispensável de Partidos Políticos representando todos os candidatos em disputa.

Nota-se que o sistema eleitoral do Brasil considera como essencial a existência de instituições políticas que concentrem em sua composição membros que possuem ideias similares.

Dessa forma, o cidadão que escolhe seu representante, tendo total consciência do sistema eleitoral do país, escolheu não só um representante, mas sim uma ideologia que o representa. Com base nessa soberania do povo e na legitimidade do voto, o instituto da infidelidade partidária visa preservar a escolha do cidadão eleitor.

Como já visto, apesar de o STF entender que não violaria essa soberania a troca de partido por pessoas eleitas a cargos eletivos majoritários, não é possível ignorar a posição que o legislador adotou ao editar a Lei n. 13.165/15. Ressalta-se, ainda, que o legislador que entendeu por bem em estabelecer a perda de cargo majoritário por infidelidade partidária é o mesmo indivíduo que é diretamente afetado por sua decisão. Ou seja, todos os Senadores que assinaram e

aprovaram em plenário a edição da referida lei, são possuidores de cargos eletivos majoritário, sendo diretamente afetados pela lei.

Portanto, apesar de tanto o STF quanto o Poder Legislativo possuírem independência em sua atuação, não é prudente ignorar por completo a vontade do legislador. Notadamente, existem diversas questões decorrentes da edição da Lei n. 13.165/15 que ainda precisaram ser dirimidas pelos Tribunais Superiores. Resta, assim, aguardar que os referidos tribunais dissipem a névoa que paira sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 6. ed. Bahia: Jus Podium, 2012.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 23 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 31 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Procuradoria Geral da República. Parecer na ADI n. 5081. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 27 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3999 DF e ADI n. 4086 DF, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 12 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5081. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 27 mai. 2015. Disponível em:



<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26602 DF, Relator: Eros Grau, Julgamento em: 04 out. 2007. Tribunal Pleno. Publicação em: DJe-197 DIVULG 16-10-2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26603 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento em: 04 out. 2007. Tribunal Pleno. Publicação em: DJe-241 DIVULG 18-12-2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26604 DF, Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento em: 04 out. 2007. Tribunal Pleno. Publicação em: DJe-187 DIVULG 02-10-2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. na ADI N. 5081. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em 27 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Cta n. 1403-15.2011.6.00.0000. Relator: Ministro Dias Toifoli, Sessão em: 30 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-estrutura-artigos-voce-e-direito-aula-10-da-secao-nocoas-de-direito-tse-consulta-1403-15>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Cta n. 1426, Relator: Ministro Caputo Bastos, DJ 10.12.2007. DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 10/12/2007, Página 161.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.610 de 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.



## DA RELAÇÃO ENTRE O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL E O PRINCÍPIO DA CELERIDADE NA SISTEMÁTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: REFLEXÕES E CRÍTICAS

Felipe Miranda da Silva Assis dos Santos

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogado.

**Resumo:** O presente trabalho visa analisar, na seara do Direito Processual Civil, as mudanças legislativas ocorridas no Novo Código de Processo Civil de 2015 no que tange ao juízo de admissibilidade recursal. Propõe-se tal análise de maneira crítica e científica, abordando-se o tema à luz do princípio da celeridade que foi um dos precursores e principais motivadores para a elaboração de uma nova lei processual civil. Tenta-se propor, assim, uma leitura comparada entre o Código de Processo Civil de 1973 e o de 2015, bem como analisar os impactos ocasionados pela edição da Lei 13.256/2016, que alterou substancialmente o NCPC antes mesmo de sua entrada em vigor. Com isso, espera-se analisar as possíveis perspectivas que tal mudança legislativa implicará no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil de 2015. Juízo de Admissibilidade Recursal. Princípio da Celeridade.

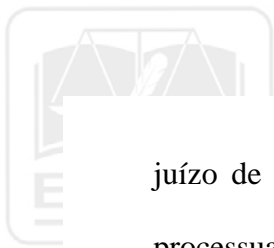
**Sumário:** Introdução. 1. Do Princípio da Celeridade no Direito Processual Civil Brasileiro. 2. Do Juízo de Admissibilidade Recursal: análise comparativa entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Novo Código de Processo Civil de 2015. 3. Perspectivas e críticas a partir da mudança legislativa. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a mudança de paradigma acerca do juízo de admissibilidade na esfera recursal na sistemática do Processo Civil, notadamente quanto à mudança legislativa encampada pelo Novo Código de Processo Civil de 2015<sup>1</sup> (Lei n. 13.015/2015).

Tal inovação legislativa faz com que todos os requisitos de admissibilidade recursal sejam avaliados apenas na instância superior, *ad quem*, não havendo mais qualquer interferência do juízo *a quo*, prolator da decisão originária, nesse sentido. Para tal, estabeleceu-se como premissa a reflexão desta referida mudança no sistema legislativo, em relação ao

<sup>1</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.



juízo de admissibilidade, com o princípio da celeridade, já consagrado no antigo diploma processual de 1973.

Busca-se despertar, com a presente pesquisa, a importância que a mudança na legislação processual acarretará em relação à celeridade na tramitação dos processos perante o Poder Judiciário, tema muito difundido e debatido na comunidade acadêmica e pelos operadores do Direito. Como é cediço, muito se reclama da morosidade da máquina do Judiciário como um todo, sendo certo que uma das principais razões para a reforma do CPC/73<sup>2</sup> foi, justamente, possibilitar maior celeridade no julgamento das demandas propostas.

Objetiva-se, assim, discutir de que forma a mudança legislativa em relação ao exame de admissibilidade dos recursos impactará, positiva ou negativamente, o princípio da celeridade em relação à tramitação das demandas propostas perante o Poder Judiciário, já que constata-se um abarrotamento de demandas – e conseqüente demora no julgamento das causas – na Justiça.

Inicia-se, o primeiro capítulo, discutindo-se até que ponto pode-se dizer que o juízo de admissibilidade recursal, tal como o era no CPC 1973<sup>3</sup>, representava uma problemática ao sistema processual em relação à celeridade na tramitação das demandas, objetivando-se trazer a lume que o principal problema quanto à morosidade na tramitação das demandas no Judiciário, certamente, não se encontra no exame de admissibilidade recursal.

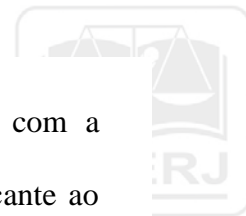
No segundo capítulo, por sua vez, será examinado se a mudança legislativa quanto ao exame da admissibilidade recursal ser feito apenas na instância superior será benéfico ao princípio da celeridade, objetivando-se, mais especificamente, analisar de que maneira a mudança na lei processual será ou não benéfica ao referido princípio, notadamente em relação ao julgamento dos recursos.

---

<sup>2</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>3</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.





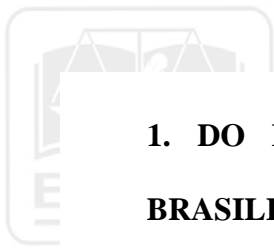
Por fim, o terceiro capítulo destina-se a questionar o que pode se esperar com a mudança legislativa de 2015 em relação ao juízo de admissibilidade recursal no tocante ao sistema jurídico como um todo. Pretende-se, a partir deste questionamento, explicitar os impactos da mudança no NCPC<sup>4</sup> quanto ao exame de admissibilidade recursal, sobretudo em relação a capacidade de as instâncias superiores conseguirem sorver todos os recursos sem que antes tenha sido feita qualquer análise prévia pelo juízo *a quo*, como era feito na vigência do CPC/73<sup>5</sup>.

A presente pesquisa, em seu viés metodológico, possui, quanto aos dados, uma abordagem qualitativa, tendo por objetivo uma abordagem descritiva e explicativa, fazendo-se, para tanto, quanto aos meios empregados, far-se-á um levantamento bibliográfico e histórico dos institutos tratados e de toda a temática proposta.

---

<sup>4</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>5</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.



## 1. DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O Direito Processual Civil Brasileiro está lastreado de princípios constitucionais e aqueles advindos do próprio Código de Processo Civil<sup>6</sup>. Dentre os primeiros, destaca-se o princípio da celeridade, também chamado de princípio da tempestividade da tutela jurisdicional ou princípio da razoável duração do processo, que, atualmente, encontra-se albergado no ordenamento jurídico pátrio no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possuindo o seguinte teor redacional: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Importante frisar que tal inciso foi acrescido à Constituição da República pela Emenda Constitucional n. 45/2004, popularmente conhecida como a Emenda da Reforma do Poder Judiciário, sendo certo que o princípio da celeridade já possuía previsão no art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, que fora ratificado – e, por isso, internalizado – pelo Brasil, no ano de 1992, nestes termos<sup>7</sup>:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Naturalmente, como um conjunto de atos coordenados a fim de concretizar a prestação da tutela jurisdicional, o processo demora um tempo em seu desenvolvimento. É o que Tucci vai chamar de “tempo do processo”<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Note-se que o Novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015) estabelece, logo no art. 1º, que: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” Assim, reconhece-se expressamente, na legislação infraconstitucional, os princípios processuais emanados da CRFB/88, dentre eles, o princípio da celeridade.

<sup>7</sup> COSTA RICA. Pacto de San Jose da Costa Rica. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2016.

<sup>8</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.



Só que a relação entre “tempo” e “processo” deve ser, na medida do possível, equilibrada, a fim de se garantir uma efetiva prestação jurisdicional no menor intervalo de tempo possível. É, pois, nocivo o processo que seja extremamente – e injustificadamente – demorado bem como aquele que seja rápido demais.

A este respeito, Alexandre Câmara<sup>9</sup> sustenta que:

O grande drama do processo é equilibrar dois valores igualmente relevantes: celeridade e justiça. Um processo extremamente demorado não é, certamente, capaz de produzir resultados justos. Por outro lado, um processo rápido demais dificilmente será capaz de alcançar a justiça da decisão. Por conta disso é que são criados mecanismos de aceleração da entrega da prestação jurisdicional, como a execução provisória e as tutelas jurisdicionais sumárias (cautelares ou não-cautelares).

A doutrina<sup>10</sup> costuma trazer três critérios orientadores para se determinar, na prática, a duração razoável de um processo, são eles: (i) a complexidade do assunto; (ii) o comportamento dos litigantes; e (iii) a atuação do órgão jurisdicional.

Esses critérios, por óbvio, não são estanques nem podem ser analisados de maneira absoluta, sendo certo que deverá ser levado em conta cada situação concreta de cada realidade processual a fim de se aferir o tempo razoável da prestação da tutela jurisdicional.

O princípio da celeridade, em suma, visa assegurar a não realização de atos que acabem por promover indevidas dilações processuais tendentes a retardar a marcha processual. Assim, o ordenamento processual civil admite, por exemplo, sanções àqueles que promovem a litigância de má-fé (art. 17 do CPC/73<sup>11</sup> correspondente ao art. 80 do NCPC/2015<sup>12</sup>) bem como a responsabilização civil do juiz por perdas e danos quando recusar,

<sup>9</sup> CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: Uma abordagem Crítica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2012. p. 18 e 19.

<sup>10</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 93

<sup>11</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2016.

<sup>12</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.



omitir ou retardar, sem justo motivo, ato que deveria praticar (art. 133, II do CPC/73<sup>13</sup> correspondente ao art. 143, II do NCPC/2015<sup>14</sup>).

Uma das principais causas para a elaboração de um Novo Código de Processo Civil<sup>15</sup> foi, justamente, tornar o processo civil mais célere, como pode ser observado pela leitura da Exposição de Motivos do NCPC/2015, com especial destaque para esta parte<sup>16</sup>:

Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressamente a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e justo.

Assim, uma série de mudanças processuais foi empreendida de modo a conferir maior celeridade às ações propostas perante o Poder Judiciário. Dentre essas, pode-se destacar a alteração quanto ao exame de admissibilidade recursal, que será mais detalhado no capítulo seguinte do presente artigo.

Por ora, cumpre destacar que houve significativa mudança de paradigma acerca do juízo de admissibilidade na esfera recursal na sistemática do Processo Civil, encampada pelo Novo Código de Processo Civil de 2015<sup>17</sup>.

Tal inovação legislativa faz com que todos os requisitos de admissibilidade recursal – legitimidade, interesse em recorrer, cabimento do recurso, tempestividade, preparo e regularidade formal – sejam avaliados apenas na instância superior, *ad quem*, não havendo mais qualquer interferência do juízo *a quo*, prolator da decisão originária, neste sentido.

Uma primeira observação é a de que a supressão do exame de admissibilidade por uma das instâncias, em uma análise superficial, fará com que as ações, de fato, sejam analisadas

<sup>13</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2016.

<sup>14</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>15</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil..* Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>16</sup> BRASIL. *Exposição de Motivo do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> . Acesso em 15 mai. 2016.

<sup>17</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil..* Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.



pela instância revisora de maneira mais rápida e ágil, já que o juízo *a quo* não mais poderá vedar o prosseguimento de um recurso por faltar-lhe algum requisito de admissibilidade previsto em lei.

O problema da celeridade nos processos perante o Judiciário, contudo, não reside, necessariamente, em questões legislativas. A morosidade processual, bem como o abarrotamento de causas que tramitam na justiça, decorre muito mais de um problema conjuntural do sistema judiciário brasileiro do que de mudanças legislativas como essa que diz respeito ao juízo de admissibilidade.

O constitucionalista José Afonso da Silva<sup>18</sup>, ao tecer comentários sobre o princípio da celeridade e sua ineficácia prática, ante a morosidade da máquina judiciária, assegura que:

De fato, o acesso à Justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize com declarado.

Assim, uma conclusão preliminar a que pode se chegar é a de que o juízo de admissibilidade recursal, tal como o era no CPC 1973<sup>19</sup>, não representava uma problemática ao sistema processual em relação à celeridade na tramitação das demandas; sendo certo que, como já pontuado, outras relevantes questões administrativas e infraestruturais do Poder Judiciário acabam por prejudicar a razoável duração do processo.

Acerca desta temática, válido trazer um trecho proferido por Rui Barbosa<sup>20</sup>, quando de seu Discurso na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1920:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardineiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresp dobra com a terrível agravante de que o

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 433.

<sup>19</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>20</sup> BARBOSA, Rui. *Discurso na Faculdade de Direito de São Paulo, 1920. Editado em livro em 1921*. Disponível no sítio eletrônico da Academia Brasileira de Letras: < <http://www.academia.org.br/academicos/rui-barbosa/textos-escolhidos>>. Acesso em 06 out. 2015.



lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

## **2. DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Como mencionado no capítulo anterior, uma importante alteração legislativa ocorrida do CPC/73<sup>21</sup> para o NCPC/15<sup>22</sup> se deu em relação ao juízo de admissibilidade na esfera recursal que, de certa forma, causará impactos no que tange ao princípio da celeridade em toda a conjuntura do processo civil.

De certo, tais impactos ainda não terão uma robusta análise prática até a conclusão deste artigo, já que o NCPC/15<sup>23</sup> entrará em vigor em março de 2016 e, até o final do presente ano de 2016, não haverá tempo hábil para que se firmem sólidos entendimentos jurisprudenciais acerca da temática aqui apresentada. No entanto, buscar-se-á, no terceiro capítulo, tecer alguma perspectiva – e eventuais críticas – em relação a essa mudança legislativa.

Por ora, neste capítulo, cabe realizar uma análise comparativa entre o juízo de admissibilidade recursal entre os dois diplomas legais supramencionados, de modo a pontuar as mudanças ocorridas.

Oportuno destacar que a recente alteração legislativa, antes mesmo da entrada em vigor do NCPC/2015<sup>24</sup>, na Casa de Origem, que culminou na Lei 13.256, de 4 de fevereiro de

---

<sup>21</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>22</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>23</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>24</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.



2016<sup>25</sup> – modificou, substancialmente, a temática do presente artigo, como será delineado abaixo.

Antes mesmo de se adentrar à análise comparativa ora proposta, porém, importante delinear o que seria o próprio instituto do juízo de admissibilidade na esfera recursal. Assim, diante destas informações introdutórias acerca do referido instituto, passar-se-á a uma perspectiva acerca das mudanças legislativas sobre o tema.

Todo provimento judicial de cunho decisório é passível de um recurso específico. Tal mecanismo funciona como verdadeiro instrumento de controle de eventuais erros – *in judicando* e/ou *in procedendo* – bem como arbítrios por parte do julgador que proleta determinada decisão<sup>26</sup>.

Neste diapasão, o recurso funciona como meio de provocação ao reexame da decisão impugnada. Em regra, o recurso é dirigido à instância superior àquela responsável por prolatar a decisão havendo, por óbvio, exceções como no caso dos Embargos de Declaração – que se dirigem ao próprio órgão prolator da decisão.

No entanto, antes mesmo de o órgão hierarquicamente superior analisar o mérito do recurso, a parte que o move – dita recorrente – deve preencher alguns requisitos para que o referido recurso seja conhecido. Tais requisitos, oportunamente, passam por uma “triagem” para se aferir se, de fato, o recurso encontra-se pronto para que se possa exarar um juízo meritório: é o chamado juízo de admissibilidade recursal.

Por decorrência lógica do próprio sistema, o juízo de admissibilidade precede o próprio juízo de mérito, discutindo-se, no primeiro, questões prévias/preliminares que podem obstar posterior análise quanto ao mérito da questão.

<sup>25</sup> BRASIL. Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm)> . Acesso em: 15 mai. 2016.

<sup>26</sup> CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 492 -493.



Os requisitos de admissibilidade recursal<sup>27</sup> podem ser intrínsecos ou extrínsecos. Os primeiros estão relacionados à própria decisão recorrida, considerada de *per si*, enquanto os segundos estão relacionados a fatores externos em relação à decisão judicial a ser impugnada

Assim, pode-se dividir os requisitos de admissibilidade da seguinte forma, considerando a classificação delineada no parágrafo anterior. São requisitos intrínsecos de admissibilidade: cabimento, legitimação para recorrer e o interesse para recorrer. São requisitos extrínsecos de admissibilidade: tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo<sup>28</sup>.

O Cabimento traduz que, para cada recurso, deve haver uma previsão legal para esse; em outras palavras: para cada pronunciamento judicial haverá um recurso específico cabível, que deve estar previsto em lei.

A Legitimação para recorrer, a seu turno, se refere a quem é dada a legitimidade para mover o recurso. Observando-se o art. 499 do CPC<sup>29</sup>, depreende-se que tal legitimação é direcionada às partes do processo, ao Ministério Público e ao terceiro prejudicado pela decisão.

Interesse em recorrer é requisito do qual se emana o binômio “necessidade e utilidade” do manejo em recorrer, que pode ser tanto da parte vencida, do *parquet* e do terceiro que tenha algum tipo de interesse jurídico na questão.

A Tempestividade se refere ao tempo/prazo para a interposição do recurso. A todo recurso é previsto certo tempo/prazo em lei que, se não observado, obsta o conhecimento do mesmo, operando-se a preclusão temporal.

---

<sup>27</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 117-120.

<sup>28</sup> DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1430-1431.

<sup>29</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2016.





Preparo do recurso diz respeito ao recolhimento de custas – e eventuais taxas – devidas para seu regular processamento, que independe de resultado. Alguns recursos, porém, por expressa previsão legal, não incidem custas, a exemplo dos Embargos de Declaração e do Agravo Retido.

A Regularidade formal pressupõe a motivação do inconformismo do recorrente em relação à decisão impugnada, alinhando-se as razões, tanto de fato quanto de direito, que venham a fundamentar pedido de nova decisão, ou, a depender do caso, de complementação/integração dessa.

Por fim, tem-se a Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer que denota algum tipo de situação que venha e ensejar a extinção ou o impedimento do poder de recorrer, que culmine em um não conhecimento do recurso manejado. Exemplo de fato extintivo é a renúncia e a concordância à decisão proferida. Já em relação ao fato impeditivo, pode-se, por exemplo, mencionar o reconhecimento jurídico do pedido e a renúncia ao direito sobre que se funda a ação.

Feitas essas considerações básicas sobre os requisitos de admissibilidade recursal, que irão inferir num juízo, positivo ou negativo, de admissibilidade, passa-se, agora, ao exame de qual instância é responsável/competente pela análise dos mesmos, fazendo-se uma comparação entre o CPC/73<sup>30</sup> e o NCPC/2015<sup>31</sup>.

Via de regra, sob a égide do CPC/73<sup>32</sup>, o recurso é direcionado/apresentado ao órgão *a quo*, prolator da decisão impugnada, que, num primeiro momento, verificará, em um caráter provisório, se o recurso interposto preenche todos os requisitos formais para, aí sim, ser encaminhado à instância superior que julgará o recurso, juízo *ad quem*. Este, por sua vez,

<sup>30</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>31</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>32</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2016.



antes de realizar o exame de mérito do recurso, exarará, em caráter definitivo, o juízo de admissibilidade do recurso, que pode ser positivo ou negativo – assim como o faz o juízo *a quo*, que pode obstar ou não o prosseguimento do recurso ao tribunal competente.

Exceção à regra geral é a prevista para o recurso de Agravo de Instrumento, no qual sua interposição ocorre diretamente no tribunal *ad quem*, órgão julgador que irá exercer tanto o juízo de admissibilidade, primeiramente, e, em sendo admitido o recurso, irá exercer o juízo meritório.

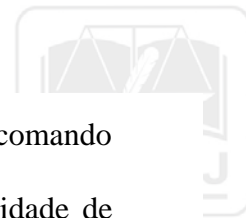
Note-se que, em regra, haverá um duplo juízo de admissibilidade dos recursos, ou seja, há dois momentos em que o Poder Judiciário irá examinar os requisitos mencionados acima que irão obstar ou permitir à análise do mérito: o primeiro, feito na instância que prolatou a decisão e, num segundo momento, no próprio órgão responsável pela avaliação do mérito recursal.

Antes, porém, de se encaminhar o recurso à instância revisória, o juízo *a quo* deve oportunizar à parte recorrida – contra a qual o recurso é interposto – que, no prazo legal, apresente sua peça de defesa/bloqueio/resistência – que são as chamadas contrarrazões recursais. Sobre elas, o juízo *a quo* também haverá de se manifestar sobre a sua (in)admissibilidade<sup>33</sup> que, por óbvio, não possui todos os requisitos de um recurso, mas que devem observar, por exemplo, a questão da tempestividade.

A decisão que analisa a admissibilidade do recurso é de natureza declaratória. Assim sendo, há uma declaração de admissibilidade – ou inadmissibilidade, a depender do caso pelo juiz – ou tribunal – que afirma situação preexistente, com efeitos *ex tunc*. Tal efeito importa, por exemplo, quando o juízo de admissibilidade do recurso é negativo, determinando, se for o caso, o momento do trânsito em julgado da decisão, que retroage ao momento em que se constatou a causa de seu não conhecimento.

---

<sup>33</sup> DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1429.



Oportuno destacar que, como toda decisão judicial, por expreso comando constitucional exarado no art. 93, IX da CRFB/88<sup>34</sup>, a decisão sobre a admissibilidade de recurso feita por juízo *a quo* possui natureza interlocutória e, como tal, é impugnável – caso desfavorável ao recorrente – via agravo de instrumento, oportunidade em que o tribunal analisará diretamente acerca da admissibilidade do recurso obstado pela instância ordinária.

Ao contrário, caso a decisão de admissibilidade seja desfavorável ao recorrido – ou seja, o recurso interposto é admitido pelo juízo *a quo*, decisão com a qual a parte recorrida não concorda – é possível, em tese, que tal decisão seja impugnada via agravo de instrumento, já que também possui natureza interlocutória. Porém, tal via impugnativa não lhe seria mais adequada e útil ao que se propõe, já que o recorrido tem a oportunidade de, nas contrarrazões recursais, manifestar-se sobre a própria admissibilidade do recurso, sendo esta a via mais adequada ao caso em questão.

A regra aqui apresentada – repise-se: sob a égide do CPC/73<sup>35</sup> – era válida para todos os órgãos julgadores do Poder Judiciário, inclusive para o Recurso Extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal (STF), e para o Recurso Especial, Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo que os respectivos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios bem como os Tribunais Regionais Federais seriam os responsáveis pelo exame de admissibilidade dos referidos recursos<sup>36</sup>.

O NCPC/2015<sup>37</sup>, inicialmente, alterou substancialmente tal regramento, ao acabar com o duplo juízo de admissibilidade dos recursos: tanto àqueles dirigidos aos Tribunais ordinários quando àqueles dirigidos aos Tribunais Superiores teriam, apenas, um único momento de

---

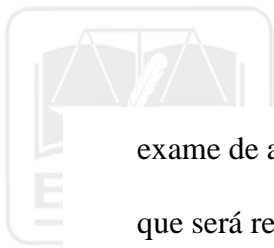
<sup>34</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> . Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>35</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2016.

<sup>36</sup> DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1429.

<sup>37</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.



exame de admissibilidade, que seria feito no juízo ad quem, ou seja, no próprio órgão julgador que será responsável pelo exame do mérito recursal.

A princípio, tal inovação traria maior celeridade ao sistema recursal como um todo – ainda que, como já salientado no primeiro capítulo, tal situação, por si só, não representasse um grande problema na celeridade dos processos submetidos ao Judiciário. Nesta nova configuração, o próprio órgão revisor seria o responsável, em apenas uma única vez, de aferir a admissibilidade dos recursos a ele submetidos.

No entanto, antes mesmo da entrada em vigor do NCPC/2015<sup>38</sup> em março de 2015, tramitou, nas Casas Legislativas, o Projeto de Lei da Câmara n. 168, de 2015; n. 2.384, de 2015, na Casa de Origem, que culminou na Lei 13.256<sup>39</sup>, de 4 de fevereiro de 2016. Tal lei manteve a sistemática vigente do CPC/73<sup>40</sup> quanto à admissibilidade dos recursos para os Tribunais superiores, cabendo à instância a quo o primeiro exame de admissibilidade dos recursos, podendo obstar seu seguimento ante a ausência de algum requisito.

Coube, a este capítulo, uma análise comparativa entre os dois diplomas processuais acerca da temática proposta. No capítulo seguinte, serão analisadas as perspectivas, os possíveis impactos e críticas em relação a essas alterações legislativas, correlacionando-as ao princípio da celeridade.

### 3. PERSPECTIVAS E CRÍTICAS A PARTIR DA MUDANÇA LEGISLATIVA

Neste capítulo, serão abordadas algumas perspectivas e possíveis críticas sobre o tema ora sob análise. Considere-se que, como já salientado no capítulo anterior, não haverá, até a

<sup>38</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>39</sup> BRASIL. Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2016.

<sup>40</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2016.



conclusão do presente artigo, sólidos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da temática proposta, já que as alterações legislativas empreendidas tanto no NCPC<sup>41</sup> quanto na Lei 13.256/2016<sup>42</sup> são muito recentes e ainda carecedoras de estudos mais profundos.

Ora, como já salientado ao longo do presente trabalho, uma das propostas para a criação de um Novo Código de Processo Civil<sup>43</sup> tangenciou a própria questão da celeridade, isso é, uma efetiva prestação jurisdicional de modo mais célere, ágil e eficaz. Em outras palavras, a busca por maior celeridade motivou/instigou os trabalhos legislativos que culminaram no NCPC<sup>44</sup>, consagrando-a no novo diploma legislativo processual em diversos aspectos, sendo a alteração quanto à admissibilidade recursal uma dessas importantes evidências.

E, sem dúvidas, o fim do duplo exame de admissibilidade dos recursos, como já pontuado e explanado no capítulo anterior, foi uma das tentativas de se agilizar o trâmite dos processos nos tribunais. Assim, inicialmente, a ideia era a de que somente o juízo *ad quem* seria o responsável pela análise dos requisitos de admissibilidade recursal.

No entanto, como também já salientado, antes mesmo da entrada em vigor do NCPC<sup>45</sup>, a Lei 13.246/2016<sup>46</sup> manteve a mesma lógica do CPC/73<sup>47</sup> quanto a análise dos requisitos de admissibilidade para os recursos encaminhados aos Tribunais superiores, mormente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, os Tribunais

<sup>41</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>42</sup> BRASIL. Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2016.

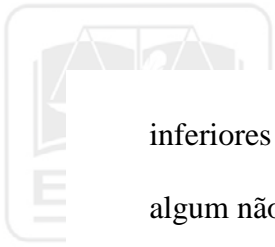
<sup>43</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>44</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>45</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>46</sup> BRASIL. Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2016.

<sup>47</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2016.



inferiores poderão continuar obstando a ida do recurso ao STJ e ao STF uma vez constatado algum não-preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

De fato, pela experiência que se tem no dia a dia forense, observa-se que a justiça brasileira como um todo encontra-se, atualmente, abarrotada de processos judiciais: a judicialização dos conflitos parece estar cada vez mais crescente no país. E tal situação não é diferente na realidade do STJ e do STF.

Com isso, acredita-se que houve certa resistência dos próprios Ministros que compõem os Tribunais superiores em aceitar tal mudança proposta pelo NCPC<sup>48</sup> já que, a princípio, qualquer demanda judicial, em sede de recurso próprio<sup>49</sup>, poderia ser encaminhada ao STJ e ao STF sem que, antes, houvesse qualquer “filtragem” pelos tribunais locais. Tal situação, inegavelmente, traria impactos significativos à rotina da própria análise dos recursos submetidos a esses tribunais.

Seria, em tese, interessante tal mudança, uma vez que essa contribuiria para maior celeridade dos processos em instância recursal nos tribunais superiores. No entanto, questiona-se até que ponto, de fato, a falta de “filtragem” dos recursos perante os Tribunais superiores não poderia levar, também, recursos desnecessários e protelatórios a órgãos julgadores que analisam tão somente questões de direito. Se tal situação já acontece em sede de Recurso de Apelação, não é difícil de imaginar que situações semelhantes poderiam ocorrer com interposições incabíveis de Recursos Especiais e Recursos Extraordinários.

No entanto, a mudança legislativa<sup>50</sup> trazida originalmente pelo NCPC persiste em relação aos recursos encaminhados da primeira instância à segunda instância: Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e Tribunais Regionais Federais. Assim,

---

<sup>48</sup> BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>49</sup> Frise-se, por oportuno, que os Tribunais superiores, via de regra, na competência recursal, somente analisam questões de direito – e não questões fáticas ou de conteúdo probatório

<sup>50</sup> BRASIL. Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2016.



por exemplo, não mais um juiz singular na primeira instância poderá obstar o prosseguimento do Recurso de Apelação à segunda instância, devendo a admissibilidade recursal ser avaliada – necessária e obrigatoriamente – no órgão julgador que avaliará o mérito recursal.

Por óbvio, tal mudança em relação aos tribunais inferiores, que não foi objeto da alteração desencadeada pela Lei 13.256/2016<sup>51</sup>, também irá contribuir para a celeridade da tramitação dos recursos, já que os juízes singulares não poderão obstar a subida dos referidos recursos ao 2º grau. Certo que tal modificação já implicará em uma mudança de rotina quanto à análise da admissibilidade dos recursos nos tribunais interiores.

Até pode-se cogitar que possa haver, igualmente, recursos incabíveis e/ou protelatórios encaminhados da primeira instância aos tribunais inferiores, mas que poderão ser ou não conhecidos pelo juízo *ad quem*, a depender de cada caso concreto. Importante salientar que os requisitos de admissibilidade não deixarão de ser analisados, mas isso só ocorrerá uma única vez, excetuando-se, como salientado, em relação aos recursos encaminhados aos Tribunais superiores.

Assim, diante das perspectivas e projeções aqui delineadas, espera-se que a ausência da dupla análise quanto à admissibilidade recursal proporcione maior fluidez e celeridade na prestação jurisdicional dos recursos, de modo a diminuir o tempo de tramitação dos recursos perante os tribunais.

Passa-se, agora, às considerações finais do presente artigo.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm)> . Acesso em: 15 mai. 2016.



## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou traçar os principais aspectos concernentes à mudança legislativa do Novo Código de Processo Civil<sup>52</sup> e da Lei 13.256/2016<sup>53</sup> quanto à temática do juízo de admissibilidade recursal. Registre-se, por oportuno, que esta última entrou em vigor durante a elaboração deste artigo, o que alterou substancialmente o objeto de pesquisa apresentado, como já pontuado no capítulo anterior.

No primeiro capítulo, tentou-se realizar importantes considerações acerca do princípio da celeridade e sua relação com a temática do juízo de admissibilidade. Numa análise inicial, entendeu-se que, de certo, a celeridade processual não estaria atravancada tão somente pelas regras de admissibilidade do CPC/73<sup>54</sup>, ainda que a inovação legislativa trazida pelo Novo Código de Processo Civil<sup>55</sup> quanto ao juízo de admissibilidade trouxesse, inegavelmente, maior celeridade.

No segundo capítulo, estabeleceu-se uma análise comparativa entre os dois diplomas processuais – o de 1973 e o de 2015 – acerca do tema central do presente artigo. Foram pontuadas as principais mudanças percebidas, bem como a manutenção de alguns institutos pela Lei 13.256/2016<sup>56</sup>, que alterou o Novo Código de Processo Civil<sup>57</sup> antes mesmo de sua entrada em vigor, em 18 de março de 2016.

Por fim, no último capítulo, buscou-se realizar perspectivas e possíveis críticas sobre o tema a partir da mudança legislativa, sendo certo que, até a presente conclusão deste trabalho acadêmico, não houve sólidos entendimentos doutrinários e/ou jurisprudenciais que pudessem

---

<sup>52</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>53</sup> BRASIL. Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2016.

<sup>54</sup> BRASIL *Código de Processo Civil*. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2016.

<sup>55</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

<sup>56</sup> BRASIL. Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2016.

<sup>57</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.





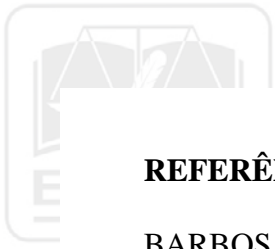
ser colacionados à pesquisa. Assim, as perspectivas e críticas apontadas levaram em consideração, basicamente, a análise da legislação conjugada à realidade processual que vigorou até a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil<sup>58</sup>.

A partir do exposto, considerando todas as perspectivas apresentadas no presente trabalho, espera-se que a mudança legislativa que, em parte, acabou com a dupla análise quanto à admissibilidade recursal proporcione maior fluidez e celeridade na prestação jurisdicional dos recursos, de modo a diminuir o tempo de tramitação dos recursos perante os tribunais.

Lamenta-se, contudo, que a Lei 13.236/2016 tenha alterado a lógica da admissibilidade para os recursos encaminhados ao STF e ao STJ, uma vez que os Tribunais inferiores poderão continuar obstando a ida de recursos aos respectivos tribunais se não for constatada alguma regularidade exigida pela lei para o conhecimento dos pleitos recursais.

---

<sup>58</sup> BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)>. Acesso em: 03 abr. 2016.



## REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: Uma abordagem Crítica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2012.

\_\_\_\_\_. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*. v.1. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. *Elementos da Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

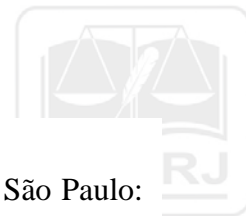
CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v.1. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. v.1. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil moderno*. v.3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.



GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v.1. 22. ed. 2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v.1. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da Oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OBBERG, Eduardo. *Os Juizados Especiais Cíveis e a Lei nº 9.099/95*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. *Juizados Especiais Fazendários*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. v.1. 54. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



## A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.

Fernanda da Mota Labanca

Graduada pela Pontifícia  
Universidade Católica do Rio de  
Janeiro – PUC-Rio. Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho apresenta estudo acerca da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil. Com o objetivo de compreender melhor o tema, o trabalho apresenta aspectos históricos, sobretudo acerca da natureza jurídica do direito à saúde no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Além disso, discute o papel do Poder Judiciário e sua atuação na efetivação do direito à saúde, através da análise da evolução jurisprudencial sobre o tema. Destaca, ainda, as principais críticas à atuação judicial, especialmente no que tange a possibilidade de ofensa ao princípio isonômico, a separação de poderes, a reserva do possível. Por fim, busca apresentar parâmetros de atuação dos magistrados na questão da saúde pública.

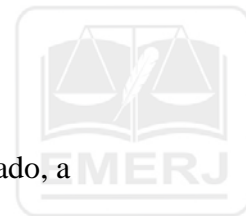
**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Judicialização. Ativismo judicial. Direitos sociais. Direito à Saúde. Estado democrático. Separação de Poderes. Reserva do possível.

**Sumário:** Introdução. 1. O Direito à Saúde e a Constituição Federal de 1988. 2. O papel do Poder Judiciário. 3. A tutela jurisdicional do direito à saúde: críticas e parâmetros de atuação judicial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute o papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil diante do tratamento dado ao direito na Constituição Federal de 1988. Para tanto, se propõe a traçar algumas considerações úteis acerca do assunto objetivando trazer à lume os aspectos mais relevantes do direito à saúde como objeto da tutela jurisdicional abordando posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema.

O direito à saúde, por estar intimamente atrelado ao direito à vida, manifesta proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, recebe na Constituição Federal de 1988 proteção jurídica diferenciada, possuindo status de direito social fundamental, e, portanto,



aplicabilidade imediata, além de elencá-lo como um direito de todos e dever do Estado, a ser garantido de forma igual e universal.

Sendo um direito de segunda dimensão, prestacional, depende da edição de políticas públicas para sua efetivação no plano fático. Quando essas políticas públicas não são editadas, ou quando são ineficientes, o judiciário assume um papel ativo na efetivação do direito ao garantir tutela individual às prestações de saúde, como medicamentos, aparelhos e tratamentos. A jurisprudência pátria é extremamente vasta e reflete a efetividade e a força normativa que a constituição passou a ter nos últimos anos.

O tema é controvertido e merece atenção, sendo inegável sua importância na atualidade, qualquer que seja o prisma adotado, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário nas questões de políticas públicas.

O primeiro capítulo do trabalho busca analisar a natureza jurídica do direito à saúde no Brasil na Constituição Federal de 1988, qual seja, de direito social fundamental, subjetivo, sua aplicabilidade direta, assim como os princípios que regem a saúde pública no Brasil.

No segundo capítulo, busca-se destacar o papel do Poder Judiciário, elencando as causas do estreitamento entre justiça e política como uma das características marcantes do Estado constitucional de direito, bem como a diferenciação entre judicialização e o ativismo judicial.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a evolução jurisprudencial sobre o tema, apontando as principais críticas doutrinárias e os parâmetros de atuação judicial propostos.

Em que pese o importante papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, é importante refletir sobre os limites de atuação, pois embora seja um direito essencial que deve ser garantido e promovido por todos os poderes, deve ser ponderado



com outras normas, especialmente com as normas constitucionais que preveem a separação de poderes, a igualdade, a democracia e a legalidade orçamentária.

## **1.0 DIREITO À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição Federal de 1988 possui um forte cunho social, sendo a mais comprometida com um Estado Democrático de Direito se comparada com as constituições que a antecederam. Percebe-se que o constituinte optou por uma ordem de valores baseada no protagonismo do ser humano, que é o fundamento e fim último do Estado Democrático de Direito, consoante o art. 1º, II que elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado.<sup>1</sup>

Não há precedente na história brasileira de uma Constituição que tivesse garantido a proteção tão ampla a direitos fundamentais, dentre os quais o direito à saúde se destaca. Se antes, ele era objeto apenas de normas esparsas, restrita apenas aos trabalhadores inseridos no mercado formal, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ordem constitucional brasileira, assumindo papel vanguardista em relação a outros sistemas constitucionais, consagrou a saúde como um direito social fundamental em sentido material e formal, garantido a todos os brasileiros.

Isso significa que os direitos sociais, tal como a saúde, passaram a ter a mesma fundamentalidade dos direitos e garantias individuais. Sendo assim, formalmente, a Constituição garante à saúde um regime jurídico de proteção reforçada, qual seja, a superior hierarquia axiológica de que gozam os direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http:// www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: 20 out. 2016.



No mesmo sentido, há uma série de limites formais, uma vez que se exige um procedimento legislativo complexo para a alteração dos dispositivos constitucionais a respeito do direito à saúde em uma eventual reforma constitucional e limites materiais, a fim de garantir o conteúdo das normas.

Além disso, o status dado ao direito à saúde de direito fundamental garante a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais que consagram tal direito, tendo em vista a interpretação conjunta dos artigos 5º, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal de 1988, que garantem, aplicabilidade imediata as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, e que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o Brasil seja parte.

Por outro lado, a fundamentalidade em sentido material, fica clara em razão da importância da saúde para a manutenção da vida do ser humano, assim como para a fruição dos demais direitos garantidos ao indivíduo, sobretudo em uma Constituição que tem como fundamento o ser humano. Nesse sentido, ainda que exista uma série de controvérsias quanto aos limites e formas que deve ser realizado, é inegável que há um consenso que a saúde deve ser protegida e promovida.<sup>2</sup>

O Capítulo II ('Dos Direitos Sociais'), do Título II ('Dos Direitos e Garantias Fundamentais'), no art. 6º da Constituição Federal, elenca, entre os direitos sociais, o Direito à Saúde. Além disso, a saúde possui uma normatização pormenorizada no Título VIII ('Da Ordem Social'), Capítulo II ('Da Seguridade Social'), Seção II ('Da Saúde'), entre os art. 196 e 200.

---

<sup>2</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à Saúde*. 4. ed. Salvador: Juspodium. 2015. p. 36.



No que tange ao direito à saúde, o art. 196 elenca como princípios a universalidade e a igualdade de acesso às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, bem como reconhece ser um direito de todos e dever do Estado.

De igual modo, os princípios informadores da saúde pública podem ser extraídos dos art. 194 e 198, quais sejam, o princípio da universalidade, que compreende a saúde como direito de todos os brasileiros, sem qualquer condição para sua fruição, com acesso universal e igualitário; o caráter descentralizado e democrático da administração; o atendimento integral, compreendido como a prevenção, promoção e recuperação. Por fim, a regionalização e hierarquização a fim de que haja uma distribuição espacial dos serviços e recursos humanos.<sup>3</sup>

A Constituição, ao elencar os princípios e diretrizes pelos quais deve ser concretizada a estrutura institucional de implementação da saúde, torna possível considerar o Sistema Único de Saúde (SUS), como uma garantia fundamental, tendo em vista a amplitude e detalhamento feito em nível constitucional.<sup>4</sup>

Quanto à competência, a Constituição confere competência legislativa para proteção e defesa da saúde concorrentemente aos entes federados. De acordo com o art. 24, parágrafo 1º da Constituição a União deve estabelecer normas gerais; os Estados consoante art. 24, parágrafo 2º, a suplementação da legislação federal e os Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, assim como suplementar a legislação estadual e federal (art. 30, I e II).

Administrativamente a competência é comum à União, Estados e Municípios, consoante art. 23, II, podendo todos os entes federados formular e executar políticas de saúde. A Constituição prevê ainda que deve haver uma cooperação entre os entes.

---

<sup>3</sup> RIGOLDI, Viviane. *A Tutela jurisdicional da Saúde sob o enfoque do princípio da Igualdade*. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f5d21999da31330> > Acesso em: 20 de março de 2016. p.8

<sup>4</sup> FIGUEIREDO, op. cit. p. 14





Destaque-se, ainda, que, como direito fundamental, o direito à saúde possui uma dimensão subjetiva e uma objetiva. A subjetiva se reflete no fato de que o direito à saúde gera um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas que podem ser tanto de direitos de defesa como de direito a prestações. Como direito de defesa o direito à saúde garante o direito a saúde individual e pública na medida em que veda ingerências indevidas sob a esfera jurídica do titular do direito tanto do Estado como de particulares.<sup>5</sup>

Já como direito a prestações, engloba não somente o direito a prestação em sentido *lato* como o direito a prestação em sentido estrito. Dessa forma, é garantido ao indivíduo o direito à organização e procedimento, à implementação de instituições e serviços, procedimentos de acesso, regulamentação da participação e do controle social, enfim, a implementação dos serviços e ações de saúde como previsto no texto constitucional.

Outrossim, em sentido estrito, a prestações materiais, que consistem na exigibilidade de diversos tipos de prestação, inclusive na via judicial como o fornecimento de medicamentos, tratamentos, cirurgias. Logo, se trata de um direito subjetivo sem restrições. Por sua vez, em sua dimensão objetiva os direitos fundamentais, como valor ou bem jurídico, exige do Estado e da sociedade a necessária proteção.

Como é cediço, os direitos sociais, como o direito à saúde, são direitos de segunda dimensão ou geração, prestacionais, e geram um custo maior para sua efetivação, uma vez que, como destacado, necessitam da edição das chamadas políticas públicas, que devem ser desenvolvidas pelo Estado. Nesse sentido, sua concretização assume papel fundamental na proteção das mais diferentes esferas pelas quais se manifesta e desenvolve o ser humano, sobretudo na sociedade brasileira que é marcada por índices altos de desigualdade social.

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 49.



Isso porque, de nada adianta a Constituição garantir formalmente o direito à saúde se, no plano fático, não existirem mecanismos para que haja a sua efetivação. Indispensável, portanto, um maior comprometimento das instituições nacionais na busca do modo mais seguro e eficaz de garantir a saúde pública no Brasil, através de políticas públicas eficazes.<sup>6</sup>

Dessa forma, os entes ficam vinculados a adotarem as medidas necessárias à implementação dos comandos constitucionais, inclusive aqueles positivados eminentemente sob a forma de princípio. Quando não se tem uma política pública para garantir a saúde do indivíduo, ou quando apesar de existir não é eficiente, não alcançando o fim social a que se destina, a judicialização e o ativismo judicial ganham força na efetivação do direito fundamental à saúde. Todavia, é indispensável que se reflita sobre os limites e possibilidade de atuação do Poder Judiciário.

## 2. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

No Estado constitucional de direito, que se consolida na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial, a Constituição tem status de norma jurídica e como tal, além de disciplinar o modo de produção das leis e atos normativos, acaba por estabelecer limites para o seu conteúdo e impõe deveres de atuação do Estado.<sup>7</sup>

Entende-se por jurisdição constitucional a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais, englobando duas atuações. A primeira a aplicação direta da Constituição a situações nela contempladas e a segunda uma atuação da

---

<sup>6</sup> RIGOLDI, op. cit., p.9

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. In: Coordenadores George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais Estudo em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Juspodium, 2012, p. 366



aplicação indireta da Constituição, quando o intérprete faz o controle de constitucionalidade e quando atribui o melhor sentido a norma constitucional.<sup>8</sup>

A judicialização é um fenômeno mundial, que significa que questões relevantes do ponto de vista social e política estão sendo decididas pelo Poder Judiciário. Inúmeros exemplos de judicialização deixam evidente o estreitamento entre a política e a justiça de modo que a divisão entre criação e interpretação do direito muitas vezes não é clara.

Luís Roberto Barroso, aponta três principais causas para o fenômeno da judicialização. A primeira é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas. Segundo porque há uma evidente crise de representatividade no parlamento. A terceira é que atores políticos, com frequência, preferem deixar questões polêmicas para que o judiciário decida.<sup>9</sup>

O ministro destaca que o Brasil conta ainda com uma peculiaridade que contribui para que a judicialização tome uma proporção maior que é o fato da Constituição Federal de 1988 ser extremamente analítica e abrangente. Em suas palavras,<sup>10</sup> “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho,<sup>11</sup> atribui a judicialização da política no Brasil, além das causas já referidas, ao estilo da Constituição brasileira, “suas ambiguidades, seus defeitos de redação, a imprecisão de sua linguagem, abundância de princípios cogentes, e, sobretudo, a multiplicação de instrumentos judiciais de atuação ou controle sobre as políticas de governo e sobre o proceder dos demais Poderes”.

---

<sup>8</sup> Ibid, p. 367.

<sup>9</sup> Ibid, p. 369.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. O Papel Político do Judiciário e suas implicações. In: Coordenador José Carlos Francisco. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional, do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: DelRey, 2012, p. 223.



Conseqüentemente, diversas questões relevantes política e socialmente já foram decididas pelos tribunais superiores, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, merece destaque a questão da judicialização das prestações de saúde em que diversas audiências públicas foram realizadas a fim de debater a questão perante o STF, visando buscar parâmetros de atuação judicial.

Sendo assim, a judicialização torna-se inevitável, pois é consequência do modelo institucional adotado, não sendo uma opção política do judiciário, o qual ao ser provocado tem o dever de se pronunciar sobre o pleito.

Vale ressaltar, entretanto, que dependendo da forma como o juiz se manifesta poderá haver o ativismo judicial. Enquanto a judicialização é uma consequência do modelo institucional brasileiro, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido de alcance”.<sup>12</sup>

Luís Roberto Barroso<sup>13</sup>, ressalta como espaço inequívoco do Poder Judiciário:

O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre as normas ou fazer escolhas fundamentadas [...].

### **3. TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE: CRÍTICAS E PARÂMETROS DE ATUAÇÃO JUDICIAL**

<sup>12</sup> BARROSO, op. cit., p. 372.

<sup>13</sup> Id., Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016, p. 21.



A tarefa de dar efetividade aos direitos sociais é um grande desafio, que em relação à saúde no Brasil, assume contornos dramáticos. Primeiro porque, como é cediço, se trata de um direito fundamental social em que os custos inerentes para efetivação são naturalmente maiores, uma vez que necessitam da edição de políticas públicas, demandando altos investimentos. Além disso, o Brasil é um país de dimensões continentais, em desenvolvimento em que os custos com a saúde aumentam exponencialmente.

Se por um lado, a evolução tecnológica representa um ganho em qualidade dos serviços de saúde, por outro, os serviços ficam mais caros. Soma-se a isso o fato de que hoje a população vive mais tempo, demandando mais por serviços de saúde. Ademais, há a má gestão dos recursos públicos e lamentavelmente os desvios de corrupção. Esse contexto acaba gerando um cenário em que a demanda por serviços de saúde supera em muito a oferta.

A expressão “judicialização das políticas de saúde” é utilizada quando um direito a proteção da saúde for reclamado judicialmente perante a Administração Pública e o fundamento desse direito passa por compreender a constitucionalidade ou a legalidade de um comportamento comissivo ou omissivo do Poder Público no que tange as políticas de saúde.

Em um primeiro momento, no que tange à tutela judicial do direito à saúde, se negou aplicabilidade direta, de modo que, os tribunais possuíam um posicionamento tradicional no sentido de que os direitos sociais em geral não seriam autoaplicáveis. Os argumentos utilizados estavam sempre ligados ao princípio da separação de poderes, invocando a ausência de lei regulamentadora, a não aplicabilidade direta da norma constitucional, a ausência de dotação orçamentária específica e de previsão legal.



Entretanto, houve na jurisprudência do STF um *turning point* em alguns precedentes. Um que se destaca, podendo ser usado como *leading case*, é o é o AgRg-RE n° 271.286/RS, que teve como relator o ministro Celso de Mello, e é utilizado como fundamento de decisões, principalmente no que tange ao fornecimento de medicamentos.

No julgado o ministro reconhece o direito à saúde como um direito público subjetivo, a qual representa consequência indissociável do direito à vida, tendo eficácia plena e auto aplicabilidade. Ele destacou que a interpretação da norma programática (art. 196, CF) não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. Logo, é possível que se formule demandas ligadas ao direito fundamental à saúde com base diretamente no dispositivo constitucional.<sup>14</sup>

Essa linha jurisprudencial foi confirmada em diversos outros julgados, a exemplo da ADPF 45, em que o também ministro Celso de Mello firmou posição no sentido da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, de modo que não seriam uma questão exclusivamente política, mas que se sujeitariam a limites jurídicos que condicionam a sua validade.

Essa virada jurisprudencial, que reflete a normatividade e a efetividade da Constituição, acabou gerando uma judicialização excessiva do direito à saúde com base em precedentes genéricos, de modo que, é importante se questionar o que compreende o direito à saúde. Segundo a Organização Mundial da Saúde, o conceito de saúde é extremamente amplo, compreendendo o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doenças.

Nesse sentido, a falta de uma diretriz objetiva do supremo ocasionou uma avalanche de ações com pedidos sem urgência, tratamentos ir razoáveis, além do

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg-RE n. 271.286/RS. Relatora: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo210.htm#Medicamentos para Pacientes com AIDS \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo210.htm#Medicamentos%20para%20Pacientes%20com%20AIDS%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es)) >. Acesso em: 30 maio. 2016.



fornecimento de aparelhos, financiamento de tratamentos de saúde e medicamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde.

Em março de 2009, objetivando redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde, o supremo realizou audiências públicas, em que o STF ouviu diversos setores da sociedade, traçando critérios de atuação do magistrado.

O primeiro critério seria que, existindo política pública estatal que envolva o pedido da parte, o Judiciário estará apenas determinando o seu cumprimento, já no caso de não existir a política estatal, deve-se analisar se a ausência decorre de omissão legislativa ou de decisão administrativa. Em casos de solicitações de medicamentos, é necessário o registro na ANVISA, bem como exame judicial acerca das razões pelas quais o Sistema Único de Saúde (SUS) não o fornece. Deve ainda ser dada preferência ao tratamento oferecido pelo SUS, salvo se provado que o tratamento oferecido pelo SUS não é eficaz.

Refletindo a força normativa e a efetividade que a Constituição adquiriu nos últimos anos, a jurisprudência pátria no que diz respeito a efetivação do direito à saúde é extremamente farta. Com efeito, as normas constitucionais passaram a ter aplicabilidade direta e imediata pelo Poder Judiciário, o qual tem exercido papel importante na promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.<sup>15</sup> Nesse contexto, o supremo proferiu importantes decisões; alguns julgados podem ser destacados.

A ministra Carmem Lúcia, em uma decisão emblemática, votou pela vedação a importação de pneus usados, dando prevalência a proteção constitucional dos direitos

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016, p. 3.





Entendeu o julgado que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados, de modo que o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente.<sup>19</sup>

Tal entendimento se fundamenta na interpretação conjunta do art. 196 com as normas a respeito das competências legislativas e executivas (art. 30, I, II e VII; e art. 24, XII e parágrafos 1º a 4º). Consequentemente, a corte entende que o cidadão pode escolher um dos entes federativos para ajuizar a ação e afasta a possibilidade de chamamento ao processo do ente federativo que não tenha sido incluído na demanda.

Questão importante se coloca em relação à legitimidade para propositura das demandas em defesa do direito à saúde. A propósito, o STF, assim como o STJ reconhecem a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para o ajuizamento de ações tanto coletivas, como individuais em função do caráter indisponível do direito e de sua relevância pública.<sup>20</sup> Outrossim, também em função da relevância pública do direito, o STJ considera irregular a suspensão do fornecimento de energia elétrica a hospitais e postos de saúde.<sup>21</sup>

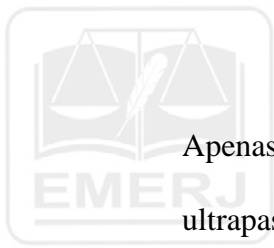
Desde 2010, houve um aumento de 500% nos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais. Naquele ano, o valor consumido foi de R\$ 139,6 milhões.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-Rg n. 855.178/SE. Relatora: Ministro Luiz Fux. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+855178%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+855178%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q6u8omz> >. Acesso em: 30 maio. 2016.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agr-RE n. 820-910/CE. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+820910%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+820910%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o3frymm>>. Acesso em: 30 maio. 2016.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 831.010/RS. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600664095&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 30 maio. 2016.



Apenas em 2014, o gasto chegou a R\$ 838,4 milhões. Em todo o período, a soma ultrapassa R\$ 2,1 bilhões.<sup>22</sup>

Hoje em que pese o Poder Judiciário exercer um importante papel na efetivação do direito à saúde, cumprindo o seu papel constitucional, a doutrina tem apontado uma série de críticas quanto a sua atuação.

A primeira delas se baseia no princípio da separação de poderes, sob o argumento de que a Constituição é uma diretriz sendo necessário a edição de uma lei regulamentadora específica. Nesse sentido, o Poder Judiciário, ao conceder o direito sem a edição da lei estaria agindo como legislador positivo, criando direitos sem lei e, portanto, violando o princípio da separação de poderes.

O artigo 196 da Constituição Federal é uma norma programática e tais normas não possibilitariam a exigibilidade de prestações positivas ou negativas do Poder executivo bem como providências normativas do Poder Legislativo.<sup>23</sup> O dispositivo dispõe ser tarefa dos órgãos executores de políticas públicas e econômicas e não através de provimentos judiciais. Dessa forma, as decisões judiciais no âmbito da saúde, ao condenar o Poder Público, por exemplo, ao fornecimento gratuito de um medicamento estaria alterando o arranjo institucional proposto pelo constituinte originário.

Outra crítica é a financeira, conhecida como o argumento da “reserva do possível”<sup>24</sup>, que consiste na constatação de insuficiência de recursos públicos para a garantia dos direitos individuais e sociais, obrigando o Estado a fixar prioridades, sobretudo na efetivação do direito à saúde em que há um quadro de demanda maior que

---

<sup>22</sup> Dados do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-acoes-judiciais>. Acesso em 23 setembro 2016.

<sup>23</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo. Atlas. 2015, p. 83

<sup>24</sup> CF. Assume duas vertentes, a reserva do possível fática que é constatar que não há recursos em todo o Estado para aquela determinada prestação e a reserva do possível jurídica que é a ausência de dotação orçamentária para a prestação.

a oferta e que os tratamentos possuem altos custos. Logo, a aplicação dos direitos sociais, estaria condicionada à existência de recursos financeiros do Estado. Por diversas razões, o Poder Judiciário não seria a instituição mais adequada para fixar tais prioridades e para definir a alocação dos gastos públicos.

Nesse contexto, surge uma crítica democrática, de carácter político-ideológico, no sentido de que, sendo os recursos públicos provenientes de impostos, pagos pelo povo, caberia ao povo decidir sua alocação, por meio de representantes eleitos. Dessa forma, quem deve definir como os recursos devem ser alocados seria quem carrega a legitimidade democrática dos votos, de quem foi eleito, através da lei orçamentária que é de iniciativa do chefe do executivo e cuja aprovação resulta da comunhão de vontades do Poder Executivo eleito e dos parlamentares. Ocorre que, quando se está diante de um quadro de judicialização excessiva das prestações de saúde em que o judiciário passa a ser o protagonista na implementação das políticas públicas, essa lógica se inverte.

Com efeito, o administrador e o legislador foram eleitos para estabelecer uma pauta de prioridades, no que tange às políticas sociais, não possuindo o judiciário tal função, uma vez que os juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos.

Além disso, há uma crítica técnico institucional, uma vez que o Poder Judiciário atua na lógica da microjustiça, ou seja, da justiça no caso concreto. Por outro lado, o Poder Executivo, atua na lógica da macrojustiça, possuindo uma visão global dos recursos disponíveis e das necessidades a serem atendidas sendo o mais apto a otimizar a eficiência dos gastos públicos.

Outrossim, há o limite subjetivo da coisa julgada, na medida em que a decisão só atinge as partes do processo, o que limita o espectro do Poder Judiciário, sendo um entrave no que tange a efetivação do direito à saúde que é uma questão de macrojustiça, sendo mais eficaz a edição de uma política pública do que uma decisão individual. As políticas



públicas envolvem alocação de recursos públicos e um meio de solução do problema, sendo naturalmente vocacionada a macrojustiça e a justiça distributiva.

A doutrina aponta ainda uma crítica quanto a deficiência técnica do Poder Judiciário no sentido de que este não detém conhecimento específico para a instituição de políticas de saúde, não tendo como avaliar, por exemplo, a efetividade de determinado medicamento para a promoção da saúde. Ainda que disponha de peritos e laudos técnicos, a decisão do magistrado se baseia em um caso concreto.<sup>25</sup>

Por fim, se fala na violação ao princípio da igualdade, uma vez que a tutela judicial do direito à saúde não atenderia a igualdade em seu sentido material. Isso porque, como é cediço, o acesso à justiça ainda sofre sérias restrições no Brasil, em que muitos Estados, por exemplo, ainda não possuem Defensoria Pública, sendo certo que, ao se enfatizar a tutela via judiciário, direciona-se os recursos para quem o acionar, que não tende a ser as camadas mais pobres, o que fere a igualdade, já que em um cenário de escassez é natural que se priorize os mais necessitados. Por outro lado, as políticas públicas de saúde devem seguir as diretrizes de reduzir as desigualdades econômicas e sociais.

Nesse contexto, fica evidente o conflito entre o interesse de poucos jurisdicionados contra os mesmos direitos e garantias do todo. A atuação administrativa é destinada a coletividade, de modo que, ao ser judicializada passa a ser oponível apenas aos demandantes, gerando a exclusão das minorias e inviabilizando a promessa constitucional da universalidade e igualdade de acesso às políticas de saúde.

Há ainda uma crítica em relação a legitimidade passiva nas demandas por prestações de saúde, uma vez que, a responsabilidade solidária entre os entes da

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016, p. 28.

federação, cria uma dificuldade administrativa e dispêndio desnecessário de recursos uma vez que três estruturas passam a defender a Fazenda Pública em juízo.

Em trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Luis Roberto Barroso, à época procurador do estado, destacou que o Brasil está diante de um quadro excessivo de judicialização das políticas de saúde, sendo uma “hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal”. Isso porque, na visão dele, a jurisprudência pátria é extremamente casuística, há uma série de decisões extravagantes que condenam a administração a tratamentos irrazoáveis, além de uma falta de critério e de voluntarismos diversos.<sup>26</sup>

Nesse contexto, surgem diversas teorias que buscam dar um conteúdo adequado aos direitos sociais, tal como o direito à saúde, e conseqüentemente à sua tutela judicial. A teoria que prevalece no Brasil é a de que os direitos sociais possuem uma dupla dimensão: coletiva e individual.

Coletiva no sentido de que gera o direito coletivo a uma política pública razoável, e, por outro lado, uma dimensão individual, na medida em que dão origem a direitos subjetivos, mas que não são absolutos, ou seja, devem ser ponderados com outras normas, especialmente com as normas constitucionais que preveem a separação de poderes, a democracia e a legalidade orçamentária.

Tal teoria parece ser a mais adequada, pois, ao se adotar essa dupla dimensão, ela protege situações peculiares e não torna a norma de direito fundamental à saúde absoluta, ao estabelecer que deve haver uma ponderação com outras normas. O ordenamento jurídico dispõe de mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos.

---

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016. p.4



Alguns parâmetros específicos podem ser apontados a fim de tornar essa ponderação objetiva. Inicialmente, destaque-se que a reserva do possível, tanto fática quanto jurídica, não são suficientes, uma vez que para uma prestação específica sempre haverá recursos, a questão é se haverá recursos para todas as prestações de saúde, sendo primordial que se pense sob a ótica da macrojustiça, da justiça distributiva e não individualmente.

Por outro lado, a reserva do possível jurídica que impõe que haja uma dotação orçamentária específica é extremamente lesiva a efetividade do direito à saúde, ou seja, seria uma volta àquela jurisprudência inicial do supremo de que enquanto a norma fundamental não for regulamentada não existe direito subjetivo.

A ideia de igualdade fornece um parâmetro fundamental; deve-se questionar se é razoável a universalização da prestação pleiteada individualmente, de modo a garantir os princípios constitucionais da universalidade e igualdade de acesso.

Outro parâmetro é dar prioridade as ações coletivas em detrimento das ações individuais, que também se relaciona com o parâmetro razoável da universalização da prestação. Isso porque, no âmbito das ações coletivas, se exigirá um exame do contexto geral, das políticas públicas e dos recursos disponíveis. Além disso, o efeito das ações coletivas é *erga omnes*, garantindo a igualdade e a universalidade da prestação, de modo que o magistrado passa a ser obrigado a fazer uma análise razoável da universalização.

Ademais, se entende que as prestações ligadas àquilo que designa como mínimo existencial, compreendido como saúde preventiva e curativa naquilo que for essencial a vida, devem ser tuteladas imediatamente pelo Poder Judiciário. Todavia, em que pese o mínimo existencial ser invocado comumente, em matéria de saúde não pode corresponder a qualquer tratamento imaginável que, em determinado contexto, tenha alguma

potencialidade de produzir efeito positivo para o paciente, sob pena de inviabilizar todo o sistema.

Segundo Luís Roberto Barroso, a interferência judicial na efetivação do direito à saúde, quando já há lei regulamentando uma política pública, deve ter a marca da autocontenção, de modo a respeitar as opções legislativas e administrativas. Por outro lado, cumprindo o seu dever constitucional deve o judiciário agir onde não exista lei ou ação administrativa implementando os comandos constitucionais e quando havendo lei e atos administrativos estes não forem cumpridos.<sup>27</sup>

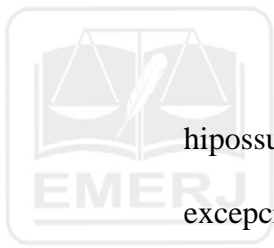
Recentemente, o julgamento do RE 566.471, que discute o tema do dever de fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos de alto custo, foi interrompido pelo pedido de vista do ministro Luis Roberto Barroso após o voto do relator, o ministro Marco Aurélio.

O relator propôs dois critérios cumulativas como condição para que o Poder Judiciário determine a entrega de medicamentos não incluídos nas listas de fornecimento do Sistema Único de Saúde. O primeiro seria a imprescindibilidade, ou seja, o medicamento deve ser necessário e adequado para melhorar a saúde e/ou a qualidade de vida do paciente, inexistindo alternativa de eficácia similar incluída nos programas oficiais.

O segundo critério inovou na controvertida temática, ao impor como condição a necessidade, ou seja, o paciente deve demonstrar que ele e seus familiares próximos não possuem condições financeiras para arcar com os custos. Nesse sentido, a obrigação estatal seria subsidiária, utilizando as regras da legislação civil que regem a prestação de alimentos. A ideia é que as verbas públicas sejam direcionadas para os pacientes

---

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016, p. 22.



hipossuficientes que não disponham de meios razoáveis de obter os tratamentos excepcionais.<sup>28</sup>

O voto trouxe, mais uma vez, o complexo debate da judicialização das políticas de saúde. A expectativa em relação ao voto do ministro Luis Roberto Barroso é grande, especialmente em razão dele ser autor do artigo mais completo sobre o tema quando era procurador do estado do Rio de Janeiro.<sup>29</sup>

## CONCLUSÃO

A efetivação do direito à saúde se insere em um problema bem maior, que é o da generalizada carência de países em desenvolvimento como o Brasil. O país é marcado por desigualdades sociais, havendo uma expressiva quantidade de cidadãos carentes e o Estado tem inúmeras necessidades que não encontram recursos suficientes para serem supridas. Nesse contexto, a implementação das políticas públicas no âmbito da saúde pressupõe a prestação do serviço público que é notavelmente complexo e caro, representando um grande desafio.

Em que pese a judicialização ser inevitável, consequência do modelo institucional adotado, não sendo uma opção política do judiciário, que ao ser acionado tem o dever de se pronunciar sobre o pleito, não deve ser um meio natural de definição de políticas

---

<sup>28</sup> MENDONÇA, Eduardo. *Remédio ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde*. Disponível em < <http://jota.info/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude#.V-q-iHQfPEE.facebook> > Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>29</sup> Autor do artigo mais completo sobre o tema (“*Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*”), nele o ministro propôs alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial. Segundo ele, em relação às ações individuais que pleiteiem medicamentos que estejam na lista do SUS, deve ser direcionada ao ente federativo que tenha incluído o medicamento em sua lista o medicamento. Já em relação às ações coletivas, a discussão sobre a inclusão de um novo medicamento nas listas do SUS, deve ser excepcional, tendo em vista que as complexas avaliações técnicas de ordem médica, administrativa e orçamentária competem preferencialmente aos Poderes Legislativo e Executivo. Por fim, a discussão sobre eventual inclusão do medicamento só deve considerar medicamentos de eficácia comprovada, excluindo os experimentais/alternativos e devem preferencialmente serem substâncias disponíveis e fornecedores situados no Brasil, além de privilegiar os de menor custo.





públicas. É essencial que haja um comprometimento maior do administrador público na edição de políticas públicas eficazes, diante da importância do direito à saúde para manutenção da vida.

O magistrado deve ser extremamente cuidadoso, uma vez que, precisa tomar decisões difíceis, ponderar o direito à saúde com vários aspectos importantes para a manutenção da ordem social e em consonância com os princípios descritos na Constituição Federal, sobretudo porque, muitas vezes, precisa ponderar o direito à saúde de um com o direito à saúde dos outros e, portanto, é essencial que a questão seja tratada sob a ótica da macrojustiça, a fim de garantir a promessa constitucional de acesso igualitário e universal às políticas de saúde.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 20 de março de 2016.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. In: Coordenadores George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais Estudo em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: Juspodium, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 11 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 8090/90. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 11 mar. 2016.

COSTA, Mônica Cristina da. *A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo estado*. Disponível em < <http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/viewFile/77/80> >

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à Saúde*. 4. ed. Salvador. Juspodium. 2015.



FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. O Papel Político do Judiciário e suas implicações. In: Coordenador José Carlos Francisco. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional, do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: DelRey, 2012.

MENDONÇA, Eduardo. *Remédio ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde*. Disponível em < <http://jota.info/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude#.V-q-iHQfPEE.facebook>> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo. Atlas. 2015.

MOURA, Elisangela Santos de. *O direito à saúde na Constituição Federal de 1988*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988> > Acesso em: 10 março 2016.

PERLINGEIRO, Ricardo. *A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo estado*. Disponível em < <http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/viewFile/77/80>> Acesso em: 20 de março de 2016.

\_\_\_\_\_, Ricardo. *A tutela judicial do direito público a saúde no Brasil*. Disponível em < <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>> Acesso em: 20 de março de 2016.

PIVETTA, Lindorfer Pivetta. *Direito fundamental à saúde*. Revista dos Tribunais, 2014.

RIGOLDI, Viviane. *A Tutela jurisdicional da Saúde sob o enfoque do princípio da Igualdade*. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f5d21999da31330> > Acesso em: 20 de março de 2016.

SILVA, Edimar Carmo. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a restrição de direitos como tutela penal e o devido processo legal*. Disponível em < [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7512](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7512) > Acesso em: 10 março 2016.

## PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA EM PRESÍDIOS – UM NOVO MODELO DE GESTÃO

Fernanda de Aguiar Cunha

Graduada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

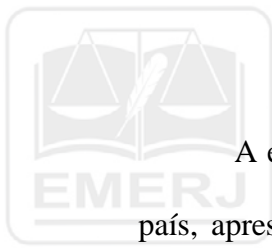
**Resumo:** Os estabelecimentos prisionais brasileiros sofrem atualmente uma grande crise. Apesar da existência de normas internacionais e nacionais assegurando o respeito à dignidade do preso dentro das prisões, essas não estão sendo executadas. Nesse contexto, apresenta-se a gestão de presídios por meio de contratos de Parceria Público-Privada (PPP) como alternativa ao modelo de gestão pública. O objetivo desse estudo é demonstrar que, através de contratos de PPP, é possível criar estruturas de incentivos às concessionárias mais aptas a garantir a efetividade dos direitos dos presos do que aquelas às quais os agentes públicos estão submetidos no modelo público de gestão. Em especial, é explorada a relação entre indicadores de desempenho e sistema de remuneração da concessionária.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Parceria Público-Privada; Estabelecimento prisional; Sistema de Mensuração e Desempenho; Sistema de Pagamento.

**Sumário:** Introdução. 1. Breve descrição das condições do sistema carcerário brasileiro. 2. Introdução a PPPS em estabelecimentos prisionais e sua estrutura de incentivos para o cumprimento do contrato pela concessionária. 3. Modelagem contratual e os incentivos ao parceiro privado e sistema de remuneração. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise das Parcerias Público-Privadas (PPP) como instrumento de gestão para os estabelecimentos prisionais brasileiros. Importa investigar em em que medida as PPPs seriam uma alternativa viável – e desejável – ao atual modelo público de gestão desses estabelecimentos no Brasil.



A escolha desse tema tem como justificativa a atual conjuntura das prisões em todo o país, apresentando uma série de problemas estruturais, como por exemplo, superlotação, e falta de condições mínimas de habitabilidade e salubridade, além dos elevados custos para o Estado. Tamanho o desrespeito com os direitos fundamentais do preso, o STF considerou o “Estado das Coisas Inconstitucionais”, determinando algumas medidas para tentar conseguir melhorar a atual situação carcerária.

Tal situação, de completo desrespeito ao disposto nas normas internacionais e nacionais sobre a gestão de presídios e tratamento dos detentos, revela a incapacidade do modelo público de gestão em prestar à sociedade um nível adequado de serviço. A desorganização demonstra a necessidade do aparelhamento estatal se estruturar de forma a estabelecer um mecanismo que traga a resolução desses problemas. Nesse sentido, impõe-se a reflexão sobre novas alternativas de gestão do sistema carcerário, dentre as quais destacam-se as Parcerias Público-Privadas.

Com base nessa contextualização, sugere-se, como hipótese de pesquisa, o modelo de gestão por meio de PPPs como modelo institucional capaz de proporcionar um serviço mais eficiente, isto é, que dê efetividade aos direitos do preso com um menor custo para o Estado.

Serão aprofundadas as características do modelo de PPP adotado no Brasil, apresentando a análise econômico-jurídica para a sua adoção e as razões pelas quais tal modelo é mais eficiente ao modelo público atualmente aplicado. O ponto de ressalte deste capítulo será a análise da vinculação contratual entre os sistemas de mensuração de desempenho da concessionária e de sua remuneração. Importante observar a estrutura de incentivos criada por esse mecanismo para que o serviço seja prestado de acordo com o que foi pactuado contratualmente.

Por fim, conclui-se o presente artigo com a apresentação de considerações finais sobre o tema, nas quais procura-se defender as Parcerias Público-Privadas como arranjo institucional mais eficiente do que o atual modelo público de gestão.

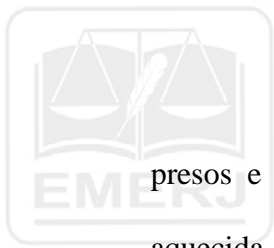
## **1. BREVE DESCRIÇÃO DAS CONDIÇÕES DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Os direitos humanos e as garantias legais dos presos estão previstos não só no nosso ordenamento jurídico pátrio, como também em Resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU), as quais o Brasil internalizou em nossa legislação. As Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotada em 1955, em Genebra, pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre o Tratamento dos Prisioneiros, trazem um rol exaustivo de garantias aos presos que têm que ser adotadas nos sistemas penitenciários de todos os países signatários do tratado.

Juntamente com as normas internacionais, as normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras impõem a adoção de medidas adequadas aos presos, garantindo o respeito aos seus direitos fundamentais. No entanto, não é isso que está sendo visto na prática.

Conforme relatório elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, realizado em 2013, foi constatado que entre março de 2012 e fevereiro de 2013 foram registradas 121 rebeliões e 769 mortes nos estabelecimentos verificados, sendo desse total, 110 mortes foram classificadas como homicídio e 83 como suicídio. Além disso, foram constatadas mais de 20 mil fugas, evasões ou ausência de retorno após concessão de benefício. Nestes casos, apenas 3.734 presos foram recapturados e 7.264 retornaram a prisão espontaneamente.

Em relação à assistência jurídica, em 211 locais (13%) não é proporcionada de forma permanente; em 1.036 (quase 65%), não há serviço de assistência jurídica no próprio estabelecimento. Quase metade dos estabelecimentos (780) não possui cama para todos os



presos e quase um quarto (365) não tem colchão para todos. A água para banho não é aquecida em dois terços dos estabelecimentos (1.009). Não é fornecido material de higiene pessoal em 636 (40%) locais e não há fornecimento de toalha de banho em 1.060 (66%). A distribuição de preservativo não é feita em 671 estabelecimentos (42%). As visitas íntimas são garantidas em cerca de dois terços do sistema (1.039 estabelecimentos). Cerca de 60% dos estabelecimentos (968) não contam com biblioteca; falta espaço para prática esportiva em 756 locais (47%) e para banho de sol (solário) em 155 (10%) .

Tal situação dos presídios brasileiro fez com que o Supremo Tribunal Federal declarasse o Estado das Coisas Inconstitucional<sup>1</sup>, em que foi reconhecida a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais.

Conforme trata Carlos Alexandre de Azevedo Campos, um dos pressupostos para o reconhecimento do Estado das Coisas Inconstitucional é “da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais”<sup>2</sup>.

A inércia das autoridades públicas de todos os poderes, juntamente com a ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Dessa forma, necessário pensar numa medida alternativa para tentar solucionar a atual situação dos presídios, tendo como sugestão a Parceria Público Privada.

## **2- INTRODUÇÃO A PPPS EM ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS E SUA ESTRUTURA DE INCENTIVOS PARA O CUMPRIMENTO DO CONTRATO PELA CONCESSIONÁRIA**

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 17 mar. 2016

<sup>2</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

Ao longo dos anos 1980, principalmente, contatou-se a necessidade de investimentos em infraestrutura para possibilitar um ritmo sustentável de crescimento econômico impulsionado pela globalização. A crise fiscal em que grande parte dos países no mundo se encontravam não permitia, porém, que esses investimentos fossem financiados exclusivamente com recursos públicos. As políticas de desestatização surgem nesse contexto como forma de atrair o investimento da iniciativa privada em infraestrutura.

Dessa forma, surge, na Inglaterra, o modelo de Parceria Público-Privada denominada, *Private Finance Initiatives* (PFI). Conforme esse modelo, seria transferido ao parceiro privado o risco do empreendimento, além disso, era condição de realização do projeto a demonstração do bom emprego dos recursos - *good value for Money*<sup>3</sup>. Se, inicialmente, o objetivo do governo inglês ao utilizar as PFIs era viabilizar financeiramente os seus projetos de infraestrutura, por meio de investimentos de empresas privadas, com o tempo, o objetivo maior passou a ser a eficiência na prestação de serviços públicos<sup>4</sup>.

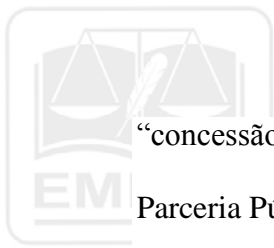
Com base em contexto semelhante, surgiram, no Brasil, a partir dos anos 1990, as iniciativas de desestatização, dentre as quais se destacam as concessões de atividades desempenhadas pelo Poder Público à iniciativa privada, tanto por meio de contratos de “concessão comum”, regidos pela Lei nº 8.987 de 1995<sup>5</sup>, quanto por meio de contratos de

---

<sup>3</sup> “PFI, em amplas linhas, é uma espécie de contrato de prestação de serviços, a partir da exploração de uma infraestrutura construída pelo parceiro privado, Além disso, caracteriza esse tipo de contrato o fato de o investimento privado ter sua amortização e remuneração asseguradas, ao menos parcialmente, por alguma sorte de pagamento público.” (RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 26.

<sup>4</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 31.

<sup>5</sup> Em 1995 surgiu a Lei nº 8.987 que criou o regime geral da concessão e da permissão de serviços públicos, regulamentando o art. 175, parágrafo único da Constituição Federal. Contudo, esta lei não abrangia obras de grandes vultos que dependiam de subsídios públicos para a viabilização de seus projetos<sup>5</sup>, assim, nesse quadro surge a Lei 11.079 de 2004, conhecida como Lei das PPP, que instituiu normas gerais de licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.



“concessão patrocinada” e “concessão administrativa” regidos pela Lei nº 11.079 (Lei de Parceria Público-Privada)<sup>6</sup>.

Especificamente em relação à Lei de PPP, o objetivo do governo era oferecer maior flexibilidade para a estruturação de projetos de infraestrutura pública por meio de investimentos, tendo em vista o grande êxito que estava ocorrendo na adoção desse modelo de gestão em outros países. Nesse sentido, esclarece José dos Santos Carvalho Filho “As parcerias público-privadas têm sido adotadas com sucesso em diversos ordenamentos jurídicos, como, entre outros, os de Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda”, justifica isso, tendo em vista apresentar “dois pontos fundamentais, sobretudo em relação aos países ainda em desenvolvimento: a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado”.<sup>7</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio Mauricio Portugal Ribeiro explica as razões da elaboração do marco legal das PPPs<sup>8</sup>:

Em primeiro lugar, era preciso abrir espaço para viabilizar a implementação de projetos incapazes de, por si sós, alcançarem a autosustentabilidade financeira, apesar do seu alto retorno econômico e social. Nesse sentido, a lei de PPP passou a admitir a realização de pagamento de subsídios pela administração aos concessionários de serviços públicos em projetos que não se sustentam com a mera cobrança de tarifas. Além disso, pretendia-se viabilizar a amortização de investimentos realizados para prestar serviços diretamente ao poder público em prazo maior de cinco anos, que é o limite trazido pela lei. Já o segundo objetivo, justifica-se a criação da PPP pela conveniência de viabilizar investimentos em infraestrutura sem aumentar o endividamento público e com reduzido impacto na meta do resultado primário.<sup>9</sup>

Assim, como pode ser extraído desse trecho e como se verá no próximo capítulo de forma mais aprofundada, transferir ao parceiro privado, numa relação de prestação de serviços públicos, a responsabilidade de financiar, construir, operar e manter o serviço pode ser uma

---

<sup>6</sup> Contudo, para este trabalho, será trabalhada apenas a Lei de Parcerias Público-Privadas.

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 460/461.

<sup>8</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. Malheiros Editores, 2007. p. 31/32.

<sup>9</sup> As PPPs apenas atingem o objetivo de desoneração do orçamento público se transferirem ao parceiro privado riscos suficientes, nos termos da portaria do Tesouro Nacional.



forma eficaz de diminuir a sobrecarga do estado, permitindo que o Poder Público tenha como foco de sua atuação somente o processo de fiscalização dos resultados finais<sup>10</sup> proporcionados pela gestão privada<sup>11</sup>.

Nesse contexto que surge a proposta de adoção do modelo de gestão por meio de PPP para estabelecimentos prisionais. Embora no Brasil ainda não haja larga experiência em PPPs de estabelecimento prisional, é possível encontrar esse modelo (em suas diferentes formas) em países como EUA, Inglaterra, Portugal, Austrália, dentre outros.

Nos EUA, por exemplo, quase dez por cento das prisões são administradas por empresas privadas. Peter H. Kyle<sup>12</sup> explica o que justifica a criação de uma PPP em estabelecimentos penais nos EUA:

*State governments found private prisons attractive primarily because of the reduce cost of operations, faster build times, and politically expedient financing. Due to budget, capital, and labor constraints in the public sector, the private sector can build prisons faster and operate them at a lower cost than government prison. The Correction Corporation of America, for example, can build a prison in nine months and have it operational within twelve, whereas a similar government facility would require a three-year window.*

Portanto, a PPP para estabelecimentos prisionais, assim como as PPPs em outros serviços, foi pensada tanto no Brasil, quanto no mundo como forma de diminuição dos custos do governo. Contudo, não basta somente a Administração Pública reduzir os seus gastos se o serviço não for prestado da melhor forma possível, já que este que tem que ser o objetivo principal. Dessa forma, ao se propor uma PPP é essencial estabelecer indicadores de desempenho para que o parceiro privado execute o serviço nos parâmetros dispostos

---

<sup>10</sup> Importante ressaltar que os órgãos de execução penais continuarão a existir, contudo, focando a sua competência na fiscalização dos resultados da gestão privada.

<sup>11</sup> Citando de forma exemplificativa um projeto de PPP de grande êxito no Brasil, trata do Hospital do Subúrbio, primeiro hospital constituído por meio de PPP, localizado na Bahia. Com um fluxo de atendimento de, aproximadamente, 16 mil pacientes por mês, o hospital virou referência não só no Brasil, mas no mundo, sendo premiado em Washington pelo prêmio “Parcerias Emergentes” do Internacional Finance Corporation, concedido aos dez melhores projetos de PPP na América Latina.

<sup>12</sup> KYLE, Peter H., *Contracting for Performance: Restructuring the Private Market*. p. 2093. Disponível em: <<http://scRIBEIR.holarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss6/8/>> Acesso em: 15 mar. 2016.



contratualmente. Os indicadores de desempenho presentes no contrato estabelecem as características do serviço que a concessionária deverá prestar<sup>13</sup>.

Um argumento que é utilizado pela doutrina é se esse sistema não geraria um estímulo para que as concessionárias de estabelecimentos prisionais começassem uma política “pró-encarceramento”, haja vista que a forma de remuneração é, de forma simplificada, por unidade de preso. Nesse sentido argumenta Cristiane Achilles Guedes<sup>14</sup>:

Além disso, com a implementação da parceria pública-privada no sistema prisional, a empresa privada irá receber mais do Estado quanto maior for o número de presos que trabalham, pois, assim, ela alcançaria certos indicadores. Portanto, para ela é interessante que as prisões estejam sempre cheias já que o lucro auferido será maior, o que favorece a política de encarceramento em massa.

Contudo, quem defende essa tese não leva em consideração, primeiramente, que há um número máximo de vagas por preso em cada unidade penal, não podendo o parceiro privado exigir um número maior do que o estabelecido.

Além disso, conforme trata Peter. H. Kyle<sup>15</sup> para que não haja esse incentivo do parceiro privado em requisitar cada vez mais apenados, necessário que os indicadores de desempenho estabelecidos contratualmente estejam voltados para resultados de ressocialização do preso. Ou seja, os indicadores de desempenho não têm que estabelecer simplesmente as melhores condições aos presos durante a sua “estadia” no estabelecimento criminal, mas têm que estimular práticas do preso para que, quando ele volte a vida em sociedade, não tenda a reincidir na criminalidade.

Assim, se os indicadores de desempenho estiverem voltados para este fim, será mitigado o risco de que as concessionárias apoiem uma política de massificação do

---

<sup>13</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

<sup>14</sup> GUEDES, Cristiane Achilles. *A Parceria Público Privada no Sistema Prisional*, Revista do CAAP, 2010 (1), Belo Horizonte, jan.-jun. 2010, p. 65-76

<sup>15</sup> KYLE, Peter H., *Contracting for Performance: Restructuring the Private Market*. p. 2093. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss6/8/>> Acesso em: 15 mar. 2016

encarceramento, pois a própria prestação do serviço voltada para a ressocialização irá contradizer essa ideia.

Até porque, essa própria ideia de pena como ressocialização é uma das próprias funções previstas na teoria relativa da pena<sup>16</sup>. No caráter de prevenção especial positivo, a pena é utilizada como instrumento como reeducação do apenado, buscando prepará-lo para retornar a sociedade<sup>17</sup>. Contudo, para o apenado conseguir se ressocializar, é necessário, antes de tudo, que ele tenha seus direitos à integridade física e mental assegurados e que ele permaneça durante o cumprimento da pena num ambiente que esteja voltado à sua recuperação.

### **3. MODELAGEM CONTRATUAL E OS INCENTIVOS AO PARCEIRO PRIVADO E SISTEMA DE REMUNERAÇÃO**

Conforme trata o artigo 2º da Lei da PPP, a “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.” No caso de uma PPP prisional, por se tratar de “prestação de serviço de que a administração pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”<sup>18</sup>, a modalidade administrativa é a adequada.

Como já foi dito anteriormente, os contratos de PPP envolvem valores mais elevados<sup>19</sup>, assim, a necessidade de amortizar esses investimentos requer prazos mais longos. Dessa forma, o prazo não fica vinculado à vigência dos créditos orçamentários, tal como ocorre na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993). O art. 5º, I da

---

<sup>16</sup> O Código Penal brasileiro adotou a teoria mista em que propõe uma unificação com a teoria absoluta com a teoria relativa, conforme explicita o *caput* do art. 59 do CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”

<sup>17</sup> Levando em consideração que no Brasil não existe pena perpétua ou pena de morte.

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 463.

<sup>19</sup> Conforme o art. 2º, § 4º, I da Lei 11.079/04 é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada para contratos cujo o valor é inferior a R\$ 20.000.000,00.



Lei de PPP permite a fixação do prazo máximo contratual de 35 anos. A transferência ao parceiro privado da responsabilidade por realizar a obra e mantê-la por diversos anos, cria incentivos ao aumento da eficiência.

O art. 5º da Lei nº 11.079/04 é elucidativo ao determinar que o contrato de PPP deve conter, dentre outros dispositivos, cláusulas prevendo “as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais” e “os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado”. Conforme já mencionado, é justamente na possibilidade de se vincular a remuneração da Concessionária ao seu desempenho, medido por meio de indicadores pré-definidos no Contrato de Concessão, que se vislumbra o potencial de aumento na eficiência da gestão prisional por meio das PPPs de presídios.

Para análise desse ponto, contudo, é necessário partir dos pressupostos de que todos os estudos técnicos para a instauração do edital de licitação foram feitos de forma adequada e satisfatória e de que o processo de licitação também observou todas as necessidades e oportunidades do mercado, eliminando quaisquer problemas em relação a conluíus, barreiras de entrada e corrupção<sup>20</sup>. Assim, se no processo de licitação o ponto principal é a escolha do melhor parceiro privado<sup>21</sup> para a construção e gestão do objeto do contrato; para a modelagem contratual o objetivo é alinhar os incentivos na execução do serviço com a máxima eficiência.

Entende-se como a maximização de eficiência numa relação contratual a busca do melhor uso dos recursos empregados para a prestação do serviço<sup>22</sup>. Ou seja, é a capacidade das partes durante a execução de um contrato em prestar o melhor serviço possível com

---

<sup>20</sup> De acordo com o professor Mauricio Portugal Ribeiro, os principais problemas hoje no Brasil em relação ao processo de licitação em contratos de grandes projetos de obras concessões comuns e PPP estão relacionados: a) as barreiras de entrada; b), conluio entre os participantes da licitação que combinam estratégias em benefício de ambos; c) captura que trata da influência do regulado sobre o regulador na decisão sobre a própria estrutura da licitação e; d) a corrupção entre os agentes públicos e os licitantes ou potenciais licitantes. (RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 11)

<sup>21</sup> Entende-se aqui como melhor parceiro privado sendo o mais adequado em ambiente que gere competição e desfavoreça conluíus, corrupção e captura.

<sup>22</sup> RIBEIRO, op. cit., p. 65.

recursos disponíveis. Em outras palavras: a capacidade de se obter o melhor “valor pelo dinheiro” (*value for Money*).

O objetivo dessa maximização de eficiência, no caso específico de uma PPP prisional é garantir a efetividade dos direitos dos presos previstos no ordenamento jurídico pátrio por meio do menor valor despendido pela Administração Pública.

Como mencionado no primeiro capítulo a situação dos estabelecimentos prisionais controlados pelo o Estado é alarmante. Violam-se, cotidianamente, garantias constitucionais dos presos, como sua integridade física e moral<sup>23</sup>.

Dessa forma, uma solução para esse problema é a gestão do presídio pelo parceiro privado. A aposta é que o objetivo de maximização da eficiência, gerados pelos incentivos adequados, resultará em melhores condições para os presos. Ou seja, se existir na relação contratual esse equilíbrio, melhor será a gestão prestada pela concessionária e, conseqüentemente, melhores serão as condições dos estabelecimentos prisionais, gerando ao apenado o convívio em um ambiente e sua ressocialização conforme as imposições constitucionais, legais e contratuais.

Além do mais, a transferência ao parceiro privado da responsabilidade de administrar o estabelecimento criminal traz vantagens em relação à administração pelo setor público devido à maior flexibilidade e agilidade na gestão de recursos materiais e humanos. Diferente do engessamento existente na administração pública, a concessionária tem liberdade para determinar os seus gastos. Exemplo disso está na própria contratação de mão de obra para execução do trabalho dentro dos estabelecimentos prisionais.

Na gestão pública dos presídios, não há o mesmo grau de flexibilidade e agilidade na demissão ou transferência do agente que, por exemplo, não esteja obtendo bom desempenho em suas funções, haja vista que goza de estabilidade no cargo. Em verdade, a própria

---

<sup>23</sup> BRASIL. Art. 5º, XLIX da CRFB/88.



capacidade da Administração Pública de adotar sistemas de avaliação de desempenho de seus agentes que impliquem a demissão em caso de má avaliação depende da edição de lei complementar, sendo garantido o direito de ampla defesa<sup>24</sup>. Assim, é necessário abrir um processo disciplinar assegurando o contraditório e ampla defesa do trabalhador. Já na administração privada, a concessionária tem a autonomia para contratar e demitir seus empregados<sup>25</sup>. Dessa forma, após uma avaliação de desempenho de seus empregados, se a concessionária constatar que estes não estão prestando o serviço de forma adequada, poderá despedir sem justa causa, apenas arcando com os custos da demissão.

O mesmo ocorre com a contratação de empresas para prestação de serviços auxiliares. Para que sejam feitas contratações numa administração estatal de presídios, é exigida por lei a licitação, com exceção aos casos de dispensa. Contudo, se a empresa privada analisar que será mais vantajoso, por questões quantitativas ou qualitativas, transferir determinado serviço auxiliar (comida, limpeza, educação...) para outra empresa, basta que seja elaborado um contrato de prestação de serviços entre elas<sup>26</sup>.

A eficiência desse modelo gera ganhos não só ao próprio apenado, mas à Administração Pública e à sociedade.

Além da redução dos custos, como a Administração Pública não terá que administrar os presídios, ela poderá focar apenas no processo de fiscalização por meio do monitoramento do Contrato de Concessão. E, como já mencionado, acaba sendo positivo para o Estado, haja vista que, conforme já tratado, ele não está conseguindo proporcionar um serviço adequado nos estabelecimentos prisionais, diferente das empresas privadas que terão incentivos para isso.

---

<sup>24</sup> BRASIL. Art. 41, § 1º, III da CRFB/88

<sup>25</sup> Claro que seguindo todas as condições dispostas na CLT, leis específicas, convenção coletiva, dentre outras.

<sup>26</sup> Em regra, os contratos de PPPs apenas dispõem da necessidade da concessionária comunicar o poder concedente sobre a contratação.

Em relação aos benefícios à sociedade, primeiramente, pode-se ressaltar que quem arca com a manutenção dos presídios são os contribuintes. Assim, se há reservas orçamentárias para esse tipo de investimentos nos presídios, imperioso que eles sejam feitos de forma eficiente, o que não está ocorrendo. Dessa maneira, transferir ao parceiro privado a gestão desses estabelecimentos é viabilizar uma aplicação mais eficiente dos recursos dos contribuintes e deixar que o Estado tenha como foco apenas o processo de fiscalização.

Outro fator que importa ressaltar é a própria questão da ressocialização. Toda a sociedade se beneficia de forma indireta quando o preso se ressocializa, pois este não volta a reincidir na criminalidade.

No entanto, para compreender essa dinâmica de maximização da eficiência do parceiro privado, juntamente com o processo de fiscalização pela Administração Pública, importante que o contrato de concessão estabeleça indicadores de desempenho alinhados com sistema de pagamentos à Concessionária<sup>27</sup>.

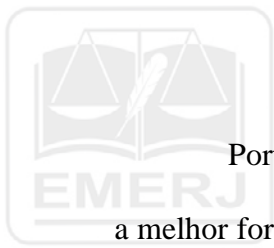
Para esses indicadores serem eficazes, necessário que estejam focados no resultado a beneficiar o poder público e os usuários, ou seja, na própria consecução do serviço<sup>28</sup>, transferindo para o parceiro privado tanto quanto possível as decisões sobre os insumos, materiais, tecnologias, pessoal, equipamento e etc. No caso do estabelecimento prisional, o Poder Público focaria apenas se o parceiro privado está seguindo as previsões contratuais<sup>29</sup>, legais e constitucionais de gestão de presídios, dessa forma, a concessionária teria mais espaço para tomar decisões sobre a própria gestão do estabelecimento, como em relação a alimentação, educação, vestuário e etc.

---

<sup>27</sup> Existem diversas formas de remuneração da Concessionária: exploração de receitas acessórias, isenções tributárias entre outras... Contudo, este trabalho focará na remuneração feita diretamente pelo ente federativo.

<sup>28</sup> Lembrando que a consecução do serviço tem que estar focada para a ressocialização.

<sup>29</sup> Em regra, o contrato não estabelece somente os indicadores a serem utilizados, mas também o mínimo aceitável para cada índice, a metodologia e técnica para mensuração desse índice e o procedimento para a sua aferição.



Portanto, essa nova modelagem abre espaço para que o parceiro privado analise qual a melhor forma de se estruturar, gerando maior espaço para a geração de ganhos de eficiência na prestação dos serviços<sup>30</sup>. Assim, como o particular que irá escolher os meios, os materiais, a tecnologia de melhor custo/benefício<sup>31</sup> a serem empregados no serviço prestado, esses ganhos serão repassados para o usuário e para o Estado.

Em regra, o ideal é que esses indicadores de desempenho sejam monitoráveis, ou seja, necessário que o Poder Público possa verificar esses indicadores de maneira fácil, se possível eletrônica ou mecanicamente<sup>32</sup>. Assim, caso esses indicadores apontem desempenhos abaixo do estabelecido contratualmente, a concessionária terá que arcar com as perdas.

No entanto, dependendo do tipo de serviço, esse monitoramento eletrônico será de difícil concretização. Com isso, a aferição dos indicadores de desempenho terá que ocorrer por uma avaliação humana. Esta verificação humana poderá ocorrer diretamente pelo Poder Público através de agentes estatais, ou a Administração Pública poderá contratar, por meio de licitação, uma empresa para desenvolver esse serviço.

Contudo, para que os serviços públicos prestados pela concessionária sejam feitos de forma eficiente, não basta apenas que os indicadores de desempenho estejam bem estruturados. É necessário que esses indicadores estejam alinhados com o sistema de remuneração da concessionária, de modo a proporcionar incentivos econômicos para que ela cumpra o estabelecido contratualmente. Com isso, o contrato terá que, sempre quando possível, prever expressamente a conexão entre os índices de desempenho e o sistema de remuneração.

---

<sup>30</sup> Partindo da premissa que a licitação e o contrato foram estruturados adequadamente.

<sup>31</sup> Supondo aqui que haverá competição no mercado ou pelo mercado.

<sup>32</sup> Para ficar mais fácil a visualização, tem como exemplo o chamado IRI (Índice de Irregularidade Longitudinal), utilizado em rodovias para medir o cumprimento pelo pavimento de rodovias da qualidade contratualmente pactuada que é verificado através de um aparelho eletrônico. Outro exemplo é a taxa de energia interrompida no setor elétrico que é um indicador operacional de qualidade do serviço também verificado eletronicamente. (RIBEIRO, op. cit., p. 70).



Em regra, a remuneração do parceiro privado em contratos de PPP na modalidade concessão administrativa se dá, majoritariamente, por meio do pagamento de uma contraprestação pública pecuniária pelo Poder Concedente. É possível, no entanto, que, em alguns projetos, a exploração de receitas acessórias represente a principal fonte de receitas da Concessionária.

No caso de uma PPP de presídios, tudo leva a crer que a remuneração da concessionária se dará integralmente por meio da contraprestação pública pecuniária que lhe é paga pelo Poder Concedente. É sobre essa fonte de receitas que incidirão os eventuais descontos determinados contratualmente no caso de uma má performance da Concessionária.

Existem outras formas de punir a concessionária caso ela não cumpra com as suas obrigações contratuais. Podemos citar como exemplo as sanções administrativas previstas no contrato e na legislação pertinente, como, por exemplo: a advertência, suspensão temporária em participar em licitações e a multa. Contudo, Maurício Portugal Ribeiro<sup>33</sup> elabora crítica pertinente a este respeito, evidenciando que a multa não tem sido um instrumento eficaz para cumprimento do contrato. É nesse sentido que ele justifica:

É importante trazer à baila que, por razões que não faz sentido aprofundar aqui, desenvolveu-se na prática regulatória brasileira, de um lado, uma prática de aplicação indiscriminada e muitas vezes desproporcional de multas e, de outro lado, uma prática, consolidada com a ajuda de algumas vertentes da teoria do direito administrativo, de pensar os processos administrativos de aplicação de multas como processos penais, outorgando muitas vezes à parte a ser multada garantias que encontram equivalentes no nosso sistema jurídico apenas na defesa contra as penas privativas de liberdade. Nesse contexto, a efetividade das multas como incentivo para cumprimento adequado dos contratos vem se deteriorando.

Do exposto, importante ressaltar que, para aplicar essas penalidades, é necessário instaurar processo administrativo, que tramita de forma lenta, tornando-as um instrumento ineficiente para desestimular as condutas inadequadas do parceiro privado.

---

<sup>33</sup> Ibid., p. 76.



Dessa forma, Maurício Portugal Ribeiro sustenta que estrutura de incentivos de um contrato de PPP deve se centrar na realização de descontos no pagamento da Concessionária caso não cumpra com os indicadores de desempenho. Ou seja, trata de um sistema que remunera apenas pelo serviço fornecido. Se este foi de qualidade ou quantidade inferior ao pactuado, o pagamento correspondente à parcela contratual descumprida deverá ser reduzido<sup>34</sup>.

De maneira clara e resumida, é o que dispõe Mauricio Portugal Ribeiro<sup>35</sup>:

A Administração deve pagar apenas pelo serviço que foi efetivamente prestado. Se o serviço foi de qualidade inferior ao contratualmente pactuado, o pagamento por esse serviço deve ser proporcionalmente reduzido. Para isso, é preciso que constem claramente nos contratos as escalas de preço, que permitam realizar descontos no preço do serviço, no caso dele não ser prestado nas quantidades e qualidades exigidas no contrato para a percepção pelo parceiro privado do pagamento integral (tenha esse pagamento origem na cobrança de tarifa ou erário).

## CONCLUSÃO

Como visto, a gestão pública dos estabelecimentos prisionais não está conseguindo cumprir com os direitos dos encarcerados, conforme assegurados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. Apesar de ordenamento jurídico interno brasileiro prever diversos órgãos para gerir os presídios, a falta de investimentos e a omissão desses mesmos órgãos estão agravando a situação.

Dessa maneira, foi proposto durante o trabalho o modelo da Parceria Público-Privada como forma mais eficiente de gestão dos estabelecimentos prisionais, na medida em que proporciona redução dos custos para a Administração Pública e melhores condições ao apenado. No entanto, para o sucesso dessa gestão é, necessário que o Contrato de Concessão estabeleça claramente indicadores de desempenho passíveis de monitoramento pelo Poder Público e que esses indicadores estejam vinculados ao sistema de remuneração do parceiro

---

<sup>34</sup> Ibid., p. 77.

<sup>35</sup> Ibid., p. 77.



privado. Nesse sentido, apresentaram-se como esses indicadores devem ser estruturados para beneficiar não só os presos, mas a Administração Pública e a própria sociedade.

Visto isso, pode-se concluir que a utilização das PPPs como instrumento para gestão de estabelecimentos prisionais tem o potencial para gerar ganhos de eficiência e beneficiar todas as partes envolvidas, proporcionando um sistema carcerário com condições dignas ao cumprimento da pena pelo preso. Para tanto, porém, é necessário que o processo licitatório seja conduzido de forma transparente e competitiva e que, nos termos aqui propostos, o desenho do contrato de PPP estabeleça a conexão entre indicadores do desempenho que se espera da Concessionária e sua remuneração, de forma a gerar a prestação de um serviço de melhor qualidade para que os presos e mais eficiente para o Estado e para a sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Econômico e Social da ONU. *Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros*. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>> Acesso em: 22 fev. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Conselho Nacional do Ministério Público. *Dados Inéditos do CNMP sobre o Sistema Prisional*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/3486-dados-ineditos-do-cnmp-sobre-sistema-prisional>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

KYLE, Peter H., *Contracting for Performance: Restructuring the Private Market*. p. 2093. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss6/8/>> Acesso em: 20 mar. 2016.

PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Maurício Portugal. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.



RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

## PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E COMBATE À ELUSÃO FISCAL NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Fernanda Fernandes de Araujo

Graduada pela Universidade Federal do  
Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** O planejamento tributário é instrumento utilizado no mundo todo por aqueles contribuintes que visam atingir menores níveis de tributação. A partir da análise desse instituto, perpassando por seu conceito, principais características apontadas pela doutrina pátria e seus limites, o presente trabalho tem como escopo principal perquirir acerca do posicionamento da legislação brasileira frente a eventuais abusos cometidos pelos contribuintes perante o Fisco no bojo do planejamento tributário.

**Palavras-chave:** Direito Tributário. Planejamento Tributário. Elusão Fiscal. Código Tributário Nacional.

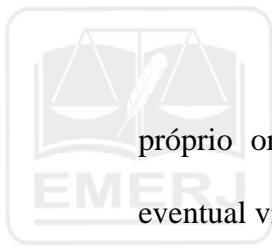
**Sumário:** Introdução. 1. Critérios Clássicos utilizados para definição das condutas compatíveis com um planejamento tributário.e sua insuficiência. 2. Possíveis novos critérios. 3. A introdução da norma do artigo 116, parágrafo único do CTN pela Lei Complementar 104 de 2001. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O Direito Tributário se utiliza de conceitos e institutos previstos e disciplinados pelo Direito Privado, erigindo certas situações jurídicas a condição de fato gerador de tributo. Assim sendo, a realização de atos ou negócios jurídicos elencados em outras áreas do Direito ou mesmo as consequências deles advindas são eleitas pelo legislador tributário para que sobre elas incida arrecadação tributária.

Nesse contexto se insere o instituto do planejamento tributário, que nada mais é do que a possibilidade que tem o contribuinte de planejar, organizar e analisar com antecedência quais são os atos ou negócios jurídicos que pretende realizar, de modo que os realize de maneira consciente e, assim, possam vir a alcançar uma diminuição de sua carga tributária, a chamada elisão tributária.

Tal planejamento, entretanto, deve ser realizado em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, sob pena de configurar-se abusivo. Desta feita, cabe ao



próprio ordenamento jurídico delinear tais limitações e as consequências de uma eventual violação.

O parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional foi acrescentado pela Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, e passou a permitir que a autoridade administrativa desconsidere atos ou negócios jurídicos simulados, que tenham como condão mascarar aqueles atos ou negócios realmente ocorridos e, dessa forma, impedir que haja a sua subsunção às hipóteses de incidência legalmente previstas.

É a partir dessa aparente inovação legislativa que se desenvolverá o presente trabalho. No primeiro capítulo, buscar-se-á expor os conceitos básicos que envolvem o planejamento tributário e definir quais são os critérios clássicos que definem quais condutas não consistem em planejamento tributário e se são suficientes para detectar as condutas de elusão fiscal.

No segundo capítulo proceder-se-á a análise do abuso de direito e da interpretação econômica como possíveis novos critérios aptos a detectar as condutas tendentes a diminuição da carga tributária, porém contrárias ao ordenamento jurídico as quais não foram detectadas pela análise dos critérios ditos clássicos.

Por fim, no terceiro capítulo, a principal questão a ser enfrentada é se o artigo 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional, introduzida neste diploma pela Lei Complementar n. 104 de 2001 adotou algum desses critérios ou trouxe quaisquer inovações ao sistema vigente.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

## 1. CRITÉRIOS CLÁSSICOS UTILIZADOS PARA DEFINIÇÃO DAS CONDUTAS COMPATÍVEIS COM UM PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E SUA INSUFICIÊNCIA.

O planejamento tributário ou planejamento fiscal consiste em um conjunto de condutas levadas a efeito pelo contribuinte com o fito de reduzir ao máximo possível sua carga tributária, em observância ao que prescreve a ordem jurídica, nela se incluindo as leis, os princípios e valores.

De acordo com Marco Aurélio Greco<sup>1</sup>, os conceitos de planejamento e de elisão são complementares, na medida em que o primeiro consiste nas condutas adotadas pelo contribuinte, enquanto que o segundo consiste no resultado das condutas no sentido de alcançar a menor tributação.

O planejamento é um desdobramento do direito à liberdade, à livre iniciativa e à livre concorrência, constitucionalmente assegurados nos artigos 5º, caput e 170, caput e inciso V da Constituição da República de 1988, na medida em que cabe a cada indivíduo planejar e organizar sua vida financeira.

Tendo em vista, porém, que no contexto de um Estado Democrático de Direito nenhum direito é absoluto, seu exercício encontra limitações no próprio ordenamento jurídico pátrio.

Assim sendo, certas condutas do particular poderão ser rechaçadas pelo Fisco. Definir tais condutas, todavia, não se configura tarefa fácil.

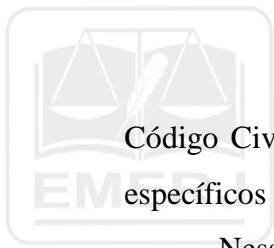
De acordo com a doutrina clássica, três são os critérios capazes de determinar as condutas abarcadas pelo instituto do planejamento tributário: o critério da licitude, o critério cronológico e o critério da não simulação. Com base neles, haveria planejamento fiscal quando a redução da carga tributária fosse consequência de atos lícitos, praticados pelo contribuinte em momento anterior à ocorrência do fato gerador do tributo reduzido e que não configurassem simulação.

Diante desses parâmetros é possível definir com clareza quais são aquelas situações que não se situam no campo do planejamento, tampouco no da elisão.

A primeira delas diz respeito àquelas condutas ilícitas que visam minimizar a carga tributária. Elas podem configurar ilícito penal (crimes tributários e crimes comuns), ilícito civil (aferível de acordo com as previsões dos artigos 186 a 188 do

---

<sup>1</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 85 e 86.



Código Civil), ou mesmo um ilícito tributário, na medida em que infrinjam preceitos específicos da legislação tributária.

Nesse ponto importa a exposição da distinção entre evasão e sonegação fiscal. Embora José Paulo Baltazar Junior<sup>2</sup> afirme tratar-se de expressões que designam o mesmo comportamento, diferenciam-se em sua amplitude. Haveria entre as duas uma relação de continência, na medida em que a evasão fiscal abarcaria as condutas ilícitas engendradas pelo contribuinte para diminuir sua carga tributária, e a sonegação fiscal, os ilícitos penais. Assim, a sonegação restringir-se-ia aos crimes contra a ordem tributária, ocasião em que a conduta ilícita que visa à redução do tributo atinge o interesse arrecadatário do Estado, tendente a financiar as atividades estatais voltadas à implementação dos direitos fundamentais.

É importante também que se consigne que a fraude à lei não configura ato ilícito, mas apenas causa de nulidade de ato ou negócio jurídico.

A segunda hipótese que situada nessa zona de certeza negativa do planejamento é a extrafiscalidade/ programas de incentivo, consistentes em situações em que o Estado *lato sensu*, desejando determinado resultado, legisla no sentido de estimular os destinatários da norma a adotarem determinado comportamento que leve a esse resultado e que, em certos casos, acaba também por levar à redução dos tributos.

Um exemplo de programa de incentivo é o previsto na Lei n. 8313/91, a Lei de Incentivo à Cultura, popularmente conhecida como Lei Rouanet, que assim prevê em seu artigo 18, com redação dada pela Lei n. 9784/99<sup>3</sup>:

Art. 18. Com o objetivo de incentivar as atividades culturais, a União facultará às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, tanto no apoio direto a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de natureza cultural, como através de contribuições ao FNC, nos termos do art. 5º, inciso II, desta Lei, desde que os projetos atendam aos critérios estabelecidos no art. 1º desta Lei.

§ 1º Os contribuintes poderão deduzir do imposto de renda devido as quantias efetivamente despendidas nos projetos elencados no § 3º, previamente aprovados pelo Ministério da Cultura, nos limites e nas condições estabelecidos na legislação do imposto de renda vigente, na forma de.

<sup>2</sup> BALTAZAR, JR., José Paulo. *Crimes Federais*. 6 ed. rev. e atual.. São Paulo: Livraria do Advogado, 2010, p. 444.

<sup>3</sup>BRASIL. Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8313cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8313cons.htm)>. Acesso em: 29 fev. 2016.



- a) doações;
- b) patrocínios.



Figuram também nesse rol as chamadas opções fiscais, que consistem em alternativas criadas pelo ordenamento jurídico e colocadas à disposição dos contribuintes para que delas se utilizem conforme lhes aprouver.

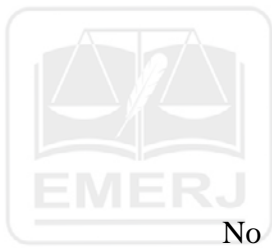
Os artigos 516 a 528 do Regulamento de Imposto de Renda (RIR/1999), por exemplo, regulam a possibilidade de a pessoa jurídica optar pela tributação do Imposto de Renda pela sistemática do lucro presumido.

Por fim, o último critério da doutrina clássica é o da não simulação, o qual se presta a estabelecer que aqueles negócios jurídicos celebrados em simulação absoluta (quando não ocultam qualquer outro negócio jurídico) ou em simulação relativa (quando há um negócio jurídico dissimulado) não podem ser aceitos como planejamento tributário.

Esses três critérios formulados pela doutrina clássica, embora aptos a selecionar algumas condutas de planejamento fiscal e a eliminar outras, não são suficientes para todas as situações. Não raro, condutas praticadas com o fito de reduzir a carga da tributação, em momento anterior ao da ocorrência do fato gerador, de acordo com os ditames legais e sem que tenha havido simulação demonstram-se abusivas e contrárias ao ordenamento jurídico e não configuram, portanto, planejamento tributário.

Como exemplo, foi trazido à colação trecho do voto do ministro Og Fernandes no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1467649 / PR

No caso dos autos, a instância ordinária expressamente afastou a contratação dos empregados pela pessoa física, mas sim pela pessoa jurídica por eles constituída (e-STJ, fl. 347): Ora, no caso dos autos, os autores, ao lado da condição de empregadores rurais pessoas físicas, são sócios-administradores da empresa Bom Jesus Agropecuária Ltda., com inscrição na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso sob o CNPJ n. 08.895.796/0001-08, desde junho de 2007, possuindo cinco filiais (evento 30, CERT3). Fica assim evidenciada a indevida e concomitante utilização pelos autores da forma de organização como pessoas físicas (Geraldo Vígolo, CPF n. 378.087.371-00 e Nelson José Vígolo, CPF n. 45.493.401-00 - matrículas CEI n°s: 100910005189, 382200349384, 382200783885, 328200783885, 500050233282) e da forma de organização como sócios-administradores da empresa Bom Jesus Agropecuária Ltda. (CNPJ n. 08.895.796/0001-08). Há aqui, pois, abuso das formas jurídicas, consistente em serem contratados os empregados pelas pessoas físicas Geraldo Vígolo e Nelson José Vígolo, com o que pretendem eles deixarem de pagar ou pagar menos certos tributos, como ocorre com a contribuição do salário-educação. O planejamento fiscal abusivo promovido pelos autores é inegável, prescindindo-se de quaisquer outras provas. A consequência é que deve ser-lhes reconhecida a ineficácia, considerando-se os empregadores rurais pessoas físicas e os empresários uma só entidade para



fins fiscais, com o que resulta devida por eles a contribuição do salário-  
educação.<sup>4</sup>:

No caso acima, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, os autores, na condição de empregadores rurais pessoas físicas contratavam empregados rurais. O empregador rural pessoa física, por lei, estão isentos do pagamento do salário-educação. Ocorre que, além de empregadores rurais pessoas físicas, os autores eram também sócios-administradores de sociedade empresária rural, para a qual os empregados rurais contratados trabalhavam.

Embora a conduta de dois empregadores pessoas físicas em contratar empregados rurais seja lícita, levada a efeito antes da ocorrência do fato gerador das contribuições e não haja simulação, no caso concreto essa contratação foi feita pelas pessoas físicas com o único intuito de evitar a obrigação tributária.

Assim, uma vez estabelecidas as condutas que seguramente não se enquadram no planejamento tributário, persiste a árdua incumbência de buscar critérios capazes de identificar aquelas que, não obstante lícitas, não simuladas e realizadas antes da ocorrência do fato gerador, também não podem ser consideradas planejamento, justamente por se chocarem com os princípios e valores do ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>4</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1467649. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48829456&num\\_registro=201401701979&data=20150629&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48829456&num_registro=201401701979&data=20150629&tipo=51&formato=PDF) Acesso em: 29 fev. 2016.

## 2. POSSÍVEIS NOVOS CRITÉRIOS

Ricardo Lodi Ribeiro<sup>5</sup> afirma que o direito ao planejamento tributário tem seu exercício condicionado ao cumprimento de sua função social.

Diante do ainda recente, pode-se dizer, movimento de constitucionalização do Direito, nenhum comportamento juridicamente relevante - previsto em lei, ou por ela não vedado - escapa a essa análise de atendimento à sua função social e compatibilidade com os demais valores erigidos pela Constituição.

Assim, ainda que o ato ou negócio jurídico realizado pelo contribuinte se encontre revestido das formalidades legais, é possível que padeça de vícios outros capazes de acarretar sua inoponibilidade ao Fisco.

Nessa toada, o tributarista supracitado sugere a introdução da teoria do abuso de direito no Direito Tributário Brasileiro, adotada pelo modelo francês, como critério apto a identificar aquelas condutas que, não obstante legais, são realizadas para assegurar um propósito diferente daquele tutelado pela norma jurídica, como, por exemplo, a economia de um imposto. Estabelece o autor os seguintes requisitos para a caracterização daquilo que chama “elisão abusiva”<sup>6</sup>:

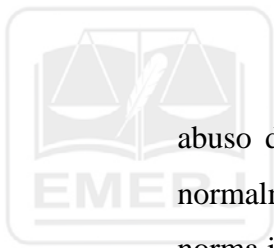
prática de um ato jurídico, ou um conjunto deles, cuja forma escolhida não se adequa à finalidade da norma que o ampara, ou à vontade e aos efeitos dos atos praticados esperados pelo contribuinte;  
intenção, única ou preponderante, de eliminar ou reduzir o montante do tributo devido;  
identidade ou semelhança de efeitos econômicos entre os atos praticados e o fato gerador do tributo;  
proteção, ainda que sob o aspecto formal, do ordenamento jurídico à forma escolhida pelo contribuinte para elidir o tributo;  
forma que represente uma economia fiscal em relação ao ato previsto em lei como hipótese de incidência tributária.<sup>7</sup>

Importa ressaltar que aqui não estão incluídas as hipóteses de simulação, critério inserido entre aqueles aceitos pela doutrina como clássicos e já discutido neste trabalho. Enquanto os negócios jurídicos simulados têm como propósito único ocultar uma realidade por intermédio de um negócio fictício, os negócios jurídicos realizados com

<sup>5</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento fiscal: panorama sete anos depois da LC n. 104/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*, 2008, n. 159, p.89.

<sup>6</sup> A expressão “elisão abusiva” cunhada pelo autor se mostra incompatível com o conceito de elisão aqui adotado, como sendo a redução da carga tributária alcançada pelo contribuinte em consequência das condutas por ele adotadas em sede de planejamento fiscal, instituto que pressuporia o respeito ao ordenamento jurídico. Assim, embora se exponha a doutrina de Ricardo Lodi Ribeiro, é de se deixar consignado que a expressão que se entende mais apropriada é a já citada “elusão”.

<sup>7</sup> *ibid.*, p.92.



abuso de direito são reais, mas buscam como finalidade precípua não os efeitos que normalmente seriam esperados daquela fórmula jurídica, mas sim contornar, burlar uma norma jurídica imperativa.

Há de se atentar, porém, para o fato de que um dos critérios clássicos anteriormente elencados é o da não ilicitude e que o abuso de direito, ao menos na seara do direito civil, encontra-se topograficamente inserido no título dos atos ilícitos. Embora haja alguma controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica do instituto, a redação do dispositivo legal não deixa entrever qualquer dúvida ao enunciar que “[t]ambém 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”.<sup>8</sup> Nesse caso, as condutas praticadas com abuso de direito seriam ilícitas e, portanto, se delas resultasse diminuição da carga tributária, estar-se-ia diante de uma hipótese de evasão, e não de elusão fiscal.

No entanto, é possível que o tributarista se refira ao abuso de direito próprio da seara tributária, tal qual os juristas franceses, os quais distinguem o abuso de direito em matéria civil, no qual há o uso de um direito com o objetivo exclusivo de causar dano a outrem, do abuso de direito em matéria tributária, no qual o sujeito não buscaria causar dano ao Fisco, mas sim, buscar seu próprio interesse.<sup>9</sup>

Ricardo Lodi Ribeiro<sup>10</sup> afirma que o abuso de direito “[...] constitui um gênero composto por diversas espécies: a fraude à lei, o abuso de forma, o abuso da personalidade jurídica das empresas e o descompasso entre a forma jurídica e a intenção econômica.”, excluindo desse rol, entretanto, os casos de simulação.

Para Ricardo Lobo Torres<sup>11</sup>, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, introduzido no ordenamento pela LC n. 104/2001 teria adotado o modelo francês do abuso de direito como norma antielisiva.

Marciano Seabra de Godoi<sup>12</sup> destaca que, em se tratando de abuso de direito e fraude à lei, o Código Civil trouxe regramento que torna essas figuras inapropriadas ao

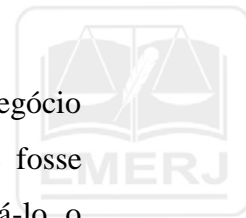
<sup>8</sup>BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 29 fev. 2016

<sup>9</sup> LAMARQUE, UNTERMAIER apud VIEIRA, Iure Pontes. A adoção de uma lei antielisiva pelo Brasil: a França seria um modelo a seguir? *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v.6, 2012, n. 32, p. 159.

<sup>10</sup> RIBEIRO, op. cit., p.94.

<sup>11</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento tributário: Elisão abusiva e Evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 44.

<sup>12</sup> GODOI, Marciano Seabra de. *Estudo Comparativo sobre o combate ao planejamento tributário abusivo na Espanha e no Brasil*. Sugestão de alterações legislativas no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Disponível em



tratamento da elusão tributária. Uma vez que o diploma considera nulo o negócio jurídico celebrado com fraude à lei, haveria necessidade de que tal nulidade fosse judicialmente declarada para que a Administração tributária pudesse desconsiderá-lo, o que implicaria em um retardamento do procedimento administrativo tributário. Destaca ainda que as técnicas utilizadas por todos os países que possuem normas gerais antielusão são as de desconsideração ou inoponibilidade fiscal do ato elusivo, as quais independem de uma decisão judicial.

Além da figura do abuso de direito, há ainda a figura da interpretação econômica, cujas raízes se fundam no Direito alemão. Nela, “a consideração econômica levaria o intérprete/aplicador a questionar se a hipótese tributária contemplava um negócio jurídico ou uma situação fática; no último caso, seria irrelevante a forma jurídica adotada”<sup>13</sup>.

No acórdão nº 3802-001.564 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.<sup>14</sup> abaixo transcrito, há alusão expressa ao abuso de direito. Seria correto afirmar também que o julgador lançou mão da chamada interpretação econômica como fundamento para desconsiderar negócios jurídicos referentes à prestação de serviços de industrialização celebrados entre as sociedades empresárias, as quais possuíam vínculo subjetivo entre si, tendo em vista que as contratadas teriam sido constituídas sem que houvesse, de fato, uma finalidade empresarial/ econômica. Pelo contrário, o que motivou a criação das empresas contratadas foi tão somente a realização de negócios jurídicos que possibilitassem o creditamento do PIS/PASEP pelas empresas contratantes, ou seja, seu principal escopo era a obtenção de vantagem tributária indevida:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Período de apuração: 01/01/2008 a 31/03/2008 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR EMPRESAS VINCULADAS À CONTRATANTE COM O OBJETIVO DE GERAR CRÉDITOS SEGUNDO REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE DO PIS/PASEP. ABUSO DO DIREITO CARACTERIZADO. DESCONSIDERAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS ENTRE TOMADORA DOS SERVIÇOS E CONTRATADAS. Realidade em que empresa do ramo de calçados contratou três empresas para a prestação de serviços de industrialização por encomenda, cujas despesas foram utilizadas para fins de creditamento do PIS/PASEP segundo o regime da não-cumulatividade. Contudo, foi comprovado nos autos que: a) a contratante

---

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496582/000952689.pdf?sequence=1>> Acesso em: 29 fev. 2016.

<sup>13</sup> SCHOUEI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.702

<sup>14</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 3802-001.564. Relator: Francisco José Barroso Rios. Disponível em <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.



transferiu significativos montantes financeiros para o pagamento de despesas operacionais das contratadas; b) uma das contratadas mantinha identidade de endereço com a tomadora dos serviços (recorrente); c) os serviços prestados pelas empresas contratadas eram quase que exclusivamente destinados à reclamante; d) houve transferência de empregados da interessada para as empresas contratadas quando da constituição destas; e) contratante e contratadas operavam no mesmo ramo de negócio; f) sócios das empresas envolvidas apresentavam ligação familiar. Tais fatos, no seu aspecto objetivo, revelam mácula finalística quando da constituição das empresas contratadas, posto que não norteada por aspectos de natureza empresarial/econômica, corroborando para tanto as evidências que demonstram a inexistência de sua independência gerencial e financeira. Daí se deduz o viés subjetivo de que a estrutura foi criada com o intuito exclusivo de se obter vantagem tributária indevida. Abuso do direito caracterizado, o que legitima a desconsideração dos negócios jurídicos celebrados entre as empresas envolvidas, posto que a conduta se subsume à norma antielisão objeto do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional. Recurso a que se nega provimento

É importante deixar consignado, porém, que a possibilidade de aplicação da chamada interpretação econômica no direito tributário brasileiro é polêmica, sendo alvo de fortes críticas pela doutrina pátria.

O artigo 109 do Código Tributário é o dispositivo no qual se apoiam tanto aqueles que defendem a incompatibilidade da interpretação econômica com o nosso sistema, quanto os que defendem sua adoção pela normas gerais de Direito Tributário, e enuncia que “[o]s princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”<sup>15</sup>.

Enquanto Johnson Nogueira<sup>16</sup> detecta na norma do artigo 109 do Código Tributário Nacional a previsão de que os institutos de Direito Privado só serão compreendidos segundo esse regramento quando a lei tributárias não alterar-lhes o conceito - o que denota posição de defesa da autonomia do Direito Tributário e da adoção da interpretação econômica no ordenamento pátrio - , Luciano Amaro<sup>17</sup> vislumbra no artigo 109 do Código Tributário Nacional uma orientação ao legislador tributário segundo a qual, uma vez identificado o instituto, seu conteúdo e alcance de acordo com as normas de direito privado, a ele sejam atribuídos efeitos fiscais definidos pela lei tributária, ou seja, o dispositivo não se endereçaria ao intérprete.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n. 5.172, de 26 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)> Acesso em: 29 fev. 2016.

<sup>16</sup> NOGUEIRA apud SALIBA, Luciana Goulart Ferreira. *A interpretação econômica no Direito Tributário*, 2010. Dissertação. (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010, p. 148.

<sup>17</sup> AMARO apud SALIBA, Luciana Goulart Ferreira. *A interpretação econômica no Direito Tributário*, 2010. Dissertação. (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010, p. 149.

### 3. A INTRODUÇÃO DA NORMA DO ARTIGO 116, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN PELA LEI COMPLEMENTAR N. 104/2001.

A Lei Complementar n. 104 de 10 de janeiro de 2001 introduziu o parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional<sup>18</sup>, com a seguinte redação:

Artigo 116, parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária

Os tributaristas discutem se o artigo 116, parágrafo único no Código Tributário Nacional teria introduzido novos critérios no ordenamento jurídico pátrio no que diz respeito ao planejamento tributário. De acordo com a exposição de motivos do Projeto de Lei Complementar 77/1999<sup>19</sup>, que a originou:

A inclusão do parágrafo único ao art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito.

Para uma parte da doutrina essa norma permitiria a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com simulação. Alberto Xavier<sup>20</sup> defendeu que o efeito do dispositivo teria sido permitir que o fisco desconsiderasse o ato simulado sem ter que previamente demandar a nulidade do ato em juízo. Tal entendimento, entretanto, não seria o mais acertado. Marco Aurélio Greco<sup>21</sup> argumenta que, no vernáculo, a expressão “dissimular” possui acepções muito mais amplas que “simular”, podendo significar também “ocultar ou encobrir com astúcia; disfarçar; não dar a perceber; calar; fingir; atenuar o efeito de; entre outros. Ademais, o autor destaca o fato de que o CTN já

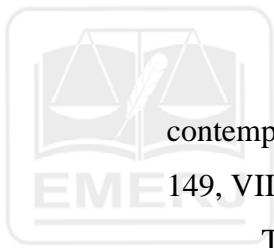
<sup>18</sup> BRASIL. Lei n. 5.172, de 26 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)> Acesso em: 29 fev. 2016.

<sup>19</sup> BRASIL. Projeto de Lei Complementar n. 77 de 13 de outubro de 1999. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1233038&filename=Dossie+-PLP+77/1999](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1233038&filename=Dossie+-PLP+77/1999)>. Acesso em: 29 fev. 2016.

<sup>20</sup> XAVIER apud GODOI, Marciano Seabra de. *Estudo Comparativo sobre o combate ao planejamento tributário abusivo na Espanha e no Brasil*. Sugestão de alterações legislativas no ordenamento brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496582/000952689.pdf?sequence=1>>, p. 130. Acesso em: 29 fev. 2016.

<sup>21</sup> GRECO, op.cit., p.554





contempla a figura da simulação em diversos outros dispositivos, à exemplo dos artigos 149, VII; 150, §4º; 154, parágrafo único e 155, inciso I.

Também em sentido contrário ao entendimento de que o parágrafo único do artigo 116 do CTN trataria de atos ou negócios jurídicos simulados, Marciano Seabra de Godoi<sup>22</sup> destaca que antes da edição da Lei Complementar n.104/2001 a jurisprudência já entendia de maneira pacífica que a Administração Tributária pode desconsiderá-los independentemente de pronunciamento judicial que decretasse sua nulidade.

Assentado o entendimento de que o novel artigo não se refere aos atos e negócios jurídicos simulados, resta o questionamento acerca de quais critérios antielusivos teria ele introduzido no ordenamento jurídico.

Para Ricardo Lódi Ribeiro<sup>23</sup>, a norma estaria baseada na cláusula geral francesa, erigindo como critério o abuso de direito e as modalidades por ele englobadas, as quais consistiriam na fraude à lei, no abuso de forma, no abuso da intenção negocial e no abuso da personalidade jurídica da sociedade empresária.

Conforme já ficou consignado no capítulo anterior, de acordo com o Código Civil, o abuso de direito constitui ato ilícito, portanto, quando eleito pelo contribuinte como meio de atingir menor tributação implicará em evasão, e não em elusão ou elisão abusiva.

Da mesma forma, a fraude à lei e o abuso de estruturas consistiriam em ilegalidades, pois no primeiro caso, haveria uma violação à imperatividade do ordenamento, e no segundo, uma tentativa de despotencializar o ordenamento e escapar de seus preceitos.

Conforme entendimento de Marco Aurélio Greco<sup>24</sup>, os tributos suprimidos ou reduzidos por fraude à lei ou abuso de estruturas estariam sujeitos à lançamento de ofício nos termos do artigo 149, VII do CTN, não dependendo, portanto, da norma geral do artigo 116, parágrafo único do mesmo diploma legal.

Assim, para o autor, a aplicação desse último dispositivo legal se restringiria àquelas condutas tendentes a suprimir ou reduzir tributos que, não obstante não tenham sido praticadas com abuso de direito, abuso de estruturas ou fraude à lei, não tenham sido praticadas de maneira compatível com o princípio da capacidade contributiva. Nesse caso, diante da ausência de tais vícios, a Administração Tributária deveria seguir

---

<sup>22</sup> GODOI, op.cit., p. 130-131.

<sup>23</sup> RIBEIRO, op. cit, p. 101.

<sup>24</sup> GRECO, op. cit, p.557.



procedimento especial referido na norma geral e previsto em lei para desconsiderar os efeitos tributários de tal ato e a ele atribuir efeitos distintos.

Embora na exposição de motivos haja expressa alusão ao abuso de direito e à fraude à lei, o fato é que a redação do artigo 116, parágrafo único não parece eleger nenhum critério para a sua aplicação.

Nesse sentido, Marciano Seabra de Godoi<sup>25</sup> critica a redação do dispositivo. A despeito de tratar-se de norma geral antielusiva, sua redação lacônica teria “abusado” da generalidade ao deixar de definir quaisquer critérios capazes de delimitar quais seriam aqueles atos ou negócios jurídicos aos quais se aplicaria. Ademais, a falta de regulamentação do dispositivo legal em questão, torna inócua sua aplicação no combate à elusão fiscal.

O autor destaca, porém, que o Conselho de Contribuintes e os próprios tribunais vêm combatendo tais práticas com base no artigo 149, inciso VII do Código Tributário Nacional que inclui entre as hipóteses em que haverá lançamento de ofício pela autoridade administrativa: “quando se comprova que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”.<sup>26</sup>

A partir adoção de um conceito mais amplo de simulação, o que se não se mostra incoerente, diante da falta de unicidade da doutrina civilista brasileira em definir tal instituto, os tribunais e autoridades administrativas vêm aplicado o dispositivo supracitado para combater aquelas condutas em que o contribuinte lança mão de determinada conduta para realizar propósitos diferentes daqueles que são considerados a causa dos atos ou negócios jurídicos realizados Nesse sentido, Godoi<sup>27</sup> consigna que:

Muitos autores consideram a simulação não como um problema de divergência entre a vontade interna e a vontade declarada, mas sim como um vício na causa dos negócios, no sentido de que as partes usam determinada estrutura negocial (compra e venda) para atingir um resultado prático (doar um patrimônio) que não corresponde à causa típica do negócio posto em prática.

Assim sendo, a jurisprudência teria desenvolvido, com base em uma interpretação do artigo 149, VII do Código Tributário Nacional e de uma concepção causalista da simulação, um sistema antielusão que já vem sendo aplicada no Brasil.

---

<sup>25</sup>GODOI, op. cit., p. 135

<sup>26</sup>BRASIL. Lei n. 5.172, de 26 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em 29 fev. 2016.

<sup>27</sup>GODOI, op.cit., p.136



Nesse sistema desenvolvido pela jurisprudência, o tratamento dado às condutas praticadas em simulação em sentido clássico, é o mesmo dado às condutas praticadas em simulação em sentido amplo, ou seja, tanto aquele negócio jurídico praticado com o fito de encobrir uma operação, quanto o negócio jurídico cuja causa não corresponda àquela que se espera daquela estrutura são tratados da mesma maneira pela administração tributária. A situação de instabilidade de nosso atual sistema é assim comentada por Marciano Seabra de Godoi<sup>28</sup>:

Com o sistema atual, ora os planejamentos tidos por abusivos são equiparados a atos de sonegação e sofrem imposição de pesadas multas administrativas, ora são vistos como um tipo distinto de simulação e, portanto, se veem livres de multas agravadas, sem que exista um claro e racional discurso aplicativo que permita distinguir as razões que levam a uma ou outra solução.

Embora o resultado final seja o mesmo, a redução ou supressão do tributo, os caminhos utilizados pelo contribuinte são diferentes, enquanto na simulação em sentido clássico dá-se verdadeira sonegação, na simulação em sentido amplo haveria verdadeira elusão ou elisão abusiva. Assim sendo, não se deve dar tratamento igual para situações tão diferentes, sob pena de violação do princípio da isonomia e da própria segurança jurídica.

Assim, seria interessante que a legislação regulasse de maneira específica essas situações em que há desvio da causa negocial, prevendo sanções próprias a essas condutas e procedimento administrativo que garantisse a ampla defesa e o contraditório ao contribuinte, de modo que a causa do negócio jurídico pudesse ser amplamente discutida.

---

<sup>28</sup> GODOI, *ibid.*, p. 141.

## CONCLUSÃO

Os efeitos de condutas tendentes a reduzir ou suprimir tributos praticadas pelo contribuinte sem a observância dos limites impostos pelo ordenamento jurídico não devem ser oponíveis ao Fisco.

Entretanto, cabe à legislação tributária definir de maneira clara e objetiva quais são as condutas que extrapolam esses limites, quais as sanções endereçadas a cada uma delas e qual o procedimento adotado pela Administração tributária no sentido de desconsiderar tais condutas para efeitos fiscais.

Como se viu, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar n. 104 de 2001 não operou quaisquer mudanças reais no sistema brasileiro de combate à condutas elusivas.

Em razão disso, o sistema que hoje vigora é um sistema que se funda em construção jurisprudencial que alarga o conceito de simulação e, conseqüentemente oferece tratamento jurídico igual a condutas diferentes, o que acaba por violar a segurança jurídica e a conferir tratamento anti-isonômico aos contribuintes.

Seria desejável, portanto, inovação legislativa que tratasse das condutas que, por intermédio do abuso de formas jurídicas e da extrapolção e desnaturaçã da causa negocial, venham a operar a efetiva diminuiçã de carga tributária, definindo as sanções aplicáveis e o procedimento administrativo adequado à realizaçã do contraditório e da ampla defesa pelo contribuinte.



## REFERÊNCIAS

BALTAZAR, JUNIOR., José Paulo. *Crimes Federais*. 6 ed. rev. e atual.. São Paulo: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 3802-001.564. Relator: Francisco José Barroso Rios. Disponível em <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8313cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8313cons.htm)> Acesso em: 29 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 29 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei Complementar n. 77 de 13 de outubro de 1999. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1233038&filename=Dossie+-PLP+77/1999](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1233038&filename=Dossie+-PLP+77/1999)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1467649. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48829456&num\\_registro=201401701979&data=20150629&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48829456&num_registro=201401701979&data=20150629&tipo=51&formato=PDF)> Acesso em: 29 fev. 2016.

GODOI, Marciano Seabra de. *Estudo Comparativo sobre o combate ao planejamento tributário abusivo na Espanha e no Brasil*. Sugestão de alterações legislativas no ordenamento brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496582/000952689.pdf?sequence=1>> Acesso em: 29 fev. 2016.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 3.ed. São Paulo: Dialética.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento fiscal: panorama sete anos depois da LC n. 104/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*, 2008.

SALIBA, Luciana Goulart Ferreira. *A interpretação econômica no Direito Tributário*, 2010. Dissertação. (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento tributário: Elisão abusiva e Evasão fiscal*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2012.

VIEIRA, Iure Pontes. A adoção de uma lei antielisiva pelo Brasil: a França seria um modelo a seguir? *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v.6, 2012, n. 32.

## A compatibilização entre a Soberania dos Veredictos no Tribunal do Júri e a Revisão Criminal

Gabriela Pereira Viannay Belloni

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ/FND. Advogada. Pós-graduanda *Latu Sensu* na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A compatibilização entre o princípio constitucional soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri e o instituto da Revisão Criminal é questão muito debatida na doutrina, despertando variadas soluções. Trata-se da harmonização de um direito fundamental com uma garantia do cidadão que se encontra na situação de réu, perante o forte aparato do Estado punitivo. Para tanto, exige-se do intérprete a realização de uma ponderação de interesses, restringindo-se um em favor do outro, sem, contudo, aniquilar seu núcleo principal. As discussões a respeito do tema, critérios a serem utilizados na mencionada ponderação, bem como as complicações decorrentes serão analisadas no presente trabalho.

**Palavras-chave:** Tribunal do Júri, Princípios Constitucionais, Soberania dos Veredictos, Revisão Criminal, Natureza Jurídica, Rol Taxativo, Apelação Contra Decisões do Júri, Soberania dos Veredictos e Revisão Criminal.

**Sumário:** Introdução. 1. Aspectos relevantes acerca do Tribunal do Júri. 2. Aspectos relevantes acerca da Revisão Criminal. 3. Da possibilidade de o juízo revidendo adentrar ao mérito dos Veredictos soberanos proferidos Tribunal do Júri Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar as posições doutrinárias e jurisprudenciais mais relevantes no que concerne à possibilidade de o Juízo revidendo alterar o mérito de uma decisão proferida pelo Tribunal do Júri e, caso positivo, qual seria o Juízo competente para tanto.

O Tribunal Popular, chamado por muitos de “instituição mais democrática do país”, possui princípios constitucionais previstos no artigo 5º, XXXVIII, dentre os quais se encontra o da soberania dos veredictos, que possui maior pertinência com o presente trabalho.

A revisão criminal é um instituto previsto no artigo 5º, LXXV da Constituição Federal, que serve para atacar a sentença penal condenatória, bem como a absolutória imprópria, transitada em julgado, mas que contenha erro judiciário.

Em certas ocasiões, o mencionado erro judiciário pode ser resultado de uma decisão proferida pelo Tribunal do Júri. Sobre esses casos e suas possíveis soluções, posições doutrinárias e jurisprudenciais, que trataremos neste estudo.

Assim, formula-se o principal questionamento objeto desta monografia: é possível a propositura de uma revisão criminal, cujo objetivo é o de rever uma decisão condenatória já transitada em julgado, para atacar sentença prolatada pelo Tribunal do Júri, o qual tem assegurado constitucionalmente a soberania de seus veredictos?

Relevante, posto que a legislação não foi clara quanto à possibilidade ou não de relativizar a coisa julgada de tal decisão, de forma que jurisprudência e doutrina veem se incumbindo de resolver a desídia, sem, contudo, terem chegado a um consenso; além de envolver a contraposição de princípios constitucionais e a relativização de seu caráter absoluto quando contrapostos.

Com esse intuito, nos primeiros capítulos serão abordados os aspectos mais relevantes tanto do Tribunal do Júri como do instituto da revisão criminal, evitando aprofundamentos que fujam ao objetivo deste trabalho, para, ao fim, analisar a compatibilidade entre ambos.

A metodologia utilizada será a pesquisa científica, por meio do estudo de construções doutrinárias, jurisprudenciais e normativas a partir de pesquisa bibliográfica sobre o tema em artigos jurídicos, doutrina e revistas jurídicas, dentre outras fontes.

## **1 ASPECTOS RELEVANTES ACERCA DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Com origens que remontam à época clássica, o Tribunal Popular, cláusula pétrea por conta da previsão do artigo 5º, XXXVIII da Constituição Federal, é apontado como a mais pura forma de participação popular na Justiça, tendo o constituinte elencado quatro princípios como

direitos fundamentais: plenitude de defesa, sigilo das votações, competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e soberania dos veredictos, sendo o último de maior relevância para o presente artigo científico.

Kátia Duarte de Castro<sup>1</sup>, ao defender a ideia de que o Tribunal popular é um instrumento de controle social, aduz que o julgamento por seus pares representa uma importante garantia ao réu, a qual se apresenta em três frentes: como a população brasileira não é homogênea, será julgado por um grupo que pertence ao mesmo nicho social em que cometido o crime, aplicando seus próprios padrões morais; os jurados não estão sujeitos ao mesmo processo de banalização dos julgamentos a que um juiz togado está, o que faz com que este perca a sensibilidade diante de um caso concreto; e, justamente por julgarem de acordo com sua íntima convicção, a decisão proferida por um jurado se aproxima mais à justiça da sentença, pois considera, em um grau maior do que o faz uma decisão prolatada por um juiz togado, os motivos que fizeram com que o acusado cometesse o crime e a reprovabilidade social de tal conduta.

Conforme salientado por Ferrajoli<sup>2</sup>, Montesquieu já defendia que o Poder Judiciário deve ser confiado a pessoas escolhidas entre os cidadãos comuns, em certos ciclos anuais, devendo os juízes se encontrar nas mesmas condições que o réu. Por isso, necessário que tais juízes sejam pares do acusado, evitando que caia em mãos de pessoas predispostas a lhe tratar com violência. Objetiva-se retirar da esfera de controle dos déspotas o poder de resolver os conflitos de forma contrária aos interesses do povo. Assim nasce o princípio do devido processo legal<sup>3</sup>.

Lênio Luiz Streck, no afã de repelir a depreciação do instituto, formula o seguinte questionamento: “o Juiz singular, no julgamento de processos que não da competência do júri,

---

<sup>1</sup> CASTRO, Kátia Duarte de. *O júri como instrumento do controle social*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999, p. 45.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006, p. 531

<sup>3</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 485.

consegue ser neutro, abstraindo-se de sua ideologia de classe, sua formação acadêmica e de suas derivações axiológicas?”<sup>4</sup>

Portanto, destarte as críticas feitas por parte da doutrina à instituição, certo é que a Democracia possui papel destacado no Júri, lugar no qual o cidadão, representando a sociedade, diretamente afirma seu posicionamento acerca de determinada questão submetida a sua análise, conforme sua consciência e buscando auxiliar na construção de uma sociedade mais justa.

## 2 ASPECTOS RELEVANTES ACERCA DA REVISÃO CRIMINAL

Trata-se de ação que relativiza a coisa julgada em âmbito penal, pois visa a desconstituir sentença criminal transitada em julgado, condenatória ou absolutória imprópria, não havendo que respeitar prazos para sua interposição, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei.

Para a parcela majoritária da doutrina não se trata de recurso, pois esse se dá dentro de uma mesma relação processual e substitui uma decisão por outra, enquanto a revisão, por outro lado, instaura nova relação jurídica processual, com pedido diverso e que não necessariamente precisa ser formulado pela parte da relação processual anterior, constituindo-se em uma ação *sui generis*.

Somente é cabível nos casos em que ocorra alguma das situações elencadas no rol taxativo previsto no artigo 621 do Código de Processo Penal<sup>5</sup> e possui como pressuposto para sua propositura o trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

A ação ora sob comento envolve o embate entre inúmeros princípios de ordem constitucional. Contudo, a fim de evitar fugir do objetivo deste trabalho, somente serão tratadas

---

<sup>4</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos & rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p. 42.

<sup>5</sup> BRASIL, Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 03 de junho de 2016.



as garantias mais frontalmente atingidas pelo instituto: garantia da coisa julgada e segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica, com a conseqüente preservação da coisa julgada, busca evitar que as decisões judiciais proferidas sejam desprovidas de efeitos práticos ao concedê-las a qualidade da imutabilidade, atendendo ao interesse público de que os conflitos levados ao Judiciário tenham um fim.

Entretanto, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito que o prestígio conferido à referida garantia se sobreponha a eventuais injustiças que possam ter sido cometidas no julgamento de determinada questão, pois os juízes estão sujeitos ao cometimento de falhas. Essa situação acarretaria desrespeito ao princípio da supremacia constitucional, a exigir a conformação de todos os atos estatais com o texto da Carta Magna, razão pela qual foram criados os institutos da ação rescisória no âmbito cível, e o da revisão criminal, aplicável na esfera penal.

Nessa ponderação de princípios se utiliza o critério da proporcionalidade, pois não se pode suprimir totalmente uma garantia constitucional em detrimento de outras, certos limites não que ser respeitados, limites esses que circundam o núcleo essencial desses direitos. É esse o motivo pelo qual o rol das hipóteses de cabimento da revisão criminal é taxativo, é um meio de impugnação de decisões judiciais transitadas em julgado de fundamentação vinculada.

Tanto é a prevalência conferida pelo legislador à dignidade da pessoa humana, que o ordenamento jurídico permite a utilização da revisão criminal inclusive quando já tenha ocorrido alguma causa de extinção de punibilidade, conforme preceituado pelos artigos 622 e 623 do Código de Processo Penal<sup>6</sup>. Assim, não possui o instituto revisional o único objetivo de evitar o

---

<sup>6</sup> BRASIL, Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 03 de junho de 2016.



cumprimento de pena anteriormente imposta, mas sim de restaurar *status dignitatis* do condenado<sup>7</sup>.

A liberdade é o bem jurídico de valor maior, merecendo proteção especial. Por esse motivo, perfeitamente razoável que seja permitido a restrição de outras garantias para que ele seja preservado.

### **3 DA POSSIBILIDADE DE O JUÍZO REVIDENDO ADENTRAR AO MÉRITO DOS VEREDICTOS SOBERANOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DO JÚRI**

Considera-se que o recurso de apelação, quando intentar impugnar uma decisão proferida pelo Tribunal do Júri, possui fundamentação vinculada, não podendo o Tribunal ad quem julgar com base em outra. Nesta seara, dispõe o Enunciado n. 713 da Súmula do STF: “O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”.

Todavia, há quem entenda que, quando a apelação tiver sido interposta por estar a decisão proferida pelos jurados manifestamente contrária aos autos, essa regra pode ser relativizada, permitindo ao Tribunal conhecer, por exemplo, de nulidades absolutas, por não precluírem<sup>8</sup>.

Em função do princípio da soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri, entende a jurisprudência que não cabe ao Tribunal *ad quem* realizar um controle sobre a opção

---

<sup>7</sup> Elucidativas as palavras de Aury Lopes Jr.: A revisão criminal situa-se numa linha de tensão entre a “segurança jurídica” instituída pela imutabilidade da coisa julgada e a necessidade de desconstituí-la em nome do valor justiça. Se de um lado estão os fundamentos jurídicos, políticos e sociais da coisa julgada, de outro está a necessidade de relativização deste mito em nome das exigências da liberdade individual. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1308.

<sup>8</sup> De acordo com o preceituado por Aury Lopes Jr: “Mas pensamos que essa regra deve ser relativizada quando a situação for inversa, ou seja, interposição com base na alínea ‘d’ e, na fundamentação do recurso, houver uma preliminar de nulidade ocorrida em plenário. Nesse caso, considerando que os defeitos insanáveis (nulidades absolutas) não precluem e que podem ser conhecidos até mesmo de ofício, e a qualquer momento, deve o tribunal decidir pela decretação de nulidade, se for o caso”. (LOPES JR., Aury, op. cit., p. 1223).

feita pelos jurados dentre duas teses possíveis<sup>9</sup>. Somente poderá ser aceita a apelação com fundamento no artigo 593, III, *d* do Código de Processo Penal quando as decisões dos jurados forem inteiramente “*destituídas de qualquer prova de qualquer apoio na prova produzida*”<sup>10</sup>.

Nesse sentido, assevera Guilherme de Souza Nucci<sup>11</sup>:

Ocorre que o legislador ordinário utilizou o termo “manifestamente” para evidenciar quando a decisão dos jurados entre em conflito com a prova dos autos. Não é qualquer situação que autoriza o provimento da apelação, sendo preciso um veredicto notoriamente, gritantemente, patentemente, contrário à prova colhida e constante dos autos.

Contudo, há quem critique, como o faz Aury Lopes Jr, tal rigidez adotada no julgamento de apelações com esse fundamento. Argumenta que um processo sempre terá duas versões antagônicas, sendo possível que se sustente qualquer uma das duas em alguma prova do processo. Entende que uma decisão sem qualquer amparo probatório não habita o campo real do processo<sup>12</sup>.

Segundo Aury, relativiza-se, por demais, a garantia do *in dubio pro reo*, pois ainda que este apresente um seguro conjunto de provas a indicar sua inocência em sede de apelação, se a decisão anteriormente proferida pelos jurados de condenação tiver qualquer embasamento nas provas produzidas anteriormente, esta irá se manter. Há, na verdade, um conflito de princípios

---

<sup>9</sup>É este o entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça, fazendo-se oportuna a transcrição da seguinte ementa: (HC 254730 / SP; HABEAS CORPUS 2012/0198457-3; Relator(a): Ministro OG FERNANDES (1139); Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 24/09/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe 04/10/2013; acessado em 24/11/2015; disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=j%FAri+e+apela%E7%E3o+e+manifestamente+contr%E1ria+e+escolha+teses&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=j%FAri+e+apela%E7%E3o+e+manifestamente+contr%E1ria+e+escolha+teses&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)) “HABEAS CORPUS. (...)ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. OPÇÃO DOS JURADOS PELA TESE DEFENSIVA QUE ENCONTRA AMPARO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. (...) 4. A decisão proferida pelo Júri Popular somente pode ser anulada, em sede de apelação, com base no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, quando absolutamente impropriedade, sem amparo nos elementos dos autos. 5. Com efeito, existindo duas teses contrárias e havendo plausibilidade na escolha de uma delas pelo Tribunal do Júri, não pode a Corte Estadual cassar a decisão do Conselho de Sentença para dizer que esta ou aquela é a melhor solução, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal. (...)”

<sup>10</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal* : teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos Tribunais. 3 Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, p. 124.

<sup>11</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 97.

<sup>12</sup> LOPES JR., op; cit., p. 1231.

constitucionais ao qual a doutrina e jurisprudência conferem pouca ou nenhuma atenção: soberania das decisões do júri e presunção de inocência.

Apresentadas tais ponderações, importa agora tratar da consequência do provimento do recurso de apelação com base na alínea *d* do dispositivo supramencionado, cuja solução é dada pelo §3º do artigo 593 do Código de Processo Penal:

§ 3º - Se a apelação se fundar no nº III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

Desconstitui-se a decisão, sendo o processo remetido a outro Tribunal do Júri, que será formado por novos jurados, preservando a imparcialidade dos julgadores, os quais estarão adstritos ao contexto fático constante dos autos<sup>13</sup> e se encontram vinculados ao *quantum* de pena anteriormente fixado, por conta da proibição da *reformatio in pejus*, sendo cabível nova apelação, fundada na alínea *b* do inciso III do artigo 593 do CPP, caso desrespeitada a referida garantia.

Contudo, no caso em que no novo julgamento seja reconhecida circunstância diversa, não ventilada no julgamento anterior, capaz de aumentar a pena anteriormente fixada, há divergência. Seria a hipótese de, por exemplo, ter sido o réu denunciado por um homicídio qualificado, mas condenado por um simples, e, posteriormente, no segundo julgamento, ser aplicada a qualificadora.

Ainda assim seria aplicada a proibição de se agravar a situação do réu ou se trata de um novo julgamento, podendo se falar também em vedação a *reformatio in pejus* indireta?

[...] seria a resposta tradicional (não incide a vedação nesse caso), pois não haveria *reformatio in pejus* indireta na medida em que se o réu foi pronunciado por homicídio qualificado e, no primeiro júri, é negada a qualificadora e condenado por homicídio simples, no novo júri o julgamento é inteiramente repetido. Os novos jurados são

<sup>13</sup> De acordo com Guilherme de Souza Nucci: “A situação é teoricamente perfeita. Uma decisão manifestamente injusta pode ser revista pelo próprio Tribunal do Júri, bastando que, para isso, o Tribunal Superior dê provimento à apelação. Será, então, o mesmo órgão julgador, naturalmente com outra composição (art. 607, § 3º, do Código de Processo Penal e Súmula 206 do Supremo Tribunal Federal), que irá reavaliar o que fez, mantendo ou não o veredicto.” (NUCCI, op. cit., p. 98).

soberanos para decidir. Portanto, como a qualificadora foi reconhecida na pronúncia, ela será novamente quesitada e os jurados podem reconhecê-la. Não haveria *reformatio in pejus*, pois o julgamento seria inteiramente repetido e os jurados soberanos na sua decisão<sup>14</sup>.

Era esse o entendimento preconizado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme se verifica de antigo acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. REFORMATIO IN PEIUS INDIRETA. - A REFORMATIO IN PEIUS INDIRETA NÃO TEM APLICAÇÃO PARA LIMITAR A SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI DECORRENTE DE PRECEITO CONSTITUCIONAL. NÃO PODE, POIS, A LEI ORDINARIA IMPOR-LHE LIMITAÇÕES QUE LHE RETIREM A LIBERDADE DE JULGAR A PROCEDENCIA OU A IMPROCEDENCIA DA ACUSAÇÃO, BEM COMO A OCORRENCIA, OU NÃO, DE CIRCUNSTANCIAS QUE AUMENTEM OU DIMINUAM A RESPONSABILIDADE DO RÉU, EM VIRTUDE DE ANULAÇÃO DE VEREDICTO ANTERIOR POR DECISÃO DA JUSTIÇA TOGADA. (...). (RHC 66274 / RJ - RIO DE JANEIRO - RECURSO EM HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. MOREIRA ALVES; Julgamento: 17/05/1988; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJ 26-08-1988 PP-21035 EMENT VOL-01512-02 PP-00308; acessado em 25/11/2015; disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2866274%2E%2E+OU+66274%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ayshls>)

Contudo, a própria Corte parece ter revisto esse posicionamento ao reconhecer que, nos casos similares ao exemplo acima, incide a vedação da *reformatio in pejus* indireta para não permitir que a pena fixada seja maior do que anterior, mesmo se reconhecidas circunstâncias diversas<sup>15</sup>.

No entendimento do Min. Relator, não há que se excepcionar a regra da vedação da *reformatio in pejus* se reconhecida circunstância nova, porque isso retiraria do réu a segurança

<sup>14</sup> LOPES JR, Aury., op. cit., p. 1176.

<sup>15</sup> Ementa: “AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Tribunal do Júri. Três julgamentos da mesma causa. Reconhecimento da legítima defesa, com excesso, no segundo julgamento. Condenação do réu à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto. Interposição de recurso exclusivo da defesa. Provimento para cassar a decisão anterior. Condenação do réu, por homicídio qualificado, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, no terceiro julgamento. Aplicação de pena mais grave. Inadmissibilidade. *Reformatio in peius* indireta. Caracterização. (...) Proibição compatível com a regra constitucional da soberania relativa dos veredictos. HC concedido para restabelecer a pena menor. Ofensa ao art. 5º, incs. LIV, LV e LVII, da CF. Inteligência dos arts. 617 e 626 do CPP. (...)”. (HC 89544 / RN – RIO GRANDE DO NORTE – HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; Julgamento: 14/04/2009; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DLe-089 DIVULG 14-05-12009 PUBLIC 15-05-2009; EMENT VOL-02360-01 PP-00197 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 487-498 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 348-366 RSJADV dez. 2009, p. 46-51; acessado em 25/11/2015; disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Homic%EDdio+doloso+Tribunal+do+J%FAri+Tr%EAs+julgamentos+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m8tzc4>)

para recorrer, violando o devido processo legal, pois acaba por forçá-lo a aceitar decisões que lhe são contrárias, com medo de que essas venham a ser agravadas.

Assim, aos jurados é permitido decidir da forma como queiram, mas o Juiz Presidente deve sempre observar, na fixação da pena, o limite da condenação anterior<sup>16</sup>, não podendo agravar de forma alguma situação do réu, em caso de recurso exclusivo da defesa.

Muito se discute na doutrina e jurisprudência a possibilidade da interposição de uma revisão criminal relativizar a garantia constitucional da soberania dos veredictos, sendo difícil se atingir um consenso, por ser uma questão que contrapõe de importantes princípios constitucionais.

Diferentemente do que fez quando tratou da apelação de decisões proferidas pelos jurados, hipótese para a qual trouxe regra expressa sobre seu processamento, o que, ainda assim, não foi capaz de encerrar definitivamente as controvérsias existentes sobre o tema, a legislação nada falou sobre a revisão criminal proposta contra sentença transitada em julgado proferida pelos jurados.

Assim, permanece o questionamento: pode a revisão criminal alterar o mérito de uma sentença condenatória proferida pelos jurados? E, se possível, quem seria competente para?

Acerca do primeiro, pode-se dizer que o conflito põe de um lado os princípios do devido processo legal e juiz natural, traduzidos na soberania da decisão dos jurados, e, do outro, o direito à liberdade e a obrigação do Estado em reparar os erros judiciários, espelhados na revisão criminal.

A doutrina majoritariamente aceita que, se interposto o instituto revisional em face de uma sentença condenatória transitada em julgado proferida pelo corpo de jurados, relativize-se a

---

<sup>16</sup> Nesta seara, assevera Guilherme de Souza Nucci: “A solução indicada para harmonizar as duas disposições, de grande interesse para o sistema judiciário democrático, é não impedir que o júri decida como bem entender, incluindo, se quiser, a qualificadora antes afastada. Entretanto, no momento de aplicar a pena, terminado o processo, o juiz, lembrando que há a impossibilidade de prejudicar o réu, em recurso que foi exclusivo da defesa, reduzirá a reprimenda até atingir o patamar primário.” (NUCCI, op. cit., p. 104).

garantia da soberania, preponderando o direito à liberdade, corolário da dignidade da pessoa humana.

Discutiu-se, durante algum tempo, se o princípio constitucional da soberania das decisões do Tribunal do Júri impediria a revisão de sentença condenatória por ele proferida. Mas hoje não resta dúvida de que a soberania dos veredictos é preceito estabelecido como garantia do acusado, podendo ceder diante de norma que visa exatamente garantir os direitos de defesa e a própria liberdade. Portanto, é juridicamente possível o pedido de revisão dos veredictos do Júri<sup>17</sup>.

Isso porque se entende que a soberania dos veredictos somente pode ser interpretada de maneira inflexível quando tiver por escopo garantir a liberdade do réu, sendo uma garantia individual deste. Nas hipóteses contrárias, considerá-la como garantia absoluta feriria o sistema adotado pela Constituição de não hierarquizar os princípios nela previstos.

As controvérsias surgem quando se questiona a quem pertence a competência para processar e julgar essa ação, já que o legislador não previu expressamente alguma solução para tais casos.

Quando a decisão se fundar em provas falsas, ou surgirem novas que possam beneficiar o réu ou atestar sua inocência, há novo quadro fático, impondo a análise o mérito da decisão anterior. É sobre essas hipóteses e da contrária à evidência dos autos que se bifurca a jurisprudência.

Poderia o Tribunal *ad quem*, competente originariamente para o julgamento da revisão criminal, acolher o pedido revisional para alterar a decisão de mérito proferida inicialmente pelos jurados, ou deve submeter o caso a outro Tribunal do Júri, cuja composição será distinta da original?

De forma majoritária, para a doutrina não há óbice algum a se permitir que o Tribunal *ad quem* reveja a sentença de mérito, sendo desnecessário submeter a novo julgamento pelos jurados,

---

<sup>17</sup> GRINOVER, op. cit., p. 316.



pois havendo decisão definitiva, transitada em julgado, que encerre a relação jurídico-processual inicialmente estabelecida, não há mais que se falar em soberania. Sustentam que o direito à liberdade e a necessidade da correção do erro judiciário se sobrepõem à soberania, a qual não pode prejudicar os direitos de defesa do réu, devendo sempre prevalecer a ampla defesa.

Defendem que não há qualquer decisão judiciária imune à reavaliação pelo sistema do duplo grau de jurisdição, não se constituindo o Tribunal do Júri exceção a essa regra. O objetivo é extirpar do sistema Judiciário, no maior grau possível, a manutenção da condenação de um inocente<sup>18</sup>.

Por outro lado, encontra-se a posição defendida por Guilherme de Souza Nucci. Aduz o jurista que, justamente por se constituir um novo quadro fático nessas duas hipóteses, deve o processo ser remetido a outro Tribunal do Júri, preservando-lhe a garantia constitucional da competência para os crimes dolosos contra a vida.

Acredita-se ser esta a solução que melhor compatibiliza os institutos ora em comento. Não se deve restringir de forma absoluta a soberania dos veredictos em detrimento da revisão criminal, já que ambas as garantias se encontram no mesmo nível hierárquico.

Entretanto, entende Nucci que não se pode aplicar às decisões proferidas pelo Júri a hipótese de revisão criminal em que a sentença se encontrar em dissonância com a evidência dos

---

<sup>18</sup> Filiando-se a essa corrente doutrinária, Eugenio Pacelli: “temos para nós que a revisão é perfeitamente possível, mesmo em relação às decisões do júri. E assim nos parece porque o princípio da soberania dos veredictos e mesmo a garantia do próprio Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida foram instituídos em favor dos interesses da defesa. E, por isso, são garantias constitucionais individuais. Ora, a admissibilidade de uma revisão desses julgados em favor do condenado mantém-se na linha da preservação dos interesses da defesa, vedado que é, também ali, a *reformatio in pejus* devendo ser recebida como mais uma garantia posta à disposição do cidadão” OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 907.

No mesmo sentido, Paulo Rangel: “A absolvição como efeito da revisão ocorre, inclusive, das decisões emanadas do Tribunal do Júri, pois não há que se falar em ofensa à soberania dos veredictos, pois este foi criado em favor do réu e, nesse caso, não pode haver ofensa àquilo que está sendo 'desrespeitado' para lhe proteger”. RANGEL, op. cit., p. 1057.

Também Aury Lopes Jr: “Nenhum óbice existe para que o tribunal possa alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, de modo que a soberania das decisões do júri deve ceder diante do interesse maior de corrigir uma decisão injusta”. LOPES JR., op. cit., p. 1320.



autos, posição que merece respeito devido à substancialidade dos argumentos utilizados pelo autor.

Atesta o jurista que as referidas garantias constitucionais não possuem prevalência uma sobre a outra, como muitos autores assim defendem. Não deve a revisão criminal e a plenitude de defesa ser absolutamente preponderantes sobre a soberania dos veredictos, pois ambos são corolários de igual natureza constitucional, sob pena de se retirar o valor da instituição do Júri.

Sustenta que a revisão criminal é uma exceção trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser utilizada com cautela, para que não se desvirtue.

Uma coisa é surgir uma prova nova, que inocente o réu, tal como uma testemunha chave, que estava desaparecida e tenha visto o crime. Essa pessoa poderá atestar, com plena segurança, que o réu é inocente, confirmando, pois, o seu álibi. Logicamente, o caminho será a revisão criminal e o acusado deve ter o seu caso reaberto e julgado novamente. Outra coisa bem diferente é o tribunal togado fazer uma reavaliação da prova e constatar que o júri decidiu “contra a evidência dos autos”, de modo que o réu merece ser absolvido. No primeiro caso, invoca-se o princípio de que o Estado não deseja ver um inocente na cadeia, não quer cometer um erro judiciário e, por isso, surgindo um fato novo, necessita dar, democraticamente, uma nova chance ao sentenciado. No segundo, a situação é bem diferente. Os jurados já analisaram a prova, interpretaram-na e chegaram à conclusão de que o réu é culpado. Pouco interessa se tenham levado estritamente a sério as provas dos autos ou tenham se deixado convencer pelos argumentos do acusador, pois o fato é que condenaram e já conheciam as provas dos autos. Colocaram nelas o seu juízo de valor. Quiseram considerar culpado o réu por razões íntimas, não exteriorizadas, até mesmo por conta do sigilo do voto. Esse é o sistema que vige no tribunal popular. Se as provas já estavam nos autos e foram exibidas aos jurados, não pode a magistratura togada desconsiderar o veredicto soberano do povo nem mesmo para absolver o condenado. Dizer, singelamente, que o júri enganou-se e decidiu contra a evidência dos autos, reformando sua decisão, é o mesmo que condicionar a soberania ao “acerto” dos jurados<sup>19</sup>.

Não é congruente vedar a reavaliação do mérito da decisão dos jurados com base nessa justificativa antes do trânsito em julgado, através de uma apelação, mas relativizar de tal forma a soberania dos veredictos quando interposta a revisão criminal, posto que a competência privativa do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida não desaparece com o trânsito em julgado. Tendo sido a decisão dos jurados baseada em provas produzidas durante a instrução criminal, ainda que contrária à evidência dos autos, ela foi soberana e precisa ser respeitada.

---

<sup>19</sup> NUCCI, op. cit., p. 115-117.



Incorreto dizer que a soberania apenas será preservada quando for para garantir a liberdade do réu, porque aquela rege o Júri, o qual não tem como único escopo preservar a liberdade do acusado. É também uma garantia para a sociedade.

Salienta o citado autor que, não havendo novo contexto probatório a ser analisado, aos jurados foi ofertada a oportunidade de analisar as provas e valorá-las, tendo optado por condenar o réu. Ainda que injusta, não cabe ao magistrado togado revertê-la. É nisso que consiste a soberania e respeitar essa vontade é um ato de democracia.

O Júri é um órgão especial dentro da estrutura do Poder Judiciário, cujo duplo grau de jurisdição será exercido por outro corpo de jurados. No caso de uma apelação há vedação legal expressa de o Tribunal *ad quem* modificar o mérito da decisão dos jurados.

Oportuno salientar que também defendem tal tese Antonio Scarance Fernandes e Gustavo Badaró, conforme mencionado por Nucci<sup>20</sup>.

## CONCLUSÃO

Findo este trabalho, pode-se estabelecer que a instituição do Tribunal do Júri possui algumas regras constitucionais próprias, dentre as quais se encontra a soberania dos veredictos, e que a revisão criminal é uma ação autônoma de impugnação de natureza constitutiva negativa, também possuindo status de direito fundamental, cujo principal escopo é restaurar o *status dignitatis* do condenado que tenha sido vítima de erro em seu julgamento.

Foram apresentadas as discussões doutrinárias mais pertinentes acerca da compatibilização entre os institutos, concluindo-se que a garantia da soberania não pode ser vista

---

<sup>20</sup> BADARÓ, Gustavo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Elsevier , 2008. T. II, p. 21-22; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo : RT, 4 Ed., 2005, p. 166-167 apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado: Estudo integrado com Direito Penal e Execução Penal, Apresentações Esquemáticas da matéria*. 8 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista. dos Tribunais, 2008, p. 987.

de forma absoluta, havendo sim possibilidade de se reverter uma condenação do Júri transitada em julgado.

Em tais situações, o Tribunal *ad quem*, destarte renomada corrente doutrinária entender de forma diversa, está impossibilitado de adentrar ao mérito da decisão, devendo remeter a outro Júri o julgamento no caso em que haja modificação do contexto fático original.

Adota-se o entendimento de que há uma limitação à utilização da revisão criminal para os casos em que se entenda que a decisão está em discordância com a evidência dos autos, pois seria uma invasão inconstitucional à competência do Júri possibilitar que o Tribunal absolva o denunciado nesses casos, ou mesmo que envie a um novo Júri, já que se estaria realizando uma análise sobre o mérito da decisão inicial proferida pelos jurados, os quais decidem de acordo com sua íntima convicção.

O silêncio do legislador foi o que ensejou o surgimento de tantos debates doutrinários e jurisprudenciais. Poderia ter solucionado tal problema inserindo, como fez expressamente para o caso da apelação, um parágrafo ou artigo que vedasse ao Tribunal *ad quem* adentrar ao mérito da decisão proferida pelos jurados. Como não o fez, cabe ao intérprete suprir tal lacuna.

Evitou-se aprofundar por demasiado algumas questões, para não fugir ao objetivo deste estudo, limitando-nos a apresentar apenas as principais questões sobre o tema, sem jamais termos tido a pretensão de apresentar alguma solução definitiva para o problema tema deste trabalho.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, G. H. R. I. *Processo penal*. Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012.

CASTRO, K. D. *O júri como instrumento do controle social*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2006



GRINOVER, A. P.. *Recursos no Processo Penal* : teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos Tribunais. São Paulo : RT, 2008.

LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012.

NUCCI,. *Júri* : princípios constitucionais. São Paulo : Juarez de Oliveira, 1999.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal Comentado*: Estudo integrado com Direito Penal e Execução Penal, Apresentações Esquemáticas da matéria. 8. Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista. dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. *Revisão Criminal e Soberania do Tribunal do Júri*. Boletim IBCCrim. Ano 7, n. 84 – novembro / 1999.

OLIVEIRA, E. P. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, P. *Direito Processual Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

STRECK, L. L. *Tribunal do Júri*: símbolos & rituais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

## PRISÃO DOMICILIAR COMO MODALIDADE DE CUMPRIMENTO DE PENA

Gabriela Pruner Marques

Graduada pela Universidade do Vale do Itajaí. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá e em Segurança Pública pela Universidade do Sul.

**Resumo:** A pena serve como retribuição àquele que transgrediu a norma penal, aliada a prevenção de novos delitos e o caráter ressocializador. O cumprimento das penas privativas no Brasil obedece a um sistema progressivo de cumprimento, por meio dos regimes fechado, semiaberto e aberto. Em decorrência de uma deficiência estatal na manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento de pena no regime aberto, o poder judiciário, conjugando as formas de cumprimento de pena existentes no código penal brasileiro e na lei de execuções penais, criou uma modalidade de cumprimento de pena no regime aberto, ao que jurisprudencialmente se intitulou de prisão albergue domiciliar.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Função da pena. Regimes punitivos vigentes. Execução Penal. Prisão domiciliar. Regime aberto. Prisão albergue domiciliar.

**Sumário:** Introdução. 1. Função do sistema punitivo. 2. Regimes punitivos vigentes. 3. Decisões destacadas dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a criação pela jurisprudência de uma modalidade de cumprimento de pena no regime aberto. Procura-se demonstrar que a criação se deu como fruto de uma ineficiência estatal em assegurar ao apenado que cumpra sua pena em estabelecimento adequado.

Para tanto, serão abordadas a legislação pertinente, as posições doutrinárias e as jurisprudenciais a respeito do tema. Seguir-se-á a metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória, explicativa e qualitativa, de modo a demonstrar que a nova modalidade não encontra guarida no ordenamento pátrio, realçando a ineficiência estatal nesta política de execução da pena.



A pena, sob o ponto de vista da teoria eclética, ou unitária, serve como retribuição àquele que transgrediu a norma penal, aliada a prevenção de novos delitos, e o caráter ressocializador. Segundo do STF, há uma tríplice finalidade: retribuição, prevenção e ressocialização, ao que se etiqueta de polifuncionalidade da pena.

O cumprimento das penas privativas no Brasil obedece aos ditames do Decreto-Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, o qual tem como escopo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Para tanto, tal disposição normativa traz o sistema progressivo de cumprimento da pena, por meio dos regimes fechado, semiaberto e aberto.

O tema é controvertido, pois, em decorrência de uma deficiência estatal na manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento de pena no regime aberto, o poder judiciário precisou encontrar uma forma com que os apenados cumprissem suas penas, conjugando as formas de cumprimento de pena existentes no código penal brasileiro e na lei de execuções penais.

Para melhor compreensão do tema, busca-se demonstrar as consequências da deficiência estatal na manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento de pena no regime aberto, na medida em que o poder judiciário, último poder em que deságuam as deficiências estatais em políticas públicas, precisou criar esta nova modalidade de cumprimento de pena: prisão albergue domiciliar.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com o estudo da pena, de suas teorias e sua tríplice finalidade. O segundo capítulo abordar-se-á os regimes de cumprimento de pena e o sistema progressivo das penas. Para, por fim, trazer a baila os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, destacando-se os posicionamentos dos Tribunais Superiores e, em especial, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

## 1. FUNÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO

A fim de abordar a prisão domiciliar como modalidade de cumprimento de pena no regime aberto, se faz necessário trazer um breve delineamento do direito penal, destacando a escola que influenciou o formato atual do sistema punitivo.

O direito penal é disciplina jurídica pertencente ao ramo interno do direito público. Visando uma conceituação, sob o aspecto formal, esta área do direito é um conjunto de normas que qualifica certos comportamentos humanos como infrações penais, define os seus agentes e fixa as sanções a serem-lhes aplicadas. Já sob o enfoque sociológico, é mais um instrumento, ao lado dos outros ramos do direito, de controle social de comportamentos desviados, visando assegurar a necessária disciplina social, bem como a convivência harmônica dos membros do grupo.

O que se convencionou chamar de escolas penais é, em apertada síntese, as diferentes correntes e concepções que buscam explicação ao delito e a justificação da pena, isto é, a legitimidade do direito de punir, a natureza do delito e o fim das sanções<sup>1</sup>. As escolas do direito penal se coadunem aos períodos históricos do direito penal.

No período primitivo do direito penal, as ideais da época eram influenciadas pelo cristianismo, com suas concepções de justiça e humanidade<sup>2</sup>. Já num período intermediário, forma-se a escola clássica, a qual foi orientada pelo livre individualismo e liberalismo, considerando crime fenômeno jurídico e a pena, em sua concepção de castigo, o meio de tutela jurídica.

---

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral 1. 19. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

<sup>2</sup> LYRA, Roberto. *Expressão mais simples do direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953, p. 27.



No fim do século XIX, em transição inevitável, em um contexto de desenvolvimento das ciências sociais, surge a escola positivista<sup>3</sup>. Essa escola considera o crime um fenômeno natural e social, e a pena um meio de defesa social<sup>4</sup>. Admitia-se o delito e o delinquente como patologias sociais, assim, a pena perde seu tradicional caráter vindicativo-retributivo, e pauta-se na personalidade do réu, sua capacidade de adaptação e especialmente sua perigosidade<sup>5</sup>.

É possível traçar um comparativo, em que escola clássica aceita a responsabilidade moral, ao passo que para a escola positivista, há a responsabilidade legal ou social<sup>6</sup>. De uma visão de individualismo, opôs-se a necessidade de defender o meio social contra as ações do delinquente, a priorizar os interesses sociais<sup>7</sup>.

Outros movimentos surgem, enquanto críticas às escolas clássica e positivista: as novas escolas intermediárias, ou ecléticas, as quais evitam romper completamente com o sistema, mas sim, de forma moderada, se apresentam como evolução as duas primeiras escolas, nos estudos das ciências penais.<sup>8</sup>

Destaca-se o movimento unitário União Internacional de Direito Penal, que ficou conhecido também como escola de política criminal, ou escola sociológica alemã, a qual teve como sucessora a Associação Internacional de Direito Penal, e hoje representa a maior entidade internacional de Direito Penal em atividade, a promover estudos científicos sobre temas das ciências penais<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Ibid., 28.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 103.

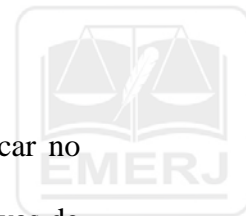
<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid., p. 107.

<sup>9</sup> Ibid., p. 108.





Dentre as principais contribuições da moderna escola alemã, pode-se destacar no que toca a função da pena, o viés finalístico da pena e a substituição das penas privativas de liberdade de curta duração<sup>10</sup>.

Uma segunda escola é a correccionalista, que surgiu na Alemanha e defendia que o único fim da pena é a correção ou emenda do delinquente. Por isso, a sanção penal é vista como um bem ao delinquente, por consequência, tem o direito de exigir a execução da pena, visando a sua própria cura ou emenda.<sup>11</sup>

Constata-se que as escolas penais, cada uma por meio de suas concepções, buscou explicar o delito e justificar a pena. A primeira escola, clássica, se apresenta centrada em uma responsabilidade moral, numa visão mais individualista, enquanto a escola positivista defende a responsabilidade legal ou social, priorizando os interesses sociais frente aos individuais.

As penas, no ordenamento brasileiro, encontram-se previstas no código penal e em legislação esparsa. Em particular, o código penal, concebido durante o Estado Novo, em 1937<sup>12</sup>, sofreu a influência da escola positivista, dessa forma, prioriza os interesses sociais e a convivência harmônica em sociedade.

Porém, algumas foram às leis que buscaram reformas contemporâneas à codificação, destacando-se a Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que introduziu a nova parte geral, buscando a humanização das sanções penais e adoção de penas alternativas à prisão<sup>13</sup>, o que denota a influência das escolas intermediárias, buscando um viés finalístico da pena, a substituição das penas privativas de liberdade de curta duração e ressocialização do condenado.

---

<sup>10</sup> PRADO, Luiz Régis e BITENCOURT, Cezar Roberto, apud BITENCOURT, op. cit., p. 110.

<sup>11</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 112.

<sup>12</sup> Ibid., p. 91.

<sup>13</sup> Ibid., p. 91/92.



Para Cezar Roberto Bittencourt<sup>14</sup>, num apontamento crítico sobre o sistema punitivo brasileiro, assevera que:

Embora tenhamos um dos melhores elencos de alternativas à pena privativa de liberdade, a falta de vontade política de nossos governantes, que não dotaram de infraestrutura nosso sistema penitenciário, tornou, praticamente, inviável a utilização da melhor política criminal – penas alternativas –, de há muito consagrada nos países europeus. (...) teremos mais um diploma legal a não ser cumprido, incentivando ainda mais a impunidade, com o consequente aumento de insegurança social.

O destaque dado pelo autor, diante da ineficiência estatal com políticas públicas, vai ao encontro do tema central desta pesquisa, na medida em que se busca mostrar que, por conta da ausência de casas de albergado, logo, infraestrutura, precisou-se buscar uma nova modalidade de cumprimento de pena no regime aberto.

Novamente, a escassez de políticas públicas, unida a ineficiência do sistema prisional, traduz no incremento da violência, e por consequência, na maximização do direito penal, trazendo leis mais rígidas, como se essa fosse a alternativa aos problemas apresentados a essa área do direito. A bem da verdade, o que se passa a ter é a segregação social, por meio da constrição da liberdade daquele que transgrediu a lei penal, como única alternativa e finalidade do direito penal.

Atualmente, numa visão doutrinária, a pena, sob o ponto de vista da teoria eclética, ou unitária, serve como retribuição àquele que transgrediu a norma penal, aliada a prevenção de novos delitos, e o caráter ressocializador<sup>15</sup>. Segundo o STF<sup>16</sup>, há uma tríplice finalidade: retribuição, prevenção e ressocialização, ao que se etiqueta de polifuncionalidade da sanção

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> CUNHA, Junior, Fernando. *Prisão-albergue domiciliar. Discrepância da realidade social com a posituação penal. Dissonância jurisprudencial*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/342/r137-15.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 604, HC 97256/RS, Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo604.htm#transcricao1>>. Acesso em: 12 abr. 2016.



penal, esse foi o entendimento esboçado pela Corte, no voto do Relator Ministro Ayres Britto, no julgamento do HC n. 97.256/RS<sup>17</sup>.

Destaca-se que a doutrina aponta o declínio do positivismo, diante da inadequada visão formalista e causal explicativa do direito penal, como fruto da adoção do método indutivo a legitimar o sistema penal. Assim, diante da deficiência da metodologia empregada, buscou-se empregar uma concepção de delito a luz da sociologia e criminologia do delinquente, chegando à criminologia.<sup>18</sup>

Ocorre que, a própria criminologia não foi capaz de resolver questões estritamente jurídicas. Por isso, na atualidade, defende-se que a criminologia e a dogmática se inter-relacionam na configuração da política criminal<sup>19</sup>, na busca de um sistema penal, e por consequência, da aplicação da sanção penal e de sua execução, de forma com que se desmitifiquem dogmas clássicos da execução da pena, e passa a defrontar-se com a pena em sua polifuncionalidade.

Esclareceu-se que existem dois tipos de prisões: prisão cautelar e prisão pena, sendo esta última a advinda de condenação penal, a qual comportará a adoção do sistema de progressão de regime, norteadada pela lei que trata da execução penal.

## 2. REGIMES PUNITIVOS VIGENTE NO BRASIL

A prisão pena é oriunda de uma decisão criminal, a qual ao condenar o autor dos fatos, diante de parâmetros estabelecidos pelo legislador, fixa a pena e estabelece o regime inicial de cumprimento da reprimenda.

---

<sup>17</sup> Segundo entendimento esboçado pela Corte, no voto do Relator Ministro Ayres Britto, no julgamento do HC n. 97.256/RS: “Nos quadros da nossa orientação constitucional e ordinária pode se entender ter prevalecido o que se poderá chamar de 'polifuncionalidade' da sanção penal, ou seja, uma concepção eclética em que se integram as instâncias retributivas e as da reinserção social.”

Ibid.

<sup>18</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 113/114.

<sup>19</sup> Ibid.



Os regimes de cumprimento são estabelecidos pelo código penal, em seu art. 33, o qual enumera três espécies: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. O diferenciador entre os regimes reside no estabelecimento em que será cumprida a pena.

Dessa forma, nos termos art. 33 do CP, o regime fechado é cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média; o regime semiaberto a execução da pena é em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e o regime aberto, a execução da pena se dá em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Observa-se que, o art. 33, §2º, do CP prevê que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado.

Para tanto, tem-se uma lei penal esparsa que cuida da execução da pena. O legislador brasileiro adotou o sistema vicariante, em que a execução penal busca efetivar as disposições existentes em uma sentença penal condenatória ou decisão criminal. A Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 instituiu a execução penal, que objetiva, além de efetivar as disposições da decisão condenatória, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, o que traduz a adoção de uma teoria mista ou eclética, com natureza retributiva, preventiva e humanitária da pena.

A execução da pena, atendendo disposição do art. 33, §2º, do CP, dá-se em caráter progressivo, com introdução paulativamente do apenado que teve sua liberdade restringida, ao convívio social, conforme o tempo de cumprimento da pena e seu comportamento. A progressão ocorre por meio da graduação dos regimes punitivos.

Dentre os regimes estabelecidos no ordenamento brasileiro, o regime aberto é aquele que antecede a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena, sendo um regime que se pauta principalmente na autofiscalização e senso de disciplina do próprio apenado, o qual, a princípio, o condenado permanece fora do estabelecimento e sem vigilância, para trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, e retorna



somente à noite e aos dias de folga, para se recolher a casa de albergado, local destinado, segunda a lei de execuções penais, para o cumprimento do regime.

Ocorre que, dentro do atual cenário do sistema prisional brasileiro, esse não suporta o elevado número de pessoas recolhidas ao cárcere, ainda que haja, numa visão contemporânea do direito penal, um movimento constante pelo desencarceramento, dada a evidência que a privação da liberdade daquele que recebe pena não cumpre a totalidade dos objetivos visados pela pena, principalmente, a ressocialização.

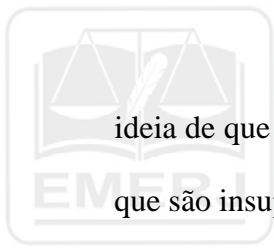
Nessa esteira, juristas defendem a falência do sistema prisional brasileiro, pois além do cumprimento de pena não atender aos seus objetivos, não há vagas para que todas as pessoas que recebem medidas de privação de liberdade cumpram adequadamente sua pena, seja por questões de superlotação, de ausência de condições mínimas de dignidade ou de programas que ressocialize o apenado, preparando-o para o retorno ao convívio em sociedade.

A fim de ilustrar o posicionamento acima, destaca-se voto do Ministro Roberto Barroso, o qual pontua que “É fora de dúvida que o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente nenhuma das funções próprias da pena criminal: não previne, não ressocializa, nem prevê retribuição na medida certa.”<sup>20</sup>

O juiz e criminalista Rubens Casara, defende a mitologia no processo penal, ao alegar que algumas teorias não conseguem explicar o funcionamento de todo ordenamento, o que acarreta a promulgação de institutos com falhas. Assim, é preciso preencher falhas, para tanto, o preenchimento das falhas no ordenamento se dá através de mitos, isto é, cria a

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EP 2 TrabExt-AgR / DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087412> >. Acesso em: 12 abr. 2016.



ideia de que se sabe que não é verdade, porém aceita como verdade, para poder suprir falhas que são insuperáveis pela própria essência do ordenamento.<sup>21</sup>

Disso se conclui o mito da execução penal, em que a pena com função ressocializadora inexistente, contudo, é preciso aceitar que a pena ressocializa, logo, aceita-se um mito. A verdadeira ideia, num viés prático, é de punir as pessoas com o castigo, e não a ressocialização daquele que cumpre pena.<sup>22</sup>

Inegável que se tratando de uma tese, Rubens Casara trabalha com a generalização do instituto, porém, a crítica feita é que não se pode desacreditar totalmente no sistema penal e principalmente na razão de ser da pena, pois possivelmente pensamento tão drástico poderia fazer com que a sociedade atual retornasse ao primeiro período do direito punitivo, chamado de período da vingança, destacando-se, da época, a legislação primitiva do código de hamurabi<sup>23</sup>.

Assim, frente à ineficiência do sistema carcerário e ausência de local adequado ao cumprimento de pena em regime aberto, na sua maioria por inexistir casa de albergado na localidade em que o apenado irá desempenhar suas ocupações laborativas, ou por não haver vagas, os Tribunais Superiores passaram a conceder a chamada prisão albergue domiciliar, como uma fusão do cumprimento de pena que deveria ser em casa de albergado, com a concessão de prisão domiciliar, isto é, liberar o apenado para que à noite e aos finais de semana se recolha à sua residência.

Com a edição da Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010, passou-se a prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que o juiz determinar a prisão domiciliar, nos moldes do seu art. 146-B. Por consequência, os Tribunais conjugaram a prisão albergue domiciliar ao monitoramento

---

<sup>21</sup> CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 195/196.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> LYRA, op. cit., p. 23/24.



eletrônico, o que passou a ser denominado no cotidiano das Varas de Execuções Penais de prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico.

A denominação dada tentou fazer uma fusão de diversos institutos penais: casa de albergado, local adequado de cumprimento de pena em regime aberto; prisão domiciliar, como aquela que permite que o apenado se recolha a casa, em situações específicas determinadas em lei, e o monitoramento eletrônico, com utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado.

Todavia, merece ressalva que o projeto de lei, que deu origem a Lei n. 12.258/10, em seu art. 2º, previa um parágrafo único para o art. 146-B da Lei n. 7.210, em que “os usuários da monitoração eletrônica que estiverem cumprindo o regime aberto ficam dispensados do recolhimento ao estabelecimento penal no período noturno e nos dias de folga<sup>24</sup>”. Contudo, vetou-se tal disposição, na mensagem n. 310, de 15 de julho de 2010, pela razão de que a adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal.<sup>25</sup>

Como se observa nas razões do veto, o Senado Federal entendeu que o monitoramento eletrônico aos apenados que cumprem a pena em regime aberto subverte a sistemática da pena, isto porque, o regime aberto já é um regime que por si só se pauta na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

Destaca-se que o cumprimento de pena em prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico é criação jurisprudencial, inexistindo qualquer previsão legal quanto a possibilidade de concessão da prisão domiciliar por inexistência de vaga ou de local adequado para o cumprimento de pena.

---

<sup>24</sup> BRASIL, Senado Federal. Mensagem n. 310, de 15 de junho de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>25</sup> Ibid.



No ordenamento brasileiro há duas previsões distintas de prisão domiciliar, uma primeira, como espécie de prisão preventiva, no código de processo penal, em seus artigos 317 e 318, e a segunda prevista na Lei n. 7.210/84, como forma de cumprimento de pena no regime aberto, em seu art. 117.

Por consequência lógica da diferença de natureza dos institutos, a prisão domiciliar prevista no código de processo penal é concedida em casos mais específicos, com requisitos mais rígidos, enquanto a prisão domiciliar prevista na lei de execução penal, pelo apenado já estar no regime mais brando de cumprimento de pena, traz requisitos mais elásticos, por acreditar que este possui o senso de responsabilidade e autodisciplina, para estar naquele regime, e, igualmente, por estar próximo ao integral cumprimento da pena estar-se-á ressocializado.

As causas que ensejam à concessão de prisão domiciliar no regime aberto, segunda a lei de execuções penais, estão taxativamente previstas no art. 117<sup>26</sup>:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:  
I - condenado maior de 70 (setenta) anos;  
II - condenado acometido de doença grave;  
III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;  
IV - condenada gestante.

Em estrita observância a redação do artigo, inexistente qualquer previsão de concessão de prisão domiciliar em caso de inexistência de casa de albergado na localidade, ou inexistência de vaga.

Entretanto, os Tribunais entendendo que o apenado não pode suportar a ineficiência do Estado em manter o estabelecimento adequado ao cumprimento da pena em regime aberto, passaram a conceder a prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico.

---

<sup>26</sup> BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.



### 3. DECISÕES DESTACADAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A fim de analisar a concessão da prisão domiciliar ao cumprimento da pena em regime aberto, apontar-se-ão julgados sobre a temática.

Em decisão, o STF, no RE n. 641320/RS, de Relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, reconheceu a repercussão geral em tema n. 423, sobre o cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado<sup>27</sup>, recurso extraordinário pendente de julgamento pelo plenário do Tribunal, com pedido de vista dos autos pelo Ministro Teori Zavascki<sup>28</sup>.

Em decisões fracionárias, constata-se que a Suprema Corte posiciona-se no sentido de que “Incumbe ao Estado aparelhar-se visando à observância das decisões judiciais, descabendo inviabilizar o cumprimento da pena no regime menos gravoso a que tem jus o reeducando, o réu, ante a falência do sistema penitenciário”<sup>29</sup>, pois posicionamento diverso importaria na violação do art. 1, III e art. 5, XLVI e LXV, todos da CRFB/88. Por consequência, “Inexistindo lugar para o pernoite em casa do albergado, implementa-se a denominada prisão domiciliar”<sup>30</sup>.

O STJ tem entendido que a concessão da prisão domiciliar para cumprimento do regime aberto deve se dar tão somente aos casos em que fique comprovada a inexistência de vaga para cumprimento da pena em estabelecimento adequado, conforme se constata da

---

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REPERCUSSÃO GERAL NO RE 641320/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626538>. Acesso em: 12 abr. 2016.

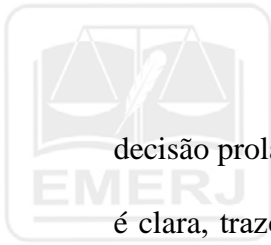
<sup>28</sup> Conforme andamento processual, disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4076171&numeroProcesso=641320&classeProcesso=RE&numeroTema=423> >. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 113718/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7695157>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>30</sup> Ibid.



decisão prolatada AgRg no HC 261.998/RS<sup>31</sup>, da sexta turma, julgado em 14/05/2013, a qual é clara, trazendo entendimento de que “a inércia do Estado em disponibilizar vagas ou até mesmo estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime aberto autoriza, ainda que em caráter excepcional, o cumprimento da reprimenda em prisão domiciliar”.

A quinta turma do STJ, com atribuição para julgamento de matérias criminais, com a sexta turma desse Tribunal, decidiu em igual sentido, de que cabe a concessão de prisão domiciliar para cumprimento de pena em regime aberto quando inexistir vagas.

Julgado interessante afeto a quinta turma do STJ que merece ser destacado, é em hipótese que o apenado requereu a concessão da prisão domiciliar em razão do estabelecimento apresentar instalações precárias, entendendo a turma, no HC 89.116/RS, que “Fora das hipóteses do art. 117 da LEP, somente se admite a prisão domiciliar se inexistir estabelecimento adequado, obrigando o apenado a permanecer em regime mais gravoso”<sup>32</sup>.

A construção jurisprudencial para a concessão de prisão domiciliar, além de despertar críticas por ausência de previsão legal, nos casos de inexistência de vagas em casa de albergado, ocasiona discussões quanto à violação ou não do princípio da isonomia, pois o apenado que progride em momento que há vaga, tem que se recolher à casa do albergado no período noturno e nas folgas, já aquele que progride em momento que inexistente vaga, é

---

<sup>31</sup> [...] Esta Corte tem entendido que a inércia do Estado em disponibilizar vagas ou até mesmo estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime aberto autoriza, ainda que em caráter excepcional, o cumprimento da reprimenda em prisão domiciliar. [...]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 261.998/RS. Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202701662&dt\\_publicacao=24/05/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202701662&dt_publicacao=24/05/2013)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>32</sup> [...] 1. Se o apenado em regime aberto encontra-se recolhido em estabelecimento penal compatível - albergue estadual destinado tão-somente aos presos em regime aberto e semi-aberto - a assertiva isolada de precariedade das instalações da casa prisional é insuficiente para a concessão da prisão domiciliar, que exige o reconhecimento de uma das hipóteses do art. 117 da LEP (condenado maior de 70 anos ou acometido de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou gestante). [...]

BRASIL. Habeas Corpus 89.116/RS, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200701966039&dt\\_publicacao=03/12/2007](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701966039&dt_publicacao=03/12/2007)>. Acesso em: 17 mar. 2016.



beneficiado com a concessão da prisão domiciliar, devendo igualmente se recolher à noite e às folgas, contudo, no seu lar, o qual, provavelmente terá condições mais cômodas e confortáveis de que a casa de albergado.

Os Tribunais não foram instados a se manifestarem sobre possível violação conforme destacado, apenas se faz a observação em nível acadêmico, visando amadurecimento em face da posição adotada pela jurisprudência.

No que se refere ao entendimento sobre a prisão albergue domiciliar, no TJRJ, destaca-se que as câmaras com atribuição para julgamento em matérias criminais, possuem posicionamento favorável quando devidamente demonstrada à inexistência de vagas, dado que o Estado do Rio de Janeiro possui casas de albergado.

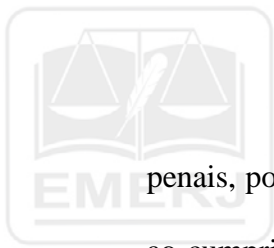
Porém, conforme já observado quanto uma possível violação do princípio da isonomia, pois o apenado que progride em momento que há vaga, tem que se recolher à casa do albergado e aquele que progride em momento que inexistente vaga, é beneficiado com a concessão da prisão domiciliar, tal situação tem gerado decisões na Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro com a concessão automática da prisão albergue domiciliar, sem avaliação sobre a existência de vagas.

A título ilustrativo, destaca-se agravo de execução penal julgado pela 1ª câmara criminal do Tribunal, entendendo que “muito embora exista vaga na casa de albergado, a decisão do Juízo Executório se mostra em consonância com os princípios que regem a execução penal”<sup>33</sup>.

Em contrapartida, destaca-se voto do vogal vencedor Desembargador Carlos Eduardo Roboredo, o qual entende que a jurisprudência admita a flexibilização do cumprimento de pena em regime aberto quanto aos requisitos do art. 117 da lei de execuções

---

<sup>33</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n. 0042808-30.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Antônio Jayme Boente. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CB95CEDBA33278B5B0AA6B7A0C424D4EC5034F523C1A&USER=>. Acesso em: 13 abr. 2016.



penais, porém, tão somente, nos casos que inexistas vagas nos estabelecimentos adequados ao cumprimento, sendo desnecessário que haja casa de albergado na comarca que reside o apenado.<sup>34</sup>

No julgamento em questão, restou vencido o Desembargador Paulo Rangel, o qual defende que a prisão albergue domiciliar se traduz em meio termo para regular execução penal, propiciando maior acompanhamento do apenado por intermédio do monitoramento eletrônico, evitando o desajuste entre a aplicação do regime aberto e as disposições trazidas no art. 5, LXVIII, da CRFB/88, bem como, melhor viabiliza a “reintegração social através da progressão, harmonizando-se a exigência legal com a realidade social do país”<sup>35</sup>.

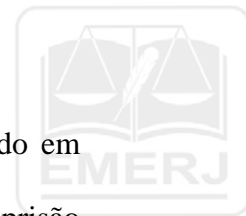
Portanto, embora pareça, de imediato, uma solução adequada a concessão de prisão albergue domiciliar a apenado que cumpra pena em regime aberto e inexista vaga em casa de albergado, inegável que a temática traz consequências práticas e levanta novas discussões sobre a finalidade da pena e da execução penal.

Merece destaque voto da Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, ao dispor que o Estado do Rio de Janeiro tem casas de albergado e “a excepcionalidade e a provisoriedade de uma decisão que autoriza a prisão domiciliar é decorrente do próprio fundamento de existência, que é a falta de vagas em estabelecimento correlato”<sup>36</sup>. Conclui aduzindo que o

<sup>34</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal nº: 0059928-86.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Rangel. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E72085AE8EF4C85722FF120E42280C29C5034E303D08&USER=>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>35</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal nº: 0059928-86.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Rangel. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E72085AE8EF4C85722FF120E42280C29C5034E303D08&USER=>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>36</sup> [...] COM RAZÃO O MP: Trata-se de apenado condenado a 04 anos e 08 meses de reclusão pela prática do crime de roubo circunstanciado, estando o término de sua pena previsto para 13/04/2017. Alega, em síntese, que o Juiz da VEP concedeu, de forma automática, o benefício na modalidade de PAD, sem observância do preceito legal. Que a excepcionalidade e a provisoriedade de uma decisão que autoriza a prisão domiciliar é decorrente do próprio fundamento de existência, que é a falta de vagas em estabelecimento correlato. Da análise dos autos, conclui-se que o agravado não se enquadra em qualquer das hipóteses mencionadas na legislação em comento, não havendo razão para concessão de prisão domiciliar, espécie de prisão excepcional e destinada apenas para os condenados que se inserem nas situações dos incisos do art. 117, cujo rol é taxativo. Ademais, restou comprovado a existência de unidades prisionais de regime aberto neste Estado, bem como a existência de vagas nas referidas unidades. Note-se ainda, que o art. 114 da LEP faz elencar as regras de



rol do art. 117 da lei de execuções penais é taxativo, não se enquadrando o apenado em qualquer das hipóteses mencionadas na legislação, não há razão para concessão de prisão domiciliar, espécie de prisão excepcional.

Portanto, resta evidente, por meio das decisões destacadas acima, tanto em sede dos Tribunais Superiores, como no Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, que a prisão albergue domiciliar é concedida, de forma majoritária, nos casos em que resta provada a inexistência de vagas na casa de albergado, não devendo o apenado cumprir pena em regime mais severo por carência estrutural do Estado, ao passo que se admite, portanto, a flexibilização do rol do art. 117 da lei de execuções penais, que se ocupa das hipóteses que ensejam o deferimento de prisão domiciliar.

Inegável, conquanto, que a flexibilização da jurisprudência gera por vezes tratamentos não isonômicos, na situação em que o apenado progride ao regime aberto e há vagas na casa de albergado, devendo, nos termos das decisões destacadas, cumprir sua pena em tal local, este, conforme o código penal, o estabelecimento adequado, visando a polifuncionalidade da pena.

## CONCLUSÃO

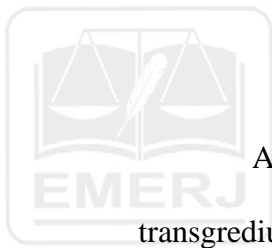
O Direito Penal é mais um instrumento, ao lado dos outros ramos do Direito, de controle social de comportamentos desviados, visando assegurar a necessária disciplina social, bem como a convivência harmônica dos membros da coletividade.

---

autorização com a finalidade de se permitir o acesso do condenado, que cumpre pena privativa em regime semiaberto em regime menos gravoso. [...]

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n. 0001030-80.2014.8.19.0000 . Relatoria: Des. Gizelda Letão Teixeira. Disponível em: <

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FF738C6AF76780BE4D862A7440AEFEDFC5030A324F53> >. Acesso em: 13 abr. 2016.



A pena, sob o ponto de vista da teoria eclética, serve como retribuição àquele que transgrediu a norma penal, aliada a prevenção de novos delitos, a reincidência, e o caráter ressocializador.

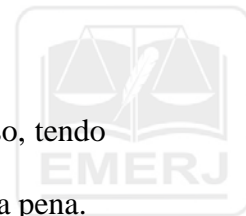
Por sua vez, o cumprimento das penas privativas no Brasil obedece aos ditames do Decreto-Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, o qual visa efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a integração social do condenado. Para tanto, tal disposição normativa traz o sistema progressivo de cumprimento da pena, por meio dos regimes fechado, semiaberto e aberto.

Em especial, o regime aberto, deve ser cumprido em casa de albergado, que consiste em um prédio em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos penitenciários, e caracteriza-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Para tanto, segundo o art. 94 do Decreto-Lei n. 7.210, em cada região haverá, pelo menos, uma casa do albergado.

Contudo, constatou-se que diante da ineficiência estatal para manutenção e fomentação do sistema penitenciário brasileiro, aliada a elevada população carcerária brasileira, àquele que cumpre pena em regime aberto, por vezes, acaba cumprindo sua pena em regime mais gravoso, diante da ausência de casa do albergado ou ausência de vagas nessas casas.

Nesses termos, há um grande problema em conjugar os direitos dos presos, os deveres estatais e a disposição legal. A questão chegou ao poder judiciário, o qual foi instado a resolver a problemática do cumprimento de pena no regime aberto diante da indisponibilidade de estabelecimento prisional adequado.

Para tanto, buscou encontrar um meio termo, de forma a não submeter o apenado à situação mais gravosa, e concomitantemente, apurar uma forma de cumprimento que atenda



os fins buscados pela pena, destacando-se, principalmente, a ressocialização do preso, tendo em vista que o regime aberto se perfaz muito próximo ao término do cumprimento da pena.

Diante deste cenário, a solução encontrada foi a chamada prisão albergue domiciliar, a qual não encontra guarida legal, conquanto, é largamente reconhecida pelos Tribunais Superiores, em específico caso, provado a inexistência de vagas no estabelecimento adequado.

Conclui-se, por fim, que a prisão albergue domiciliar é uma realidade, podendo-se ousar em dizer que é uma nova modalidade de cumprimento de pena, já que o Estado, dentro das escolhas trágicas que o administrador estatal precisa fazer para priorizar certas políticas públicas, o sistema carcerário brasileiro carece de investimentos, portanto, a fim de que o apenado não seja penalizado em cumprir pena em regime mais severo, a única solução encontrada, a qual deveria ser momentânea, mas se consolida quase que como regra na jurisprudência, é a concessão de prisão domiciliar, pela inegável deficiência estatal na manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento de pena no regime aberto.

O poder judiciário inovou ocupando a função do legislador, com um novo regime, por ser o último poder em que deságuam as deficiências estatais em políticas públicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral 1. 19. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Mensagem n. 310, de 15 de junho de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 604, HC 97256/RS, Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo604.htm#transcricao1>>. Acesso em: 12 abr. 2016.





\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. EP 2 TrabExt-AgR / DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087412>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no RE 641320/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626538>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 113718/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7695157>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 261.998/RS. Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202701662&dt\\_publicacao=24/05/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202701662&dt_publicacao=24/05/2013)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 89.116/RS, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200701966039&dt\\_publicacao=03/12/2007](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701966039&dt_publicacao=03/12/2007)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n. 0042808-30.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Antônio Jayme Boente. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CB95CEDBA33278B5B0AA6B7A0C424D4EC5034F523C1A&USER=>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n°: 0059928-86.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Rangel. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E72085AE8EF4C85722FF120E42280C29C5034E303D08&USER=>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n°: 0059928-86.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Rangel. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E72085AE8EF4C85722FF120E42280C29C5034E303D08&USER=>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n. 0001030-80.2014.8.19.0000. Relatoria: Des. Gizelda Letão Teixeira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FF738C6AF76780BE4D862A7440AEFEDFC5030A324F53>>. Acesso em: 13 abr. 2016.





CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Junior, Fernando. *Prisão-albergue domiciliar. Discrepância da realidade social com a positivação penal. Dissonância jurisprudencial*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/342/r137-15.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

LYRA, Roberto. *Expressão mais simples do direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953.



## A MASSIFICAÇÃO DAS DEMANDAS CONSUMERISTAS E OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: UMA ANÁLISE PRÁTICA DA “LOTERIZAÇÃO” DA JUSTIÇA.

Gabriela Riente Lima Mendes

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.  
Juíza Leiga no XXIII Juizado Especial Cível do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A Lei 9099/95 junto ao Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de facilitar o acesso ao Poder Judiciário, acabaram por aumentar o número de demandas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis a patamares muito acima do esperado. Com o passar do tempo, alguns institutos foram sendo banalizados e boa parte das ações do rito sumaríssimo se revelaram uma busca por indenizações descabidas. Cada vez mais se percebe que a ausência de custas para ingresso e o baixo número de condenações em litigância de má-fé, incentivaram a “loterização” da Justiça. A essência do trabalho é abordar o cotidiano de um Juizado Especial Cível e verificar quais os principais problemas trazidos pelo quadro apresentado.

**Palavras-chaves:** Direito do Consumidor. Juizados Especiais Cíveis. Facilitação X Banalização do acesso à Justiça. As audiências de conciliação. A “loterização” do judiciário.

**Sumário:** Introdução. 1. Contexto histórico da criação do Direito do Consumidor e a Lei 9.099/95. 2. A massificação das demandas e o sistema de conciliação. 3. A barganha dos acordos judiciais e a “loterização” da Justiça. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a atual massificação das demandas consumeristas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e a banalização das questões levadas ao Judiciário. Procura-se demonstrar que os benefícios do consumidor em juízo, como a ausência de custas e a inversão do ônus da prova, acabaram gerando também um efeito negativo, pois ao invés de acelerar a resolução de conflitos tem-se, em verdade, um quadro caótico de ações aventureiras.

Para tanto, serão abordados casos concretos julgados por Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro, demonstrando a visão do consumidor, do advogado e do julgador de modo a analisar até que ponto se tem uma concreta hipossuficiência, que faz jus ao benefícios legais e a partir de que momento uma demanda se torna uma tentativa de enriquecimento sem causa.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando a grande facilidade no ajuizamento de uma demanda em JEC, até seu resultado, desde o momento em que se distribui uma peça e já se sabe, na hora, a data da audiência, até a possibilidade de demandar sem advogado e a ausência de custas, características, estas, do procedimento sumariíssimo que, por vezes, geram um pensamento que “se não der certo, não haverá prejuízo”.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo que o tema merece atenção, uma vez que muitos consumidores são, de fato, lesados em sua relações de consumo e merecem todo amparo do CDC e da Lei 9099/95, porém, o dia a dia de um Juizado Especial Cível, demonstra que, por vezes, as audiências são um verdadeiro leilão em que não se discute direito mas sim valores para se fechar o negócio, aliás, o acordo.

O terceiro capítulo destina-se a examinar casos concretos recentes, com o objetivo comprovar a banalização das demandas e a loterização das audiências de conciliação.



O quarto capítulo pesquisa a possibilidade de mudança nesse contexto, de forma a privilegiar aqueles consumidores, realmente, lesados e de coibir, senão punir, aqueles cuja único objetivo é o enriquecimento sem causa.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, exploratória e qualitativa.

## **1. CONTEXTO HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR E A LEI 9099/95.**

Vive-se, atualmente, a era do litígio, o tempo de encerrar qualquer assunto ameaçando processar e, nesse meio tão cheio de conflitos, vive-se também a era da conciliação: a busca desenfreada e, às vezes, aventureira, da instauração de um processo e o esforço para que ele acabe antes do julgamento.

Nesse contexto, os Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro, em 2013 já eram responsáveis por 53% de toda a demanda de ações no Judiciário fluminense, que está em torno de 9 milhões<sup>1</sup>. Os valores também são altos no que se refere aos custos com as ações dos juizados especiais. O custo direto dos juizados para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro gira em torno de R\$ 197 milhões, e o indireto, no que diz respeito à logística, malote, mensageria, energia elétrica e demais despesas desde a distribuição do processo até o seu julgamento, ficou em R\$ 273 milhões.

No quadro atual, a conciliação encurta a duração do processo e impede que mais demandas cheguem às Turmas Recursais.

Em tentativas nem sempre tão eficientes, são promovidos mecanismos em busca da conciliação entre as partes e diminuição do acervo processual. Um exemplo desses mecanismos são os mutirões de conciliação que são pautas de 30 a 70 audiências, marcadas de 5 em 5 minutos, promovidas com os maiores litigantes do TJ/RJ, entre eles os líderes em

---

<sup>1</sup> *MaisAcionadas*. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br>>. Acesso em 12 out.2015.



número de demandas são: Telemar, com 7.681 processos, Claro, com 4.690 processos e Banco Itaú, com 2.446 processos.<sup>2</sup>

Tanto esses “pautões” de audiência que já fazem parte da rotina de um juizado do Fórum central, quanto um dia de pauta normal, que não é muito diferente de um mutirão, revelam que os Juizados Especiais Cíveis e as demandas consumeristas estão gerando um número cada vez maior de ações com único objeto de enriquecimento sem causa.

Surgem novas figuras que, aos poucos, se incorporam e se banalizam nas salas de audiências dos JEC, como os “autores profissionais”. Pessoas que, na maioria das vezes, ajuizaram uma demanda fundada em real motivo e, de forma rápida e sem pagamento de custas, obtiveram sucesso, gerando a lamentável ideia de demandar sempre que possível na busca de uma indenização.

A simples visita a um dia de audiência num juizado especial cível demonstra que os réus, principalmente os bancos e as operadoras de telefonia, não possuem, na maioria das vezes, um setor jurídico ou um conjunto de escritórios de advocacia prestadores de serviços, capaz de dar conta, de forma eficiente, de todas as demandas ajuizadas. As chamadas contestações “genéricas”, que falam de forma ampla sobre os prováveis pedidos – danos morais e repetição do indébito - são o mecanismo criados por esses litigantes para dar conta das demandas e evitar a revelia.

Na observância dessa deficiência por parte dos réus, consumidores se valem do instituto da inversão do ônus da prova, quase um mantra dos autores, e da esperança de se depararem com contestações genéricas e ajuízam demandas com todo tipo de artimanha que possa gerar uma sentença favorável, ainda que com uma indenização baixa.

Não raro são as ações contra operadoras de telefonia, na alegação de serviço inoperante, que trazem números de protocolos inexistentes e, dão o “azar” de encontrarem

---

<sup>2</sup> *MaisAcionadas*. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br>>. Acesso em 12 out.2015.



defesas bem instruídas, com faturas detalhadas demonstrando consumo alto e ininterrupto do serviço.

Frequentemente, encontra-se advogados orientando autores, que acabaram de conhecer, antes de entrar na audiência, a alegar que procuraram resolver o problema várias vezes administrativamente, quando às vezes, o problema sequer existiu.

Chegou-se ao ponto em que uma tentativa de acordo se limita a discutir valores. “Qual seu teto doutor?” Por vezes um questionamento jurídico soa até ofensivo.

Há relato de uma audiência em que o autor demandava contra uma operadora de telefonia por ter sido cobrado em uma multa no valor de R\$ 60,00 por quebra de fidelidade, pois havia pedido a portabilidade para outra operadora. Numa tentativa de acordo o preposto da operadora ofereceu a devolução do valor da multa e mais R\$ 500. Rapidamente a advogada do autor perguntou: só isso de danos morais? E o preposto questionou: doutora, qual o sofrimento que o autor passou com a cobrança indevida de R\$ 60,00? A advogada, já muito irritada, retrucou: doutor, qual sua implicância comigo? Eu só estou perguntando o máximo que o senhor pode pagar!

Não se pode mais questionar o motivo de um pedido de dano moral, esse é visto como intrínseco a qualquer ação e representa apenas valores: o máximo que o advogado pode conseguir, de forma fácil, para seu cliente.

Além disso, sempre presentes nas audiências estão as frases, quase prontas: “e tudo que eu sofri por causa da minha internet?”, “eu não quero dinheiro, só quero punir a empresa, por isso acho mil reais muito pouco”.

Outro fato que vale a pena mencionar foi a de uma audiência com um casal, ambos advogados que relataram o seguinte problema: costumavam frequentar uma lanchonete no Centro do Rio e sempre pediam um omelete acompanhado de salada. O prato de salada sempre vinha acompanhado de sachês de azeite. Certo dia, o casal resolveu variar e optou por um sanduíche de pão francês. Para a surpresa de ambos, o pão foi servido sem o

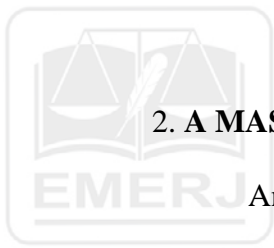
acompanhamento dos sachês de azeite. O casal, rapidamente, questionou o garçom sobre o motivo de tamanho absurdo e o funcionário, prontamente, lhes respondeu que somente pratos com salada vinham acompanhados de sachês de azeite. E essa “terrível” história foi o suficiente para ajuizarem uma demanda no juizado.

Esses foram apenas dois exemplos de centenas, senão milhares de demandas que abarrotam a rotina de um Juizado Especial Cível, sem mencionar a costumeira prática de, ajuizar uma demanda, parcial ou totalmente inverídica e aguardar o desempenho do réu até a audiência. Se, por “sorte”, a defesa for genérica e sem documentos, prossegue-se com ação até a sentença, buscando os tão desejados danos morais, mas, se o réu, traz documentos, contestação bem instruída e pede depoimento pessoal o advogado do autor, sem querer arriscar uma improcedência, pede a desistência, com a desculpa que esqueceu de juntar documentos que o autor tem guardado em casa, numa gaveta. Infelizmente, há “autores profissionais” com cerca de 180 processos em trâmite, somente em sede de Juizado Especial.

Forçoso concluir que os mecanismos criados em prol dos consumidores, com intenção de demandas mais rápidas e menos custosas, de forma a possibilitar uma solução célere e eficaz dos conflitos regidos pelo CDC, criaram um pequeno monstro, em crescimento, para o qual ainda não foi criada solução: o crescimento, assustadoramente desenfreado, de demandas aventureiras.

Certo é que essa quantidade crescente de processos tem tornado a rotina de um juizado, por vezes, insustentável, além de refletir na diminuição do *quantum indenizatório*, reflexo da banalização do acesso à Justiça.

Haveria alguma solução para o quadro apresentado?



## 2. A MASSIFICAÇÃO DAS DEMANDAS E O SISTEMA DE CONCILIAÇÃO.

Antes de pensar em como inibir esse tipo de ação, deve-se pensar em práticas que melhorariam, e muito, a qualidade do julgamento dos processos no Juizado Especial.

Como dito anteriormente, o “mantra” autoral da inversão do ônus da prova deve passar a ser usado com bom senso. Ou seja, deve ser produzido um mínimo de lastro probatório. Autores que por vezes têm razão perdem causas por questões meramente processuais como a falta de comprovação: não juntam faturas completas, não trazem comprovante de pagamento, não especificam com objetividade as datas e valores, se preocupando muito em relatar o “desespero” e a “humilhação” sofrida e pouco com os dados que realmente serão decisivos em uma sentença, e alegam sempre “o réu que comprove”.

Mas não é assim. O instituto da inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do CDC)<sup>3</sup> surgiu como forma de proteger o consumidor, tecnicamente hipossuficiente, de produzir provas difíceis ou impossíveis ao seu alcance. Nesse sentido traz-se à colação os ensinamentos de Ovídio A. Baptista da Silva<sup>4</sup>:

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra prova não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz.

Assim, o ônus probante constitui uma necessidade de provar, é a conduta que se espera da parte incumbida de provar, evitando assim, o risco de perder a causa.

No que tange às relações de consumo, a hipossuficiência não trata simplesmente do cunho econômico, mas sim, quanto ao conhecimento de normas técnicas e à informação. A hipossuficiência remete à ideia de vulnerabilidade, no âmbito de direito material, uma vez ser a vulnerabilidade um traço universal de todos os consumidores, independentemente de sua situação financeira, educadores ou ignorantes, bem como crédulos ou espertos. No

<sup>3</sup> BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>> . Acesso em: 14 set. 2015.

<sup>4</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 6. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 335.



entanto, a vulnerabilidade técnica não torna o consumidor um “incapaz” processual a ponto de querer alcançar seu direito baseado somente em alegações ou em provas deficientes, quando na maioria das vezes, uma produção probatória mais robusta, estava ao seu alcance.

Em tal contexto, forçoso reconhecer que a inversão do ônus da prova não constitui princípio absoluto. É relativo, ficando a critério de o dirigente processual decidir de conformidade com o caso concreto e não aplicá-lo aleatoriamente, sendo necessário o preenchimento dos requisitos indispensáveis para a efetivação de tal instrumento.

Mas, a depender da qualidade da instrução do processo, por vezes o consumidor não entende o motivo da improcedência da sentença o que, em regra, resulta em uma única e clichê explicação: “a Justiça desse país não presta!”, “o Judiciário brasileiro favorece as grandes empresas!”, “o juiz não sabe nada, não leu o processo!”.

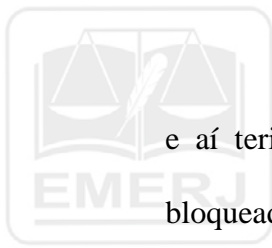
Por que o Judiciário iria favorecer uma grande empresa? Evidente que há casos e casos de no país, mas por vezes o autor senta em uma mesa de audiência e já profere “mas quem sou eu para brigar com um gigante como a empresa X? Não tenho chances!”. Tal pensamento além de extremamente ofensivo àquele que se encontra na posição de julgador naquele momento, reflete uma mentalidade que deveria ser mudada, pois não há qualquer sentido em crer que o juiz tenha prazer ou se sinta na obrigação de privilegiar as partes detentoras de maior poderio econômico.

Mas, em qualquer caso, se não der certo, o mais fácil é culpar o juiz.

Cabe ainda mencionar outras questões que “assombram” o dia a dia das audiências de um JEC. Ao litigar com os grandes bancos, grandes operadoras de telefonia, muito comum é a frase “Mil reais? Isso é um absurdo! Mil reais nada é nada para a empresa X!”. De fato, mil, dois mil, dez mil, pode ser uma quantia irrisória a depender do litigante, mas para que se chegue a um patamar de punição efetiva dos maiores litigantes do TJ<sup>5</sup>, as condenações teriam que começar a alcançar patamares acima do teto de um juizado especial

---

<sup>5</sup> *MaisAcionadas*. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br>>. Acesso em 12 out.2015.



e aí teria-se uma loteria judicial, em que ter sua linha suspensa, seu cartão do banco bloqueado ou o produto comprado não entregue seria um prêmio pelo qual passaria-se a almejar.

Assim, o que parece incompreensível para muitos é que o enriquecimento sem causa não é o caminho. A condenação em 20, 30, 40 mil reais por um produto que veio com defeito, por exemplo, não é o resultado justo.

No entanto, conjugar o caráter punitivo das indenizações com a vedação ao enriquecimento sem causa é uma tarefa complicada e ainda não resolvida. Como punir as empresas que desrespeitam o consumidor de forma a melhorar a qualidade do serviço e do atendimento sem “loterizar” o Judiciário? Manter as indenizações em mil ou dois mil reais, de fato, não é o caminho, mas premiar o consumidor também não.

Uma ideia a ser pensada é a aplicação de multas às maiores litigantes do TJ em altos valores, revertendo-se o valor da multa à algum fundo com finalidade social relevante, como obras de caridade, orfanatos, auxílio de pessoas idosas, dentre outros tantos setores necessitados. Mas isso, sem prejuízo da indenização do consumidor. Assim, o consumidor estaria ressarcido, a empresa punida e não haveria se falar em enriquecimento sem causa.

Deveria ser montada uma estrutura de forma que, na própria sentença, o juiz pudesse condenar o réu a indenizar o consumidor e aplicar, a depender do caso e dos critérios previamente estabelecidos, uma multa a ser revertida para esse fundo, administrado pela próprio TJ.

A ideia é de que a condenação em multa, além de atingir a finalidade punitiva tão buscada pelos consumidores, por vezes, poderia ser revertida para a própria melhoria do serviço. Por exemplo, como se sabe, em determinadas áreas as operadoras de telefonia atuam de forma precária, assim, a quantia em que eventualmente fossem essas empresas multadas poderia ser aplicada (de forma determinada judicialmente) na melhoria da prestação de serviços em lugares comprovadamente necessitados.

### 3. A BARGANHA DOS ACORDOS JUDICIAIS E A “LOTERIZAÇÃO” DA JUSTIÇA.

Após um breve relato sobre alguns dos problemas cotidianos que rondam o cotidiano dos juizados, retoma-se a discussão sobre a questão dos autores profissionais.

Como inibir o ajuizamento desse tipo de demanda e da prática dos “autores profissionais” sem prejudicar àqueles que realmente buscam a tutela de um direito legítimo de forma célere? A imposição do pagamento de custas para dar entrada ao processo, provavelmente, inibiria muitas demandas mas também acabaria por sancionar àqueles que, ainda em grande parte, perseguem a justiça em seu ideal propriamente dito.

Descartada a ideia de aplicação de custas, passa-se a refletir sobre um instituto já existente mas pouco aplicado: a condenação em litigância de má-fé.

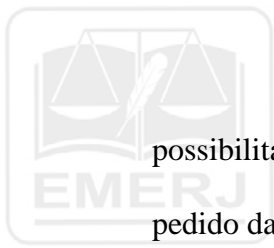
A palavra litigância não desperta maiores questionamentos. O termo tem origem do vocábulo latino *litigare*, que significa questionar, demandar, contender, rivalizar, discutir em juízo. Já a expressão má-fé é caregada de subjetivismo e sua acepção comporta o questionamento de valores. “Má-fé” deriva do baixo latim *malefatus*, sendo empregada no meio jurídico para exprimir o conhecimento de um vício.”

A ideia comum de conduta de má-fé supõe um elemento subjetivo, a intenção malévola. Mas certo é que esse instituto é muito pouco aplicado, principalmente nos juizados especiais cíveis e, por isso, causa pouco temor nos demandantes.

Nesse sentido, cabe mencionar a recente decisão do STJ (REsp n. 1.133.262/ES)<sup>6</sup>, entendendo não ser necessária a comprovação do dano à parte contrária para aplicação da condenação de até 20% por litigância de má-fé, sedimentando assim a tese quanto à necessidade de comprovação do prejuízo causado pelo dano processual de forma a

---

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1133262/ES. Relator Ministro. Sidnei Beneti. Disponível em : <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 mar. 2016.



possibilitar que o próprio juiz possa decretar a litigância de má-fé ex officio, ou seja, sem pedido da parte.

No Novo Código de Processo Civil de 2015 o instituto da litigância de má fé está disciplinados nos arts. 79 a 81, sendo a hipótese do art. 80 inciso II a de, com certeza, maior aplicação em sede de Juizado Especial:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:  
(...)  
II - alterar a verdade dos fatos<sup>7</sup>;

Além de acreditar que um aumento nas condenações em litigância de má-fé irá inibir a atuação dos autores profissionais, ainda mais após o entendimento do STJ pela desnecessidade de comprovação de prejuízo da outra parte, há ainda outros caminhos a serem analisados.

Como já mencionado nesse artigo, existem casos de autores com mais de cem demandas em trâmite somente em Juizado Especial. Não há controvérsias que, por mais que os serviços prestados aos consumidores seja deficiente, é impossível ter mais de cem demandas baseadas em direito legítimo.

Assim, no caso de autores pessoas físicas, que não atuem como micro empreendedores ou em outras atividades que possam ensejar maior números de ações judiciais, seria legítima a limitação do números de ajuizamento de demandas?

Ainda que o direito de petição seja constitucionalmente garantido no art.5º inciso XXXIV da CRFB de 1988<sup>8</sup>, como todo direito, deve ser exercido com boa -fé e pautado na razoabilidade, sendo que o ajuizamento exagerado de ações, além de assoberbar o Poder Judiciário e implicar em gasto de dinheiro público, caracteriza verdadeiro abuso de poder.

---

<sup>7</sup>BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>> . Acesso em: 14 set. 2015.

<sup>8</sup>BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>> . Acesso em: 14 set. 2015.

Logo, da mesma forma que o problema da falta de eficácia punitiva das indenizações, os litigantes contumazes representam outro problema que faz parte do cotidiano de um Juizado Especial que deve ser repensado, principalmente em favor daqueles autores que demandam por direitos legítimos e encontram pautas atravancadas e audiências marcadas com meses de distância em razão de um acúmulo de demandas que, em boa parte, não perseguem justiça mas sim enriquecimento ilícito.

Assim, uma limitação de número de demandas em trâmite para uma pessoa física, na condição de parte autora, nos Juizados Especiais do mesmo Estado, seria uma forma de otimizar o funcionamento tanto dos cartórios, como a realização das audiências e sentenças. Quanto ao número de limitação, acredita-se que o máximo de dez ações em andamento, excluindo-se as já arquivadas, seria mais que suficiente para suprir as necessidades de um homem médio em sede de Juizado Especial.

Não se pode deixar de analisar ainda o subjetivismo da cabimento da compensação por danos morais, eis que o entendimento disseminado de que qualquer mero aborrecimento gera direito à indenização extrapatrimonial é um dos grandes fatores a incentivar a litigância contumaz.

Dano moral é algo que atinge o psicológico do indivíduo, que afeta sua paz interior, sua honra, causando-lhe sentimento de angústia, de aflição, abalos psicológicos, capaz de interferir na relação desse indivíduo, que teve sua personalidade lesionada, com as demais pessoas, de forma negativa.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho explica que:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos



mais triviais aborrecimentos. Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa.<sup>9</sup>

É nítida a distorção do instituto do dano moral. Um exemplo de demanda que se tornou corriqueira no TJ/RJ é a que versa sobre pedido de compensação por danos morais em razão da espera em fila de banco depois que foi promulgada a Lei Estadual 4.223/03<sup>10</sup>. Embora tenha sido determinado em seu art.1º que o tempo de espera em fila de banco não poderá ultrapassar o máximo de 20 minutos, em dias normais, e de 30 minutos, em véspera e depois de feriados, tal fato, por si só, não gera presunção de lesão à direito da personalidade do indivíduo.

O descumprimento da referida Lei pela instituição bancária é apta a gerar outra forma de sanção, aplicável à própria instituição mas, ao contrário do que se tem alegado reiteradamente, a simples espera na fila bancária em tempo superior a 20 ou 30 minutos, dependendo do dia, não gera dano moral *in re ipsa*, ou seja, sem necessidade de comprovação de que tal situação tenha provocado for ou desconforto acima do razoável à pessoa.

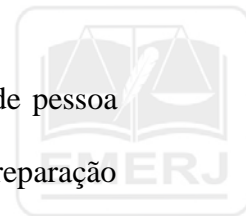
Nesse sentido, encontra-se a jurisprudência no TJ/RJ:

0345175-82.2013.8.19.0001 - APELACAO -1ª Ementa DES. MONICA FELDMAN DE MATTOS - Julgamento: 11/06/2015 - VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ESPERA DE 1 HORA E 20 MINUTOS EM FILA DE BANCO, COM VIOLAÇÃO À LEI ESTADUAL Nº 4.223/03, QUE DETERMINA QUE O TEMPO MÁXIMO DE ESPERA PARA ATENDIMENTO BANCÁRIO É DE 20 MINUTOS EM DIAS NORMAIS. DANO MORAL, CONTUDO, QUE NÃO SE AFIGURA IN RE IPSA, INEXISTINDO COMPROVAÇÃO DE ABALO SUFICIENTE A LESIONAR A HONRA DA AUTORA. SÚMULA Nº 75 DO TJRJ. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 83/84.

<sup>10</sup> BRASIL. Lei Estadual 4.223/03. Disponível em: . Acesso em: 07 mai. 2012. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br>> Acesso em 16 mar.2016.

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0345175-82.2013.8.19.0001. Relator Desembargadora. Monica Feldman de Mattos. Disponível em : Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em 16 mar.2016.



Evidente que, em determinadas situações, principalmente em se tratando de pessoa idosa ou com algum tipo de deficiência, a longa espera enseja direito à reparação extrapatrimonial pois apta a gerar danos à pessoa, mas desde que demonstrados de forma mínima o que, na maioria das vezes, não ocorre.

Neste contexto, mostra-se necessário a avaliação de cada caso em específico e a separação das situações de simples descontentamento contratual daquelas em que se evidencia um verdadeiro dano moral indenizável, principalmente avaliando-se o bem jurídico atingido e as peculiaridades de cada caso e de cada consumidor lesado.

O próprio STJ vem distinguindo esses pontos e tem-se como exemplo a decisão relatada pelo Ministro César Asfor Rocha, da Quarta Turma, no RESP 215666/RJ, que nos dita que: “O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige”.<sup>12</sup>

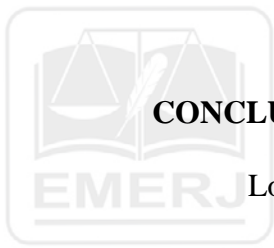
Evidente, portanto, que a banalização do dano moral é um assunto que incomoda a todas as esferas do direito.

Precisa-se de mais cuidados ao avaliar as demandas que envolvem o dano moral e essa mudança deve começar pela conscientização da população de que ao judiciário somente devem ser levadas questões realmente pertinentes.

O dano moral não deve ser mais encarado como fonte de renda, mas, sim, um modo de tentar amenizar os prejuízos morais que a vítima realmente sofreu. E essa conscientização não deve ser apenas das supostas vítimas, mas principalmente daqueles que trabalham com as leis, desde advogados aos magistrados sob pena de não haver mais trabalho humano que possa suprir o número de processos judiciais em tramitação, caindo a qualidade das decisões e aumentando o tempo de demora até o resultado final das demandas.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 215666/RJ. Relator Ministro César Asfor Rocha. Disponível em : <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mar. 2016.



## CONCLUSÃO



Logo, levando-se em consideração esses aspectos, conclui-se que o sistema de facilitação do acesso à Justiça criado pela Lei 9099/95, em sua aplicação conjugada com o Código de Defesa do Consumidor, tornou o Poder Judiciário mais atrativo, descomplicando seu acesso.

Por outro lado, em virtude dos fatos mencionados, verifica-se que o ajuizamento cada vez maior de ações no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, principalmente, daquelas demandas orientadas pelo pensamento de que não se tem nada a perder, já que não há pagamento de custas, e pode-se ter algo a ganhar, tem sobrecarregado o cotidiano das salas de audiência, tornando quase impossível manter a qualidade de apuração dos casos, prejudicando aqueles que possuem direitos legítimos pleiteados.

Assim, percebe-se a necessidade de conscientização das pessoas quanto ao verdadeiro objetivo das indenizações, principalmente por danos morais e também da criação de mecanismos tendentes a coibir a litigância contumaz, como a aplicação mais efetiva da condenação em litigância de má-fé, e punir as empresas recorrentes no desrespeito aos direitos consumeristas, com a aplicação de multas e criação de fundos que possam ser revertidos em obras sociais.

Dessa forma, mudanças, ainda que pequenas de início, poderiam melhorar a qualidade de atendimento nos Juizados Especiais, prestigiando o direito daqueles que possuem, de fato, problemas a serem resolvidos e, demonstrando à população, no geral, o verdadeiro sentido da lesão à direito da personalidade apta a gerar direito à compensação por dano moral.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>> . Acesso em: 14 set. 2015.

BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>> . Acesso em: 14 set. 2015.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>> . Acesso em: 14 set. 2015.

BRASIL. Lei Estadual 4.223/03, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br>> Acesso em 16 mar.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1133262/ES. Relator Ministro. SIDNEI BENETI. Disponível em : <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 215666/RJ. Relator Ministro César Asfor Rocha. Disponível em : <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0345175-82.2013.8.19.0001. Relator Desembargadora. MONICA FELDMAN DE MATTOS. Disponível em : Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em 16 mar.2016.

CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

*MaisAcionadas*. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br>>. Acesso em 12 out.2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013.

ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis*. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 6. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



## O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS NO CASO DE ABANDONO AFETIVO

Giuliana Carvalho dos Santos Serrão

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes.

**Resumo:** O objeto de estudo do presente Artigo é o direito fundamental à afetividade e o direito à indenização por danos morais diante da sua violação e do abandono afetivo, a sua aplicação na Jurisprudência dos Tribunais e os desafios advindos dessa aplicação com base no Direito de Família Constitucional. Tendo em vista a evolução da sociedade, as mudanças no ordenamento jurídico para a proteção da criança e do adolescente e a Constitucionalização do Direito de Família, será analisado o princípio da afetividade e sua consequência prática. O trabalho se baseia na pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para apresentar a realidade prática.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Princípio da Afetividade. Abandono Afetivo

**Sumário:** Introdução. 1. O princípio da afetividade no Direito de Família. 2. O princípio da afetividade na jurisprudência brasileira do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. 3. O princípio da afetividade e o abandono afetivo. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a possibilidade de indenização por danos morais no caso de abandono afetivo por qualquer dos pais. Isso porque o abandono afetivo de crianças e adolescentes causa abalos psíquicos nessa pessoa natural, a qual se encontra em formação. Importante ressaltar que o pagamento de pensão alimentícia não desincumbe os responsáveis de dar carinho, amor e atenção aos seus filhos.

A ciência do Direito busca criar regras para reger a sociedade objetivando a convivência harmônica. Assim, a Constituição Federal é norma fundamental a fim de nortear a sociedade.

Os Direitos Fundamentais se prestam a resguardar principalmente a dignidade da pessoa humana. Assim, os Direitos Fundamentais são direitos constitucionalizados inerentes a qualquer pessoa humana.

O princípio da afetividade assume papel importante na sociedade atual, uma vez que é reconhecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de forma implícita no artigo 226, e principalmente foi reconhecido no direito de família. A afetividade é considerada elemento essencial para a formação da família. O afeto é aquele sentimento que mantém a unidade familiar entre cônjuges/companheiros e entre pais e filhos.

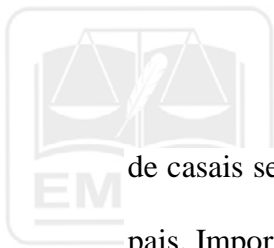
A família é a base de toda sociedade, pois é no seio familiar que a pessoa humana é formada junto ao seu caráter e educação. Dessa forma, a afetividade é direito essencial, uma vez que cria laços amorosos entre as pessoas. Por ser responsável pela criação da estrutura social, a família possui proteção constitucional.

O presente trabalho enfoca a temática do princípio da afetividade no Direito de Família, pois é direito de todo ser humano receber carinho, amor, atenção além do sustento financeiro, psicológico e moral. O abandono afetivo é uma questão crescente na sociedade atual devido ao grande número de divórcios, mas deve ser desestimulado, de forma que a indenização por danos morais é forma eficiente para tal.

O tema foi escolhido pela importância do princípio da afetividade na formação de uma sociedade mais consciente da coletividade. Dessa forma, inicia-se o primeiro capítulo apresentando o Princípio da Afetividade como princípio implícito na Constituição Federal e protegido no Direito de Família.

O segundo capítulo destina-se a examinar o direito à indenização por danos morais no caso de abandono afetivo. Antigamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não reconhecia tal direito à indenização. Entretanto, com o crescimento do abandono afetivo, o STJ mudou de posicionamento e vem adotando a indenização por danos morais no caso de abandono afetivo a fim de desestimular tal tipo de conduta dos pais.

Por fim, será ponderado no terceiro capítulo que o abandono afetivo é crescente na sociedade atual, devido às novas configurações de família, ou seja, cada vez mais o número



de casais separados cresce e em geral as famílias brasileiras são formadas por apenas um dos pais. Importa salientar que o sustento financeiro não significa a mesma coisa que dar afeto.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica e jurisprudencial a fim de fazer uma análise de campo exploratória e qualitativa. O tema merece um estudo aprofundado no exame da situação jurídica do princípio da afetividade na sua função social, assim como na análise das recentes jurisprudências, reconhecendo a importâncias das diversas formas de família para a construção de uma sociedade equilibrada.

## 1. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

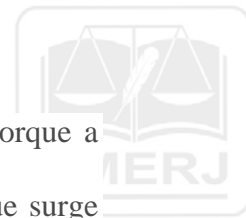
O direito ao afeto não se encontra expresso no texto constitucional. Entretanto, a Constituição Federal assegura o direito ao afeto no momento que reconhece a proteção constitucional à família no art. 226<sup>1</sup>, sendo a família a base de toda sociedade.

Dessa forma, o princípio da afetividade pode ser evidenciado no reconhecimento das uniões estáveis como entidades familiares e merecedoras de tutela jurídica, assim como quando o legislador determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente sua proteção e os seus direitos. A afetividade é percebida na união de duas pessoas com a vontade de constituir família e nos laços construídos entre as pessoas integrantes dessa família, seja pai, filho ou irmão.

Além disso, o princípio da afetividade pode ser verificado na igualdade entre os filhos e na igualdade entre os irmãos; na adoção como escolha afetiva; na família formada por qualquer dos pais e seus descendentes; e do direito à convivência familiar como direito fundamental da criança e adolescente, todos compreendidos no art. 227 da CRFB/88<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>2</sup>BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.



A afetividade não se resume ao laço biológico liga o pai e o filho. Isso porque a afetividade surge da convivência diária entre os integrantes da família e do amor que surge dessa convivência. Por isso, o direito ao afeto é reconhecido e protegido pelo nosso ordenamento jurídico.

Do mesmo modo, a afetividade vai se modificando com a evolução da sociedade. As funções afetivas da família são cada vez mais valorizadas. Hoje em dia, a igualdade dos sexos é reconhecida pelo princípio da isonomia, bem como a divisão de tarefas domésticas, visto que a mulher está inserida no mercado de trabalho. O casamento está voltado ao alcance da afetividade e da solidariedade. Logo, as relações familiares são explicadas por meio da afetividade, no mundo contemporâneo.

No Direito de Família, a afetividade é uma das questões mais importantes e atuais na doutrina e jurisprudência. Isso porque o princípio da afetividade reconhecido dessa forma pelo ordenamento jurídico, tem promovido fortes mudanças nas relações sociais<sup>3</sup>.

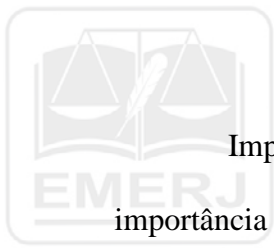
A família vai sendo transformada na medida em que o sentimento de afetividade se torna mais importante na formação dos laços entre os membros dessa família. Assim, o princípio constitucional da afetividade apresenta às relações familiares uma renovação coerente com o Estado Democrático de Direito e um Direito de Família Constitucional.

Pode-se assegurar que a conjugação entre os princípios da liberdade e da afetividade oferece a base para uma família plural, sendo aquela que não se restringe a um rol exauriente de modelos e ainda oferece suporte para a proteção dessa família na tutela do Direito Constitucional e Direito Civil.

Nesse sentido, a norma constitucional do art. 226, caput dispõe que a família é a base da sociedade, assim como o Código Civil reitera essa proteção aos diversos tipos de família, todas elas baseadas na afetividade.

---

<sup>3</sup> LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. O Direito das Famílias. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=17958>>. Acesso em: 2 out. 2014.



Importante destacar que o pensamento sobre o princípio da afetividade e sua importância para a sociedade nem sempre foi assim. A realidade dos fatos é que, tanto o Estado assim como todas as religiões tentaram eternizar os vínculos afetivos quando criou o casamento. O casal heterossexual estaria fadado ao relacionamento, aos deveres conjugais e à fidelidade recíproca até o dia da morte.

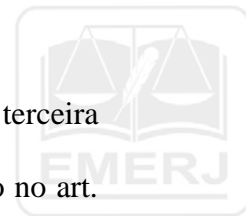
O casamento era tido como sagrado e a única forma de constituir uma família juridicamente e moralmente reconhecida por toda sociedade. Por esse motivo, basta recordar que as uniões extramatrimoniais não eram consideradas como uma família, sendo ilegítimas. Os protagonistas dessas relações eram apedrejados e sujeitavam-se a sanções severas.

Saliente-se que o adultério era considerado crime do Código Penal, assim como o abandono do lar pela mulher. Por isso, muitas mulheres desquitadas ou que abandonaram seus lares em busca da sua própria felicidade foram condenadas a viver sem qualquer ajuda financeira de pensão alimentícia e sem ter o direito ao reconhecimento da sua relação familiar extraconjugal, por exemplo.

Outrossim, os filhos havidos fora do casamento não eram tratados pelo Código Civil da mesma forma que os filhos havidos dessa união, recebendo a herança do falecido pai de forma diferenciada dos seus meios-irmãos.

Nos tempos atuais, o direito tenta acompanhar os progressos sociais e a constante evolução das formas de família. Pode-se assegurar que a afetividade é constitucionalmente e civilmente reconhecida. Além disso, as uniões homoafetivas foram reconhecidas pela Supremo Tribunal Federal como forma de garantir a liberdade sexual, a igualdade e principalmente a pluralidade no âmbito familiar. O grande desafio é fazer com que o ordenamento jurídico acompanhe a evolução da afetividade.

Importante destacar que o Código Civil reconhece o direito fundamental à afetividade em diversos dispositivos. Como exemplos: para identificar o genitor a quem deve



ser dada a guarda unilateral no art. 1.583, § 2º, I CC; para dar a guarda em favor de terceira pessoa no art. 1.584, § 5º CC; estabelecendo a comunhão plena de vida no casamento no art. 1.511 CC; admitindo outra origem à filiação no art. 1.593 CC; consagrando a igualdade da filiação no art. 1.586 CC; fixando a irrevogabilidade da perfiliação no art. 1.604 CC; e tratando do casamento e de sua dissolução no art. 1.571 CC<sup>4</sup>.

Nos dias atuais, é indispensável ter uma visão pluralística das estruturas vivenciais, devendo ser inserido o conceito de entidade familiar como todos os vínculos afetivos que geram direitos, obrigações e estão calcados na afetividade<sup>5</sup>. Em última análise, considerando que a família é a base da sociedade, não reconhecer as novas composições de família seria alijar essas pessoas humanas da própria sociedade.

É inconcebível viver em um mundo que imponha entraves jurídicos a impedir que as pessoas de busquem a sua própria felicidade. A finalidade da sociedade e a razão de ser do Estado é a busca da felicidade.

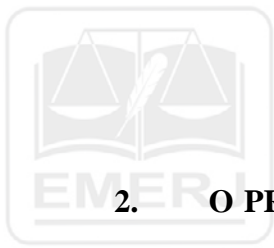
Portanto, houve a flexibilização do conceito de família, uma vez que seu elemento formador mais importante é, antes dos laços sanguíneos e genéticos, o afeto. Não importa o modo como a família é constituída, desde que haja afeto nas relações, a família deverá ser aceita e acolhida pelo Direito e pela sociedade.

Além do mais, a afetividade dá os contornos do que seja uma família. Para a sociedade atual, não importa mais o modo como a família é constituída, desde que haja afeto nas relações, a família deverá ser aceita e acolhida pelo Direito e pela sociedade. Deve existir afeto entre todas as relações dentro de uma família, seja do casal ou entre pais e filhos, uma vez que é dado a todos os seres humanos o direito à dignidade da pessoa humana e ao seu crescimento com perfeita saúde mental. Não basta o sustento financeiro dos membros da família, uma vez que a todos é reconhecido o direito ao afeto.

---

<sup>4</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 72-74.

<sup>5</sup>Id. Valorização da família ou do afeto? 15/10/2013. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=17968>>. Acesso em 1 out. 2014.



## 2. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante da evolução social e o não acompanhamento da legislação aos fenômenos sociais, a Jurisprudência desenvolveu papel muito importante ao reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, as quais possuam o objetivo de constituir família. Isso porque a Constituição Federal reconhece o princípio da afetividade de forma implícita.

No Supremo Tribunal Federal houve a mudança de paradigma em 2011, reconhecendo a possibilidade de existir união estável entre pessoas do mesmo sexo com base no princípio da afetividade quando da tramitação conjunta da ADI 4277 e ADPF 132. A união homoafetiva é considerada entidade familiar com base no princípio da igualdade, uma vez que a Constituição Federal não vedou o reconhecimento de outros tipos de família. Segue abaixo Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacífica na possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) – O **AFETO** COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE (...)

(STF. SEGUNDA TURMA. RE 477.554 AgR/MG. MINISTRO RELATOR CELSO DE MELLO. 16/08/2011)<sup>6</sup>.

O Supremo Tribunal Federal considerou que a afetividade é um verdadeiro postulado constitucional implícito e uma expressão de uma ideia-força que deriva do princípio essencial

---

<sup>6</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello. DJe 16/08/2011. RE 477.554 AgR/MG. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ES-LA%2E+E+477554%2ENME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+477554%2EACMS%2E%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/plt9r89>>. Acesso em 16 mar 2016.





da dignidade da pessoa humana. Importante destacar que advém principalmente do direito fundamental à busca da felicidade.

A Corte Suprema considerou que qualquer pessoa possui o direito de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, o que gera consequências no âmbito dos Direitos das Sucessões, no Direito de Família e no Direito Previdenciário, principalmente, como por exemplo a possibilidade do recebimento da pensão por morte do parceiro, desde que observados os requisitos constantes na lei.

Além disso, o STF reconheceu a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, uma vez que é dever do Estado impedir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, nos termos do artigo 5º, XLI da CRFB/88<sup>7</sup>.

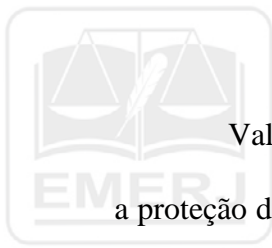
O acórdão paradigmático estipula que ninguém pode ser privados dos seus direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Dessa forma, os homoafetivos possuem o direito de receber igual proteção, tanto da lei, quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, o que mostra arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que exclua, discrimine, fomenta a intolerância, estimule o desrespeito ou desiguale pessoas em razão da sua orientação sexual. Portanto, houve o reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar.

Com efeito, invocou os princípios essenciais como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade.

Outrossim, destaca a dimensão constitucional do afeto como um dos fundamentos da família moderna, pois o afeto é um valor jurídico impregnado de natureza constitucional, sendo um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família.

---

<sup>7</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 30 mar 2016.



Validamente foi destacada a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias a fim de dar legitimidade material ao Estado Democrático de Direito.

Assim, incumbe ao STF na sua condição institucional de guarda da constituição desempenhar função de proteção das minorias contra eventuais excessos ou omissões da maioria, já que ninguém deve estar sobreposto.

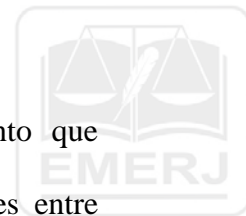
Portanto, a aplicação das normas constitucionais deve proteger a pessoa humana nas suas relações particulares e nas suas relações familiares. O reconhecimento do afeto e da busca da felicidade como fundamentos da união estável denota uma sociedade mais livre, justa e solidária. A possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo tem consequências jurídicas relevantes como na sucessão de companheiro, pensão alimentícia, separação e pensão por morte.

Importa salientar quanto à possibilidade de requerer indenização por danos morais devido ao abandono afetivo foi considerada matéria relacionada à legislação infraconstitucional, e por isso no caso RE 567164 ED / MG<sup>8</sup>, a Ministra Relatora Ellen Gracie assegurou que a ofensa à Constituição seria de forma indireta e reflexa, o que deveria ser analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, o que denota a confirmação da possibilidade de indenização por danos morais face ao abandono afetivo por parte de algum genitor.

A afetividade considerada como um princípio constitucional implícito e um direito fundamental deve ser garantido pelo Estado a todos os indivíduos. Além disso, a afetividade é a base da formação da família nos tempos atuais no Direito de Família. Dessa forma, passaremos a analisar os julgados do Superior Tribunal de Justiça que levam em consideração este princípio.

---

<sup>8</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministra Relatora Ellen Gracie. RE 567164 ED/MG. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2E-CLA%2E+E+567164%2EN UME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+567164%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bktnboh>>. Acesso em 16 mar 2016.



O Superior Tribunal de Justiça considera a afetividade como sentimento que fundamenta o reconhecimento das uniões estáveis, sejam elas advindas de relações entre casais heterossexuais ou homoafetivos. Nesse sentido, segue abaixo Jurisprudência a qual destaca não ser possível reconhecer uma união estável sem o vínculo de afeto, respeito e mútua cooperação entre os companheiros. Destaque-se que sem o afeto não é possível constituir uma família. Dessa forma, no caso concreto abaixo, os autores não comprovaram a existência de união estável justamente porque não existe uma relação de afeto:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96.

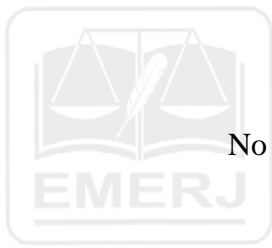
1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012.

2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira (...) (STJ. TERCEIRA TURMA. REsp 1.348.450/MG. MINISTRA RELATORA NANCY ANDRIGHI. DJe 25/06/2014)<sup>9</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça destaca que, embora não seja expressamente, referida na legislação pertinente como requisito para a configuração da união estável o dever de fidelidade, este está ínsito ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. Logo, a análise dos requisitos para a configuração da união estável deve estar concentrada na junção dos fatores presentes em cada hipótese como a *affectio societatis* familiar, a participação dos esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, bem como a fidelidade.

Ao decidir um caso concreto, o magistrado deve estar atento às peculiaridades apresentadas em cada caso, levando em consideração a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a afetividade, a busca da felicidade, a liberdade e a igualdade, todos baseados no princípio da eticidade. Nesse caso particular a recorrente não logrou êxito em demonstrar a existências da união estável com o recorrido, pois não havia fidelidade entre ambos.

<sup>9</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministra Relatora Nancy Andrichi. DJe 25/06/2014. REsp 1.348.458. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=uni%E3o+est%E1vel+fam%EDlia+afetivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 16 mar 2016.



No mesmo sentido, segue Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NÃO DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ALTERAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA Nº 283/STF.

1. É indubitável que a Constituição Federal reconhece juridicidade às uniões constituídas pelo vínculo da afetividade, dentre as quais incluem-se as relações homoafetivas cujos direitos e deveres relativos ao instituto devem ser observados desde que preenchidos os seus requisitos, quais sejam a estabilidade e a ostensibilidade, com intuito de constituição de família (...)

(STJ. TERCEIRA TURMA. REsp 1381609/MG. MINISTRA RELATORA NANCY ANDRIGHI. DJe 13/02/2014)<sup>10</sup>.

Para que haja o reconhecimento da união estável seja homoafetiva seja heteroafetiva, os requerentes devem comprovar os requisitos estabelecidos na lei. Assim, mostra-se essencial a demonstração de vínculo de afeto entre os companheiros, bem como a estabilidade no intuito de constituir uma família, o que não ficou evidenciado no caso em tela acima destacado.

Com efeito, a afetividade também baseia a decisão judicial de guarda de criança ou adolescente. Logo, o infante não necessita estar com sua família biológica, ou seja, não necessitar estar na presença daqueles com quem possui laços sanguíneos e genéticos, mas sim deve estar sendo guardada por pessoas responsáveis, as quais proporcionarão afeto, educação, saúde, suporte e tudo o que uma pessoa em desenvolvimento necessita para crescer. Nesse sentido, segue abaixo Jurisprudência em que se reconhece a guarda legal para família substituta, com base no melhor interesse da criança, para que ela seja cuidada por pessoas com quem nutre afeto e afinidade:

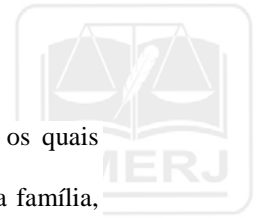
DIREITO CIVIL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR QUE SE ENCONTRA NA "POSSE DE FATO" DE TERCEIROS. MANUTENÇÃO DA CRIANÇA NO SEIO DA FAMÍLIA AMPLIADA.

1. Ação cautelar de busca e apreensão de menor, distribuída em 01/09/2010, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 10/10/2011.

2. Discute-se a busca e apreensão do menor, determinada para que a criança permaneça sob os cuidados da tia materna, enquanto pendente ação de guarda ajuizada por terceiros que detinham a sua "posse de fato".

3. Quando se discute a guarda de menor, não são os direitos dos Pais ou de terceiros, no sentido de terem para si a criança, que devem ser observados; é a criança, como sujeito - e não objeto - de direitos, que deve ter assegurada a garantia de ser cuidada pelos pais ou,

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministra Relatora Nancy Andrichi. DJe 13/02/2014. REsp 1.381.609. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=uni%E3o+est%E1vel+homoafetiva+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em 16 mar 2016.



quando esses não oferecem condições para tanto, por parentes próximos, com os quais conviva e mantenha vínculos de afinidade e **afetividade**.

4. Em regra, apenas na impossibilidade de manutenção da criança no seio de sua família, natural ou ampliada, é que será cogitada a colocação em família substituta, ou, em última análise, em programa de acolhimento institucional.

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

(STJ. TERCEIRA TURMA. REsp 1356981/SC. MINISTRA RELATORA NANCY ANDRIGHI. DJe 8/11/2013)<sup>11</sup>.

A partir da Constituição de 1988, a criança e o adolescente passam a ser reconhecidos como sujeito de direitos e não apenas como objeto. Logo, considerando a criança e o adolescente como pessoa em formação, possuem o direito a manter os vínculos de afinidade e afetividade com sua família, seja ela biológica, extensiva ou até mesmo substituta.

Importante destacar que o abandono afetivo pode ensejar a necessidade de reparação por dano moral daquele que foi abandonado, pois é reconhecida a vulnerabilidade psicológica da criança e do adolescente, assim como a necessidade do seu crescimento em um lar afetivo. Assim, segue Jurisprudência abaixo em que se reconhece a indenização em razão do abandono afetivo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado (...)

(STJ. TERCEIRA TURMA. REsp 1159242/SP. MINISTRA RELATORA NANCY ANDRIGHI. DJe 10/05/2012)<sup>12</sup>.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça julgou caso relevante em que negou o direito a receber a indenização por abandono afetivo, conforme segue julgado a seguir:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. **ABANDONO AFETIVO**. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. SÚMULA Nº 7/STJ.

<sup>11</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministra Relatora Nancy Andrichi. DJe 08/11/2013. REsp 1356981/SC. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24613743/recurso-especial-resp-1356981-sc-2011-0223315-9-stj/inteiro-teor-24613744>>. Acesso em 16 mar 2016.

<sup>12</sup>BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Ministro Relator Ricardo Villas Boas. DJe 01/03/2016. REsp 1159242. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=15890657&tipo=5&nreg200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 16 mar 2016.



INCIDÊNCIA. PACTA CORVINA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro.

2. Em regra, ao pai pode ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente eventual prole, por meio da ação de alimentos combinada com investigação de paternidade, desde que demonstrada a necessidade concreta do auxílio material.

3. É insindicação, nesta instância especial, revolver o nexo causal entre o suposto abandono afetivo e o alegado dano ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

4. O ordenamento pátrio veda o pacta corvina e o venire contra factum proprium.

5. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido.

(STJ. TERCEIRA TURMA. REsp 1493125/SP. MINISTRO RELATOR RICARDO VILLAS BOAS CUEVAS. DJe 01/03/2016)<sup>13</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo. Entretanto, exige a demonstração cabal do ilícito civil, nos termos do artigo 186 do Código Civil. Em decisão unânime os ministros negaram o Recurso Especial a servidora pública que buscava indenização em face de seu pai devido à falta de assistência afetiva e material no momento de sua criação, pois não identificaram o ilícito civil e a culpa na conduta do genitor, o qual só teve a paternidade confirmada 38 (trinta e oito) anos após o nascimento da filha.

De tal modo, não restou configurado abandono afetivo o caso concreto, pois a autora somente obteve o reconhecimento judicial de sua paternidade em 2006. Mesmo que nunca tenha recebido assistência material ou afetiva do seu pai, no caso em tela não se configura o ilícito civil pela demora da própria autora de quase 4 (quatro) décadas em ingressar com a ação de reconhecimento de paternidade, o que agravou o caso concreto.

A autora alegava ainda que seu pai adquiriu inúmeros imóveis em nome dos outros filhos, mas o ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cuevas afirma que adquirir bens em nome

---

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator Ricardo Villas Boas Cuevas. DJe 01/03/2016. REsp 1493125. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=56887221&num\\_registro=201401313524&data=20160301&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=56887221&num_registro=201401313524&data=20160301&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 16 mar 2016.

dos outros filhos não caracteriza por si só abandono afetivo e material, ressalvando-se a possibilidade de buscar a proteção dos seus direitos sucessórios quando da morte do genitor.

Por todo exposto, pode-se considerar que o princípio da afetividade é o princípio que embasa todo o Direito de Família e todas as suas relações tanto entre casais homoafetivos ou heteroafetivos, como também entre pais e filhos.

A busca da felicidade sendo reconhecida pela Corte Suprema exprime a importância do direito ao afeto. Outrossim, é reconhecido tal direito principalmente a crianças e adolescentes, os quais são considerados pessoas em desenvolvimento.

Logo, avaliando que o abandono afetivo na fase de desenvolvimento da criança e do adolescente pode criar trauma psicológico na formação dessa pessoa, sujeito de direito, os Tribunais Superiores reconhecem a possibilidade de haver indenização por danos morais e materiais em razão desse abandono, desde que fique configurado o ilícito civil, nos termos do artigo 186 do Código Civil<sup>14</sup>.

A omissão por parte dos pais atinge bem juridicamente tutelado, pois é necessário o dever de criação, educação e companhia. A falta de cuidado leva à vulnerabilidade da imposição legal, o que provoca a possibilidade de pleitear a compensação por danos morais decorrente do abandono afetivo.

Destaque-se que incumbe ao autor demonstrar além do abandono afetivo os danos causados a ele como sequelas psicológicas ou quaisquer circunstâncias negativas de sua vida atual que tenham decorrido desse abandono afetivo por parte de qualquer um dos genitores. Dessa forma, a responsabilidade é possível ser caracterizada desde que exista nexo de causalidade entre a conduta do genitor que abandona afetivamente o filho e o dano efetivo, isto é, o resultado danoso ao psicológico dessa criança ou adolescente.

---

<sup>14</sup>BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2016.



O rompimento de uma relação conjugal não pode afetar a criação dos filhos, visto que estes são os que mais sofrem com a separação da família. Os pais devem ter a cautela de não repassar os problemas decorrentes da convivência insuportável entre o casal aos seus filhos, pois mesmo que haja a separação, devem fazer um esforço para manter todo carinho, amor e atenção dedicada a eles, já que a Constituição Federal reconhece o implicitamente o princípio da afetividade.

Por fim, a indenização por danos morais deve ser calculada com base nos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

### **3. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E O ABANDONO AFETIVO.**

À luz do princípio da afetividade fica evidente que cada membro dentro de uma família possui responsabilidades na criação daquela criança ou adolescente, principalmente os genitores.

Educar uma criança e um adolescente não é uma tarefa fácil, contemporaneamente. Com efeito, crianças e adolescentes reconhecidamente como sujeitos de direitos devem ter respeitados os seus direitos à convivência familiar, ao sustento financeiro, moral e espiritual e principalmente o seu direito ao afeto.

Já é realidade no Brasil a possibilidade de recebimento de indenização por danos morais e materiais em razão do abandono afetivo por parte dos genitores, visto que a conduta de desamor causa inúmeros traumas psicológicos em crianças e adolescentes. Importante salientar que é dever de ambos os pais a criação e o suporte aos seus filhos.

A família não é mais aquela que apenas oferece o sustento financeiro. O afeto no seio familiar é importante para o desenvolvimento emocional e cognitivo das crianças e adolescentes, pois a relação de afinidade e afetividade gera felicidade e força para as demais



vivências no âmbito social. O suporte afetivo gera a felicidade, a segurança e a força para que essas pessoas em formação enfrentem os problemas cotidianos na vida em sociedade.

É inegável a necessidade de afeto das crianças desde a sua concepção, uma vez que elas precisam sentir que fazem parte daquela família e aqui não importa se é a família biológica, extensiva ou substituta. O afeto é base essencial para a construção de uma sociedade melhor.

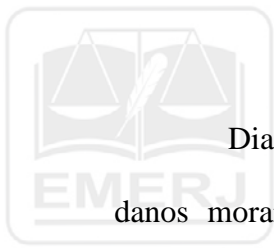
A família deve assegurar o bem-estar de suas crianças e seus adolescentes, pois é o primeiro contato social deles. As crianças e os adolescentes possuem direito ao respeito e à dignidade da pessoa humana, pois são pessoas em processo de desenvolvimento, sendo sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, garantidos na Constituição Federal e nas Leis.

Os laços afetivos consolidados preparam emocionalmente a criança e o adolescente para o convívio em sociedade. Entretanto, o abandono afetivo é uma realidade brasileira e causa problemas no desenvolvimento emocional desses pequenos.

Hoje em dia é muito comum a separação dos pais durante a infância da criança. Ocorre que o sustento financeiro não é o mais importante no desenvolvimento psicológico das crianças e dos adolescentes. Os laços da afinidade e afetividade bem consolidados faz com que aquela família que enfrenta uma separação consiga superar os problemas com mais serenidade e equilíbrio.

Além disso, o pagamento de pensão alimentícia não resolve a falta de atenção, carinho, apoio, suporte e etc. A criança e o adolescente como pessoas em formação precisam do afeto para sua evolução como seres humanos, isso porque o abandono afetivo causa intensa dor psicológica.

A escola possui também importante papel na formação de adultos. Porém, o convívio com outros alunos e com professores não irá suprir a falta de pai, mãe, avô, avó, tios, já que a função de educar é da família. Não se pode transferir o dever de afeto à escola.



Diante desse cenário, a Jurisprudência enxergou a necessidade de reparação por danos morais no caso de abandono afetivo como forma de desestimular esse tipo de comportamento por parte dos pais. Os problemas conjugais não podem ser passados aos filhos, pois eles não têm culpa de nada.

Mesmo que os pais após a separação tenham vontade de constituir nova família, não podem esquecer os filhos havidos de outro casamento ou união estável. Essas crianças e adolescentes continuam precisando de afeto. Não é porque o amor acabou entre os cônjuges ou companheiros que os seus filhos devem ser prejudicados pelo final dessa relação.

Deve-se estar atento às particularidades de cada caso concreto, uma vez que o abandono afetivo decorrente de ato ilícito causa a necessidade de indenização por danos morais devido ao sofrimento causado.

Em que pese a assistência material por meio do pagamento de pensão alimentícia, o contato afetivo dos pais na infância e adolescência de seus filhos é mais importante. A CRFB/88 institui o dever constitucional de cuidar da prole, conforme artigo 227<sup>15</sup> e o abandono afetivo leva à ocorrência da ilicitude civil sob forma de omissão. Os pais possuem o dever de criação, educação, companhia e cuidado.

O julgamento dos abandonos afetivos por parte dos Magistrados exige a análise de valores, princípios e regras constitucionais, direitos fundamentais, direitos da personalidade, da responsabilidade civil e do direito de família, havendo uma análise sistemática do ordenamento jurídico.

Prevalece a proteção do interesse das crianças e dos adolescentes, pois como são pessoas em formação, são considerados vulneráveis. Por isso, é possível a intervenção do judiciário nessas questões de abandono afetivo, visto que existe uma potencialidade lesiva da

---

<sup>15</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2016.

conduta de abandono e consequências relevantes desse abandono na constituição da personalidade de crianças e adolescentes.

Do dever de cuidado e de criação dos pais em relação aos seus filhos emanam os princípios da parentalidade responsável e da proteção integral da criança e do adolescente. Assim o abandono afetivo viola frontalmente o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o que deve ser rechaçado pelo direito brasileiro. Com efeito, mesmo que haja liberdade na forma de criação dos filhos, os pais devem ter consciência do dever de solidariedade, proteção, amor e afeto.

A função desempenhada pelos pais é importante para o desenvolvimento de um cidadão equilibrado. Os pais possuem direitos e deveres decorrentes do poder familiar. Futuramente esses filhos já crescidos poderão retribuir todo amor e carinho recebido ao longo da vida, cuidando melhor daqueles pais agora idosos e dependentes de cuidados especiais.

O direito brasileiro deve buscar a conscientização dos pais e das mães quanto às consequências de uma conduta omissiva parental nas relações familiares e no futuro dessa pessoa. Poderá ser formado um adulto totalmente problemático que sempre se sentiu abandonado e rejeitado por quem deveria primeiramente dar-lhe amor, atenção, carinho, afeto, proteção e tudo o mais que era necessário para seu crescimento pessoal.

A omissão no dever de cuidar da prole constitui elemento para a caracterização de dano moral compensável porque cria traumas emocionais na criança e no adolescente, devendo ser reparado por meio de indenização. A afetividade não é somente um laço que envolve a família. Na falta desta, existe uma ilicitude civil decorrente de uma conduta omissiva, pois os pais assumem compromisso em relação à prole que ultrapassa a necessidade vital.

## **CONCLUSÃO**



Por todo exposto, pode-se concluir que a ausência de um dos genitores, na vida do infante, causa sérios abalos psicológicos e emocionais, como por exemplo a baixa autoestima, tristeza, sensação de desproteção e até mesmo danos físicos como doenças decorrentes do abalo psicológico. Dessa forma, esse abandono afetivo que causa intenso sofrimento pode ser indenizado via processo judicial. Isso porque existe um vínculo legal do dever de proteção que une pais e filhos, com base na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O poder familiar é dever dos genitores, pois necessitam ter os filhos em sua companhia, dirigir-lhes a criação e educação, independentemente do seu estado civil ou da moradia conjunta. A atenção à criança e ao adolescente é indispensável para acompanhar sua trajetória de vida, construindo laços de afeto e amor.

A doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente vieram para garantir os direitos fundamentais dessas pessoas em formação como efetivos sujeitos de direito.

A responsabilidade dos pais quanto aos cuidados com os filhos é obrigatória pelo artigo 227 da CRFB/88. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicológica dos filhos, bem como o princípio da afetividade. Esse tipo de violação configura dano moral e quem causa deve indenizar porque a descuidado em relação à prole não pode ser tratado como acessório na criação. É essencial o amor à criação e à formação de um adulto íntegro física e psicologicamente para que seja capaz de conviver em sociedade, respeitando os limites, buscando os seus direitos e exercendo a cidadania.

O cuidado é fundamental para que haja a formação de um adulto saudável emocionalmente, sendo esse um dever jurídico ligado à liberdade no planejamento familiar e na adoção.

Portanto, o descumprimento de imposição legal causa ilícito civil sob a forma de omissão, já que o não fazer atinge bem juridicamente tutelado que são os deveres de criação, educação, companhia e principalmente cuidado. O ônus de cuidar é indelegável, sendo dever cuidar daquela criança ou adolescente com afetividade.

O Direito de Família é o berço do amor, de formação e desenvolvimento das pessoas que compõem essa família com o objetivo de buscar e concretizar o afeto e a felicidade. O alicerce da família se encontra no afeto.

As novas necessidades da sociedade impõem desafios diários ao Judiciário. O amor parental deve ser protegido. Conseguir desenvolver o afeto, o amor e o respeito nas relações familiares deve ser o enfoque para buscar o direito fundamental ao princípio da afetividade. Uma família consolidada nos laços de afinidade e afetividade consegue passar pelos problemas cotidianos com mais força e serenidade, dando o exemplo às crianças e aos adolescentes. Deve-se buscar principalmente a dignidade com amor da pessoa humana.

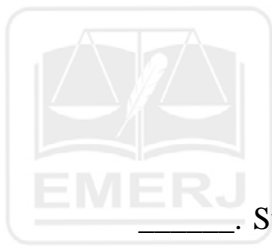
Ser amado e ser cuidado é direito fundamental das crianças e adolescentes, os quais são o futuro do nosso país.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 19 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 19 mai. 2016.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Maria Berenice. *Valorização da família ou do afeto?* Disponível: <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=17968>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

TOLEDO, Iada Rodrigues de. MENDES, Daiane Cristina da Silva. PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. *Estudos acerca do princípio da afetividade no Direito das Famílias*. 1. ed. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014.

**TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA ESTATAL:  
DIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA A  
ACUSAÇÃO. RELEITURA DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO  
PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO.**

Guilherme Fank Keller

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 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:** Com o advento da Carta Constitucional de 1988, restou consagrada, na nova ordem constitucional, a ideia de que ninguém pode ser considerado criminalmente culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O princípio da presunção de não-culpabilidade ensejou releitura de diversos dispositivos processuais penais, em especial os que tocam à possibilidade de execução provisória da pena. Com a mitigação da possibilidade de execução provisória da condenação, o termo inicial da fluência da prescrição da pretensão executória estatal, adotado no Artigo 112, I do Código Penal, passou a ser regra disfuncional no ordenamento, razão pela qual merece releitura, sob pena de, assim não se procedendo, punir-se o órgão executor da pena imposta com a prescrição de sua pretensão, não obstante não tenha havido, de sua parte, inércia.

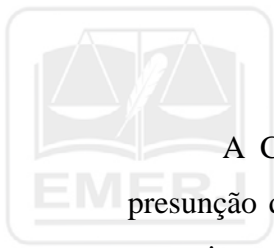
**Palavras-chave:** Direito Penal. Execução Provisória. Prescrição Executória. Termo Inicial. Releitura.

**Sumário:** Introdução. 1. Prescrição como sanção à inércia. 2. Histórico da possibilidade de execução provisória da pena. 3. Harmonização do termo inicial da prescrição da pretensão executória com a vedação à execução provisória da condenação. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo discute a necessidade de releitura do termo inicial da prescrição da pretensão executiva estatal – dia do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Objetiva-se demonstrar que, diante da impossibilidade de execução provisória da sentença condenatória, faz-se necessária interpretação conforme a Constituição do Artigo 112, I do Código Penal.

Para tanto, serão analisadas as regras relativas aos efeitos dos recursos excepcionais inseridas no Código de Processo Penal, bem como a orientação jurisprudencial dominante no momento anterior ao julgamento ao *Habeas Corpus* 84.078 pelo Supremo Tribunal Federal, orientação essa que foi posteriormente retomada quando do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, a qual põe o assunto tratado no presente artigo em parcial e não definitiva suspensão.



A Constituição da República estabelece, como princípio fundamental individual, a presunção de não-culpabilidade dos sujeitos submetidos à jurisdição penal. Trata-se de uma garantia explícita consistente em não autorizar o reconhecimento da responsabilidade criminal do agente, senão mediante uma sentença transitada em julgado. Justamente por ser um princípio, ou seja, consubstanciar-se em um mandamento de otimização do sistema normativo em que se insere, permeia os meandros legais, dando novos contornos e interpretações ao direito objetivo. Com isso, o que, em um determinado momento do tempo direciona-se a um resultado interpretativo, pode passar, noutra oportunidade, a inclinar-se ao caminho oposto.

Com efeito, anteriormente ao julgamento do HC 84.078 em 2009, não se percebia como violadora do princípio da não-culpabilidade a execução provisória da sentença penal condenatória a partir do julgamento em segunda instância, de modo que, pendente exclusivamente o recurso excepcional, o Estado poderia iniciar o cumprimento do comando punitivo.

O tema, contudo, demanda atenção, uma vez que a regra material penal previsora do termo inicial da prescrição da pretensão executiva estatal escorava-se na possibilidade da execução provisória da sentença condenatória, enquanto pendentes recursos, o que não mais encontra amparo na lei de regência.

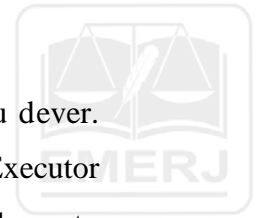
Para uma melhor compreensão da pesquisa, objetiva-se, primeiramente, explicar-se os fundamentos e funcionamento do instituto da prescrição no direito, assim como sua finalidade, em especial no direito penal. Pretende-se, ainda, despertar-se a atenção para a impossibilidade do termo inicial da pretensão executória ser anterior à possibilidade de execução da pena, ainda que essa execução seja provisória.

Assentadas tais premissas, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando-se o instituto da prescrição no direito e quais suas consequências ao processo penal e à execução penal.

O segundo capítulo apresenta um breve esboço sobre a execução da pena no Brasil e o quadro fático jurisprudencial em que se inseria a regra do Artigo 112, I do Código Penal. Nesse mesmo capítulo, expõe-se, posteriormente, a alteração jurisprudencial que ensejou novos efeitos processuais ao princípio da não-culpabilidade, bem como o retorno da jurisprudência à sua orientação anterior.

O terceiro capítulo destina-se, por fim, a demonstrar a incompatibilidade do atual termo inicial da prescrição da pretensão executória estatal com a Constituição da República, por força da impossibilidade de execução provisória da sentença a partir da primeira instância. Procura-se demonstrar que não é possível a aplicação, ao agente, de uma sanção por sua





inércia, quando, de veras, ele não está inerte, mas sim impossibilitado de exercer seu dever. Para tanto, foi necessário refletir sobre as limitações jurídicas à atuação do Estado Executor Penal e se, diante da imposição de abstenção de sua atuação, ou seja, diante de mandamento de sobrestamento de seu agir, é correto permitir-se que flua o prazo em que lhe seria permitido atuar.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

## 1. PRESCRIÇÃO COMO SANÇÃO À INÉRCIA

Um dos brocardos mais universalmente difundidos na ciência jurídica é simples e preciso: “o direito não socorre quem está dormindo”. Inicialmente concebido dentro do direito das obrigações civis, visando a que os devedores de prestações não ficassem a elas vinculados de forma perene, espalhou-se aos demais ramos do direito, por meio dos institutos da prescrição, que é a extinção de uma pretensão<sup>1</sup>, e da decadência, que é o perecimento de um direito potestativo<sup>2</sup>.

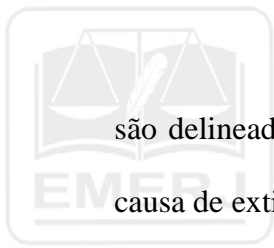
Na seara penal, a figura da prescrição atinge não somente o direito de punir do Estado, que é o de perseguir o autor do crime e atribuir-lhe uma sanção por seu ato, mas também o próprio direito de executar a punição aplicada, o que se denomina execução da pena<sup>3</sup>. Quer dizer que o Estado possui um prazo específico para a investigação e para o julgamento do fato delitivo, e um outro para executar a pena imposta ao agente por tê-lo praticado. A depender da gravidade abstrata da infração penal, o que se verifica pela quantidade e tipo de pena cominada ao tipo legal, esse prazo será maior ou menor. As regras relativas à prescrição penal

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.683.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 689.

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 732-736.



são delineadas nos Artigos 107 a 119 do Código Penal<sup>4</sup>, sendo o instituto considerado uma causa de extinção da punibilidade do agente.

Quando se constata que a prescrição ocorreu no caso posto a julgamento, ou seja, naquele em que ainda não houve nem sentença condenatória nem absolutória, não mais se discute se o acusado na ação penal cometeu ou não o fato criminoso a ele imputado, mas tão somente afirma-se que o Estado, por desídia em não exercer seu papel punitivo em tempo oportuno, não mais poderá atribuir uma pena ao agente. É o que se denomina de prescrição da pretensão punitiva, ou, na linguagem do Código, de prescrição antes de transitar em julgado a sentença final.

Lado outro, quando, a despeito da existência da sentença condenatória, o Estado não executa tempestivamente a sanção nela imposta, por exemplo, não recolhendo o condenado ao cárcere, fala-se em prescrição da pretensão executiva estatal, ou, na linguagem do Código, de prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória. Contudo, não basta apenas que o Código preveja prazos para ambos os tipos de prescrição encimadas: é preciso que esclareça em que momento começam elas a correr. Ou seja, é preciso que dê um termo inicial por meio do qual se considerará iniciada a inércia estatal.

Seria de se imaginar que o Estado perdesse sua pretensão de executar a sanção aplicada, quando o título condenatório estivesse cabalmente formado, assim considerado quando contra ele não fosse mais passível a interposição de recurso algum, o que traduziria uma aparente imutabilidade e definitividade da decisão. Diz-se aparente, porque mesmo uma sentença condenatória transitada em julgado pode ser desconstituída, por meio do instituto da Revisão Criminal previsto nos Artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal<sup>5</sup>.

Entretanto, por opção política, o Legislador processual penal entendeu por bem fixar, como um dos termos iniciais para o início da prescrição da pretensão executória, o dia em que

---

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2016.

<sup>5</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2014, p. 1718.

transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, ou seja, o dia posterior ao prazo em que o acusador poderia interpor recurso visando a alteração de algum elemento da sanção imposta na decisão – Artigo 112, inciso I, primeira parte do Código Penal.

Dessa maneira, se, por exemplo, em uma ação penal pública incondicionada, o membro do Ministério Público ficasse satisfeito com a pena aplicada pelo Magistrado ao apenado por ter este praticado o fato criminoso, não vindo o *Parquet* a recorrer, o termo inicial da execução da sentença seria o dia seguinte ao que ocorresse o trânsito em julgado para o órgão acusador.

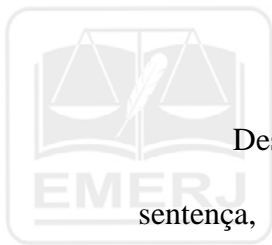
Sucedo que, diante de uma sentença condenatória, não apenas o acusador pode recorrer para agravá-la, mas também o pode o acusado, visando a ter abrandada ou desfeita sua punição. Assim, pela redação do Código, a depender de qual parte no processo interpõe recurso, é possível reconhecer-se dois trânsitos em julgados diferentes: o para a acusação e o para a defesa.

Entretanto, diante dessa ficção legal, exsurge uma dúvida: sendo a prescrição sanção por inércia, e se o Código impõe como data inicial do termo da prescrição executória o dia do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, pode o acusador promover a execução do título condenatório de imediato, ainda que pendente recurso defensivo? Por não haver, atualmente<sup>6</sup>, previsão legal autorizativa e por se tratar a apelação criminal contra sentença condenatória de um recurso dotado de efeito suspensivo, ou seja, tratar-se de um meio impugnativo que não permite, *a priori*, seja dado cumprimento à decisão proferida antes de sua confirmação em sede recursal, o entendimento predominante nos Tribunais é o de que a sentença não pode ser provisoriamente executada, se pendente o julgamento do recurso de apelação<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Será visto, mais adiante, que o ordenamento jurídico brasileiro determinava a prisão do condenado logo após a sentença condenatória.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 1649-1650.



Dessa forma, se o entendimento é o de que não pode haver execução provisória da sentença, por força do efeito suspensivo do recurso de apelação, pode haver execução provisória de um recurso que não o ostente?

O Artigo 637 do Código de Processo Penal prevê que o Recurso Extraordinário não possui efeito suspensivo, o que foi mantido pela Lei 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. No Artigo 27 § 2º desta última lei, está disposto que tanto o Recurso Especial quanto o Extraordinário somente serão recebidos no efeito devolutivo. Por conseguinte, eventuais recursos excepcionais interpostos contra decisão condenatória não possuem o condão de suspender os efeitos da condenação.

Com essa premissa em vista, os Tribunais Superiores passaram a admitir, pois, a execução provisória de decisões condenatórias, quando pendentes os tipos recursais excepcionais. No entanto, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, na sessão plenária de 05.09.2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou entendimento de que a execução provisória da condenação, nos moldes expostos, feriria o princípio da presunção de não-culpabilidade previsto na Constituição da República e, na oportunidade, alterou a antiga jurisprudência<sup>8</sup>.

Recentemente, contudo, na sessão plenária de 17.02.2016, o Supremo Tribunal Federal, com nova composição, revisitou os fundamentos da decisão proferida em 2009 e, em retorno ao seu antigo entendimento, considerou possível a execução provisória da condenação, tão logo publicada a decisão do órgão de segunda instância<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.078. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 fev 2016.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.292 MC. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>>. Acesso em: 13 mar 2016.

Não obstante o novo posicionamento da Corte Suprema, seguem, especialmente na doutrina, as discussões sobre a possibilidade ou não de execução antecipada da pena<sup>10</sup>. Todavia, as críticas à sua possibilidade passam ao largo de uma questão à sobeja ventilada pelos estudiosos do direito penal e essencial à integridade do ordenamento repressivo: como se falar em fluência da prescrição executória, uma vez não que não se admite a execução provisória da pena?<sup>11</sup>

## 2. HISTÓRICO DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O Código de Processo Penal, na redação original de seu Artigo 594, era explícito em asseverar que o recolhimento do condenado ao cárcere era um dos requisitos de admissibilidade da Apelação interposta contra a sentença condenatória, afirmando que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”. Somando-se a isso, a redação primitiva do Artigo 393, inciso I, previa, como efeito da sentença condenatória recorrível, o recolhimento do acusado ao cárcere.

Não apenas o diploma instrumental dispunha de forma desfavorável ao acusado e benéfica à acusação, como o próprio Código Penal de 1940 desconhecia a diferença entre trânsito em julgado para a acusação e trânsito em julgado para a defesa. Para o diploma repressivo, a prescrição da pretensão executória passava a correr – dentre outras hipóteses irrelevantes ao presente artigo – do dia em que passava em julgado a sentença condenatória, ou seja, de seu trânsito em julgado, tanto para a acusação, quanto para a defesa. O trânsito em julgado, à época, era momento processual único e comum às partes, sendo que seu

---

<sup>10</sup> Por todos os contrários à nova posição da Corte Suprema, vide: TASSE, Adel El. *A volta da "execução provisória" da pena*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234134,11049-A+volta+da+execucao+provisoria+da+pena>>. Acesso em: 27 mar 2016.

<sup>11</sup> LUDGERO, Liberato. *O marco inicial da prescrição da pretensão executória: uma questão de lei*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211544,81042-O+marco+inicial+da+prescricao+da+pretensao+executoria+uma+questao+de>>. Acesso em: 28 fev 2016.



desmembramento somente veio à luz, no universo penal, posteriormente à reforma por que passou o Código em 1984.

De toda sorte, mesmo após 1984, a questão do termo inicial da prescrição da pretensão executória não se apresentou tormentosa, porquanto admitida a execução provisória da pena, a partir da condenação em primeira instância. Ressalte-se, por oportuno, que não se ignora aqui a redação do Artigo 105 do Lei de Execuções Penais, a que se atribuía – e ainda se atribui – uma interpretação segundo a qual restaria vedada a execução provisória antes do trânsito em julgado da condenação<sup>12</sup>. É que, não obstante a controvertida exegese, os Tribunais pátrios, majoritariamente, seguiram aplicando o entendimento de que seria plenamente possível a execução provisória da condenação, mormente pela regra constante do Artigo 637 do CPP, que não previa o efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

Assim, não obstante tenha sido criada uma situação jurídica *sui generis* para o trânsito em julgado da condenação com a redação dada ao Artigo 112, I do Código Penal, o novo conteúdo da norma não interferia na execução da decisão pela acusação, fosse a decisão de primeira ou de segunda instância<sup>13</sup>.

Sucedede que, com a virada jurisprudencial ocorrida por ocasião do Julgamento do *Habeas Corpus* 84.078 na sessão plenária de 05.09.2009 do Supremo Tribunal Federal, restou consolidado que o princípio da não-culpabilidade, previsto no Artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988, não admitiria a execução provisória da pena, que só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da condenação. Desse modo, muito embora a legislação infraconstitucional previsse o recolhimento ao cárcere como efeito da condenação em primeira instância, bem assim como condição de conhecimento da Apelação Criminal, essas regras foram apontadas como não recepcionadas pela Carta Magna.

---

<sup>12</sup> MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 270.

<sup>13</sup> Repare que o Artigo 393 do CPP só foi revogado em 2011, por força da Lei n. 12.403/11, não obstante a jurisprudência majoritária já não admitisse o recolhimento ao cárcere como condição de admissibilidade da Apelação.

A partir de então passou a ganhar vida a celeuma envolvendo o termo inicial da prescrição da pretensão executória estatal, da forma como regulada pelo Artigo 112, I do Código Penal. Se a nova interpretação constitucional acarretava, pois, a vedação à execução provisória da condenação, deveria causar estranheza o fato de contra o Ministério Público fluir um prazo prescricional que, chegando ao fim, o impediria de atuar na busca da efetivação do decreto punitivo.

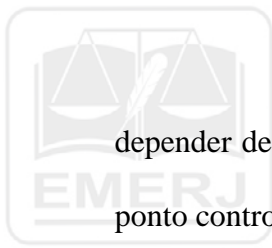
Grosso modo, a questão que se coloca em evidência consiste em se saber se, à luz de uma eventual vedação à execução provisória da pena desde a primeira instância de condenação, o Artigo 112, I, do Código Penal não teria de sofrer uma adaptação interpretativa para ser considerado recepcionado pelo atual ordenamento jurídico constitucional.

À época da vigência do entendimento manifestado no HC 84.078, a matéria tomou densidade e relevância tão fortemente, que se tornou objeto de Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 884.107/DF<sup>14</sup>, dada a “necessidade de harmonização do referido instituto penal com o ordenamento jurídico constitucional vigente, diante dos postulados da estrita legalidade e presunção de inocência.” [...].

Obviamente que, com o novo posicionamento firmado pela Corte no julgamento do HC 126.292, o questionamento aqui apresentado fica, em boa parte, suspenso, já que a redação do Artigo 112, I do Código Penal deixa de ser um elemento de disfunção do ordenamento repressivo, salvo na hipótese de a acusação deixar de recorrer da sentença condenatória já em primeira instância, quando o prazo passaria a correr de imediato. Contudo, admitindo-se que posições jurídicas não são imutáveis, e que há oscilação jurisprudencial a

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 848.107/DF. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810669>>. Acesso em 29 fev 2016.



depender de quem sejam os integrantes das Cortes Superiores em determinado momento<sup>15</sup>, o ponto controvertido a que se chama atenção segue relevante.

### **3. HARMONIZAÇÃO DO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA COM A VEDAÇÃO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO**

O Artigo 112, inciso I do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 7.209 de 11.07.1984 dispõe o seguinte:

Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:  
I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; [...]

O Artigo 110 do Código, por sua vez, trata da prescrição da pretensão executória estatal e dispõe que “A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no Artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.”. Assim, tem-se que a regulamentação da pretensão executória encontra-se disposta, basicamente, nos Artigos 109, 110 e 112 do Decreto-Lei n. 2.848.

Se há, conforme exposto no primeiro capítulo, uma pretensão executória e uma pretensão punitiva, há, também, de haver um marco processual que encerre uma delas e dê início à outra.

De regra, no direito brasileiro, os processos se desenvolvem em dois principais módulos: um módulo de conhecimento, e um outro módulo de execução. No primeiro, a situação fática controvertida, que, no processo criminal, é a apontada como delituosa, é exposta, e as teses jurídicas que sobre ela incidem são apresentadas pelas partes processuais.

---

<sup>15</sup> Exemplo de Ministro que é inarredavelmente contrário à possibilidade de execução provisória da condenação é Rogério Schietti Cruz. Vide: Revista Consultor Jurídico. *Ministro do STJ critica execução antecipada da pena e defende mudança na regra*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-17/ministro-stj-critica-execucao-antecipada-pena-mudanca>>. Acesso em: 27.03.2016.





O módulo de conhecimento traduz um período em que ainda não se formou certeza jurídica sobre as alegações ventiladas e visa a que, ao seu término, a verdade jurídica seja sedimentada com bases em certezas processuais<sup>16</sup>. O fim desse módulo acarreta a prolação de uma decisão que, uma vez transitada em julgado, tornar-se definitiva. Atingida a definitividade, passa o título judicial a ostentar os atributos de certeza, liquidez e exigibilidade, tornando-se um título executivo<sup>17</sup>.

Por evidente, um título só poder ser considerado executivo quando executável. Logo, se o título não pode ser executado, não é executivo. Apesar de essa retórica soar um tanto quanto parvoçada, é ela elementar ao que aqui se defende: somente se pode considerar executivo o título decorrente do módulo de conhecimento, quando finalizada a possibilidade de sobre ele haver discussão por parte de ambos os sujeitos processuais.

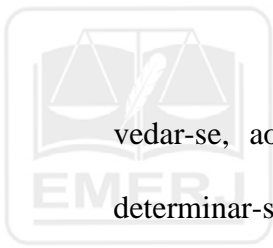
Levando-se isso em consideração, como se pode pretender fazer com que o prazo da pretensão executória se inicie do dia do trânsito em julgado da condenação para a acusação, se se assevera que somente com a condenação definitiva é que surge o título penal passível de ser executado definitivamente pelo Estado?<sup>18</sup> Se é somente com a condenação definitiva que surge o título exequível, então, enquanto não encerrada a fase de impugnação da decisão em formação, não se pode falar na existência de um título executivo.

É que ou ao Estado é vedado o direito de executar um título penal não definitivo, de maneira que, enquanto ele aguarda o processamento e julgamento dos recursos da defesa, não corre em seu desfavor a prescrição, ou então ao Estado se confere o direito de executar provisoriamente um título não definitivo, havendo falar, nessa hipótese, em curso do prazo prescricional, se constatada a inércia do órgão de executor. O que não se afigura correto é

<sup>16</sup> Verdade essa que não pode ser confundida com a verdade real, consoante LIMA, op. cit., p. 71-73.

<sup>17</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil* v.1. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 293-295.

<sup>18</sup> SILVA, Alberto Franco; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 577.



vedar-se, ao Estado, o direito de executar título não definitivo e, ao mesmo tempo, determinar-se a fluência do curso do prazo prescricional da pretensão executória.

Se assim se permitisse, estar-se-ia dizendo que o Estado terá de se manter inerte durante o período em que a defesa procura, por meio da interposição de infundáveis e sucessivos recursos, liberar o sentenciado da pena imposta, aproveitando-se, por vezes, do tempo dispendido na tramitação dos recursos para inviabilizar a execução da reprimenda, uma vez que o direito brasileiro reconhece a prescrição intercorrente<sup>19</sup>.

Do mesmo modo, deve-se ter em mente que, a partir do momento em que se exige o trânsito em julgado definitivo para a execução da reprimenda imposta, e, ao mesmo tempo, permite-se flua o prazo prescricional com o trânsito em julgado da decisão para a Apelação, estar-se-ia tratando de forma anti-isonômica as partes no processo penal. Nessa hipótese, a acusação teria de esperar inerte, e com um prazo prescricional correndo em seu desfavor, enquanto a defesa poderia atuar ativamente no processo, visando a que o mesmo prazo processual corresse em seu favor.

A prática forense evidencia que, por vezes, a acusação, de modo a não se prejudicar com os expedientes utilizados pela defesa, segue igualmente interpondo recursos, a pretexto de alteração da pena imposta, recursos esses que, na verdade, transformam-se em meros atos *pro forma* com a finalidade única de evitar a fluência do prazo prescricional. Não se trata, essa conduta da acusação, de em uma manobra ilegal, mas não se pode dizer seja louvável sob a ótica técnico-jurídica.

No mesmo quadrante, é de se notar que os recursos interpostos pela defesa e que se dirigem às Cortes Superiores dificilmente atacam o mérito da demanda penal, pois possuem, como escopo exclusivo, a análise da validade dos atos processuais. São recursos que

---

<sup>19</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 737-738.

perseguem apenas o reconhecimento de nulidades<sup>20</sup>, e não parece correto admitir-se que o processo penal seja utilizado como meio de se atingir a denominada fuga do mérito, que se verifica quando as teses defensivas se resumem à alegação de vícios de forma.

Caso assim se autorizasse, seria considerado eficiente o defensor que garantisse ao máximo a liberdade de seu defendido já condenado e que, ao fim e ao cabo da marcha processual, conseguisse fazer com que a punibilidade do crime fosse extinta, tendo em vista o reconhecimento da prescrição intercorrente dolosamente provocada. E não parece ser essa a eficiência que se busca em um advogado de defesa.

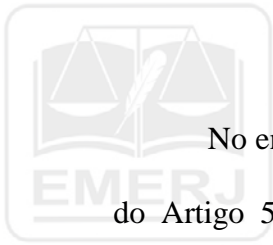
De qualquer forma, em relação à data do termo inicial da prescrição da pretensão executória estampada no Artigo 112, I do CP, o que se deseja propor é a reflexão referente a que o ordenamento jurídico deve ser lógico e harmônico entre si, cabendo à jurisprudência harmonizar normas nascidas sob o império de uma determinada ordem constitucional aos ditames de nova ordem constitucional, quando omissa, no ponto, o Poder Legislativo. Assim não sendo, as engrenagens que mantêm a máquina estatal em funcionamento perdem seus encaixes, desregulando todo o sistema.

## CONCLUSÃO

A regra constante da primeira parte do Artigo 112, I do Código Penal, que prevê, como termo inicial da fluência do prazo prescricional da prescrição da pretensão executória estatal, a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, foi editada sob a égide de um sistema processual penal que permitia, desde a primeira instância de jurisdição, a execução provisória da pena.

---

<sup>20</sup> Essa atuação da defesa foi apelidada, no dia-a-dia forense, de “processo criminal das nulidades”, consoante: SOARES, Adriano. *Superação do processo criminal das nulidades*. Disponível em: <<http://www.1momento.com.br/blog/adriano-soares/superacao-do-processo-criminal-das-nulidades>>. Acesso em: 13 mar 2016.



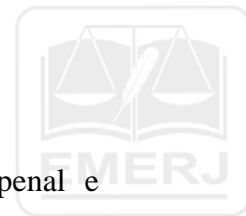
No entanto, a partir da nova formatação do princípio da não-culpabilidade proveniente do Artigo 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional de 1988, um novo aspecto da tutela humana foi levado em consideração na seara processual penal, a evitar a imposição do cumprimento da decisão condenatória penal imediatamente após sua publicação, enquanto pendentes recursos defensivos destinados à supressão da pena, sua alteração ou diminuição.

Em princípio, o posicionamento firmado no *HC* 84.078 pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de impedir a execução provisória da pena até que esgotados todos os recursos de defesa, ocasionou turbulência na estrutura da prescrição da pretensão executória estatal, pois retirava do órgão executor a possibilidade de dar cumprimento ao decreto punitivo, ao passo que a lei, por sua vez, impunha a fluência do prazo prescricional desfavorável ao Estado.

A despeito de a celeuma ter perdido, em parte, seu vigor com o julgamento do *HC* 126.292, em que o Sumo Areópago retornou à sua jurisprudência anterior, permitindo a execução provisória da sentença condenatória após a decisão de segunda instância, ela não deixa de ser relevante.

É que, além de a execução seguir sem ser possível a partir da condenação em primeira instância, desde logo fluindo o prazo prescricional se não houver recurso da acusação, o julgamento do *HC* 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal não foi pacífico, seja pela discordância de um relevante número de Ministros da própria Corte, seja pelas mais diversas críticas doutrinárias, seja ainda por diversas críticas advindas de membros do próprio Poder Judiciário.

Quer dizer: a possibilidade, ou não, de execução provisória da pena está longe de ser assunto dado como encerrado, de modo que, ao lado dessa discussão, deve caminhar o ponto de reflexão trazido neste artigo. O termo inicial da prescrição da pretensão executória estatal deve estar em harmonia e andar em paralelo com o momento em que o Estado passa a poder



executar a reprimenda jurisdicional, sob pena de disfunção entre os sistemas penal e processual penal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.078. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 fev 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.292 MC. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mm9prhs> . Acesso em: 13 mar 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 848.107/DF. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810669>>. Acesso em 29 fev 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil v.1*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2014.

LUDGERO, Liberato. O marco inicial da prescrição da pretensão executória: uma questão de lei. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211544,81042-O+marco+inicial+da+prescricao+da+pretensao+executoria+uma+questao+de>>. Acesso em: 28 fev 2016.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Ministro do STJ critica execução antecipada da pena e defende mudança na regra*. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2015-fev-17/ministro-stj-critica-execucao-antecipada-pena-mudanca>>. Acesso em: 27 mar 2016.



SILVA, Alberto Franco; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOARES, Adriano. *Superação do processo criminal das nulidades*. Disponível em: <<http://www.1momento.com.br/blog/adriano-soares/superacao-do-processo-criminal-das-nulidades>>. Acesso em: 13 mar 2016.

TASSE, Adel El. *A volta da "execução provisória" da pena*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234134,11049-A+volta+da+execucao+provisoria+da+pena>>. Acesso em: 27 mar 2016.

## NECESSIDADE DE OUTORGA DA COMPANHEIRA NA ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS

Isabela Salgado Santos de Oliveira

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. Pós-Graduada em Direito Privado pela Universidade Gama Filho.

**Resumo:** A exigência ou não de outorga uxória da companheira para alienação de bens imóveis comuns ou particulares, obtidos a título oneroso, na constância da convivência e registrados somente em nome de um dos conviventes, à semelhança do exigido no casamento celebrado sob o regime de comunhão parcial de bens, é assunto questionado diante da inexistência de previsão legal. Nesse sentido, no tocante aos efeitos patrimoniais inerentes à união estável não resta pacificado se o art. 1647, I, do Código Civil é aplicável também aos companheiros. Por conta disso e em razão do crescente número de uniões estáveis atualmente, torna-se essencial analisar o alcance dessas normas, com o objetivo de conferir maior proteção e segurança jurídica às relações advindas do negócio imobiliário celebrado, especialmente, no que concerne aos direitos do terceiro adquirente de boa-fé.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Outorga Uxória. União Estável. Terceiros de boa-fé.

**Sumário:** Introdução. 1. A outorga conjugal do art. 1647, I do Código Civil. 2. O regime patrimonial e a meação de bens na união estável 3. (Des) Necessidade de outorga da companheira na alienação de imóveis e os efeitos jurídicos decorrentes. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo abordar a questão da obrigatoriedade ou não da regra contida no art. 1647, I do Código Civil à união estável. Tal preceito estabelece a necessidade da outorga uxória para determinados atos de disposição patrimonial na constância do casamento. Sob esse prisma, busca-se verificar a aplicação analógica desse dispositivo, bem como averiguar seus efeitos nos negócios imobiliários realizados na constância das relações convivenciais.



Dessa forma, verifica-se as consequências advindas no tocante à alienação de bens imóveis, comuns ou particulares, a título oneroso, na constância da união estável e registrados apenas em nome de um dos companheiros. Nesse caso, deve-se perquirir a proteção e a segurança jurídica do terceiro adquirente, dado que a característica principal da união estável é a ausência de registro e publicidade.

Assim, entende-se que a análise da necessidade ou não do consentimento para a alienação de imóveis no âmbito das relações convivenciais é fundamental, pois, diretamente relacionada à proteção do patrimônio familiar e também pelo crescente número dessa forma de constituição familiar, hodiernamente, necessitando, por isso, ser regulamentada com mais precisão e atenção pelo legislador.

O primeiro capítulo demonstrará os efeitos da outorga conjugal prevista no art. 1647, I do Código Civil relativamente ao casamento, como também apresentará regras do instituto que, eventualmente, possam ser aplicadas às relações de fato, no que diz respeito à atos de alienação de bens imóveis, adquiridos onerosamente durante a convivência.

O segundo capítulo busca analisar o regime patrimonial aplicável a união estável e o direito à meação de bens da companheira ao examinar o art. 1725 do Código Civil, o qual estabelece que será o regime da comunhão parcial, se assim não dispuser contrato escrito em sentido diverso, celebrado pelos conviventes. Além de demonstrar, também, as implicações advindas desse dispositivo no tocante ao art. 1647, I do Código Civil.

Por fim, o terceiro capítulo tratará, mais especificamente, do tema em observação, na medida em que analisará a questão da obrigatoriedade ou não da outorga pela companheira, em atos de alienação de bens imóveis, e seus efeitos jurídicos nas relações internas e perante terceiros de boa-fé. Em outras palavras, verificará se o art. 1647, I do CC deve ou não ser estendido analogicamente às uniões estáveis.



Com efeito, a pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e comparada, seguindo a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, uma vez que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

## 1. A OUTORGA CONJUGAL DO ART 1647, I DO CÓDIGO CIVIL

Segundo Cotrim<sup>1</sup>, a vênia ou outorga conjugal é um instituto de Direito Civil, notadamente, do Direito de Família, que diz respeito às relações matrimoniais, revelando-se, pois, em uma autorização concedida por um dos cônjuges, para que o outro possa efetuar atos de disposição de vontade, relativamente à bens imóveis, comuns ou particulares, adquiridos à título oneroso durante o casamento.

Nesse sentido, o artigo 1647, inciso I do CC<sup>2</sup> é expresso em exigir tal autorização quando o outro objetiva alienar bens imóveis, mesmo que particulares, afirmando que nenhum dos cônjuges pode praticar tais atos sem a aprovação do outro, excetuando-se, unicamente, dessa autorização quando se adotar o regime da separação absoluta de bens, visto que, nesses casos, não há qualquer ponto de interseção entre os consortes, sendo a administração e fruto desses bens atribuição particular a cada um.

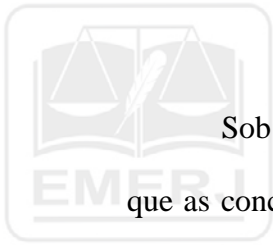
Frise-se que, em se tratando de autorização dada pela esposa ao marido, a denominação correta é Outorga Uxória. Já, se for o marido quem concede a concordância expressa exigida pela lei, a qualificação será de Outorga Marital.

---

<sup>1</sup>GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *Negócio jurídico sem outorga do cônjuge ou convivente: alienação de bens e outros atos, à luz do Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.13.

<sup>2</sup>BRASIL. Código Civil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.



Sob esse prisma, apesar de tratadas por alcunhas diferentes, em razão do sujeito que as concedem, ambas possuem o mesmo intuito, qual seja, o de conferir legitimação especial para validade desses atos.

A razão dessa autorização exigida pela lei, segundo Gonçalves<sup>3</sup>, “justifica-se pelo fato de os bens imóveis serem considerados bens de raiz, ou seja, bens que dão segurança à família e garantem o futuro dos filhos”. Assim, mostra-se justo e razoável que o outro cônjuge seja ouvido a respeito ou não da conveniência da respectiva alienação.

Aduz Gonçalves<sup>4</sup>, que quando a lei utiliza a expressão “alienar” pretende abarcar toda forma de transmissão de bens admitidas no campo das obrigações do direito civil, e, por este motivo, afigura-se, mais do que necessária, a anuência expressa por parte do outro consorte.

Ainda, de acordo com Gonçalves<sup>5</sup>, no sistema do Código de 1916, mesmo no regime da separação absoluta de bens, exigia-se a permissão do cônjuge para alienação de referidos bens.

Nesse sentido, entende Gonçalves<sup>6</sup> que:

Tendo em vista que artigo 2.039 do novo diploma determina que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior “é o por ele estabelecido”, permanece, em consequência, a necessidade da outorga uxória ou marital, para a prática desses atos nos casamentos celebrados na vigência do diploma anterior pelo regime da separação de bens.

Importante também salientar que determinada exigência de consentimento para alienação de bens imóveis, incide apenas em relação à tais bens imóveis expressamente aduzidos, não alcançando, assim, os bens móveis, ainda que, de montante expressivo, traduzindo-se em uma proteção sem justificativa, visto que assim foi querido pelo

---

<sup>3</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 462.

<sup>4</sup>Ibid.

<sup>5</sup>Ibid.

<sup>6</sup>Ibid.

legislador, em detrimento dos bens móveis, mesmo que de superior valor, em semelhantes condições.

Destaque-se que para Farias e Rosenvald<sup>7</sup>, a outorga é exigida ainda que o bem imóvel não integre a comunhão do casal, pertencendo, com exclusividade, a um dos cônjuges anteriormente às núpcias. Tal fato se defende em razão dos frutos que possam advir dos mencionados bens, que integrarão, por conseguinte, a comunhão patrimonial dos consortes.

Para Tartuce<sup>8</sup>, “a questão da outorga não se confunde com o problema de eventual meação. Isso porque se exige a outorga quando cônjuge pretende alienar bem particular que não pertence ao outro cônjuge”. Continua o autor, entendendo que no que diz respeito à bem do patrimônio comum do casal, não há que se falar em outorga, visto que ambos devem alienar o bem em conjunto, eis que são proprietários do bem.

Consoante Tartuce<sup>9</sup> é importante discorrer acerca da forma pela qual será realizada a prova do consentimento para os atos que prescindem da anuência expressa do outro cônjuge. A comprovação poderá ser formalizada através de instrumento público, para ter eficácia perante terceiros, ou particular, para ter validade entre as partes, a depender do caso concreto que reclame tal solenidade.

Sob esse prisma, para Gonçalves<sup>10</sup>, na alienação de imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, a prova se dará por instrumento público, conforme disposição expressa do art. 108 do CC<sup>11</sup>. Em contrapartida, quando a lei não exige o instrumento público para a efetivação dos referidos atos, a procuração constará do instrumento particular.

<sup>7</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direito das famílias*, v. 6. 6. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014, p. 335.

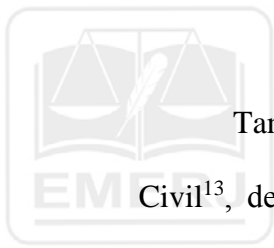
<sup>8</sup>TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. v. 5. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 329.

<sup>9</sup>Ibid., p. 326.

<sup>10</sup>GONÇALVES, op. cit., p. 467.

<sup>11</sup>BRASIL. Código Civil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.



Também para Gonçalves<sup>12</sup>, nesses casos, deve-se observar o artigo 220 do Código Civil<sup>13</sup>, de acordo com o qual “a anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que possível, do próprio instrumento”.

Nesse sentido, Farias e Rosenvald<sup>14</sup> entendem que, quando exigida a escritura pública, como da essência do ato, deve a vênua conjugal ter a mesma forma pública do ato, como é a hipótese da alienação de bem imóvel, cuja solenidade há de ser por escritura pública, e assim, conseqüentemente, a concordância expressa do cônjuge.

Note-se que o ideal é que essas solenidades sejam concedidas no respectivo instrumento negocial em que se realizam. Porém, nada impede, todavia, que possa a aquiescência formal ser obtida por meio de instrumento autônomo, ou seja, independente, visto que não há impedimento na lei nesse sentido.

Apenas a título de esclarecimento, Tartuce<sup>15</sup> discorre acerca da hipótese da não produção de efeitos desses atos frente à ausência de vênua conjugal. Nesse diapasão, o autor afirma que “a falta de outorga do cônjuge traz como decorrência a nulidade relativa ou a anulabilidade do ato ou negócio jurídico celebrado em desrespeito ao art. 1647 do CC, não havendo suprimento judicial”.

No mesmo sentido, assinala Diniz<sup>16</sup>, relativamente ao momento da outorga que “a autorização deve preceder o ato; nada impede, entretanto, que seja dada no momento em que o ato vai ser praticado”.

Sobre esse tema, conclui-se que a necessidade da outorga conjugal tem relevância direta quanto à produção de efeitos dos atos relacionados à alienação de bens imóveis na

---

<sup>12</sup>GONÇALVES, op. cit., p. 467.

<sup>13</sup>BRASIL. Código Civil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>14</sup>FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 336.

<sup>15</sup>TARTUCE, op. cit., p. 326.

<sup>16</sup>DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 216.

constância do matrimônio. Do contrário, permaneceriam os mesmos carentes de impactos no plano da validade jurídica, equivalendo-se à atos inválidos, pois em afronta ao comando do Código Civil analisado no presente capítulo.

## 2. O REGIME PATRIMONIAL E A MEAÇÃO BENS NA UNIÃO ESTÁVEL

O conceito de união estável, atualmente, está expresso no art. 1723 do CC<sup>17</sup>, o qual estabelece que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família”. Tal dispositivo é regulamentado pelo art. 226 §3 da CRFB/88<sup>18</sup>.

De acordo com Farias e Rosenvald<sup>19</sup>, com o surgimento das Leis 8.971/94<sup>20</sup> e 9.278/96<sup>21</sup> possibilitou-se o reconhecimento do direito à meação sobre os bens obtidos onerosamente durante a convivência, ou seja, assegurou-se a comunhão relativamente à esses bens. Dessa forma, o ordenamento jurídico estabeleceu uma legítima presunção de cooperação na aquisição de patrimônio entre os conviventes, inferindo, assim, o esforço mútuo entre eles na constância da união estável.

Assim, para Farias e Rosenvald<sup>22</sup> em conformidade com as regras estipuladas no casamento, a união estável se equipara no que diz respeito ao direito à meação sobre os bens adquiridos conjuntamente durante a relação, com exceção daqueles adquiridos a título gratuito, por sucessão ou doação; quando as partes estipularem contrato de

---

<sup>17</sup>BRASIL. Código Civil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>18</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>19</sup>FARIAS; ROSENVALD, op. cit., 2015, p. 475.

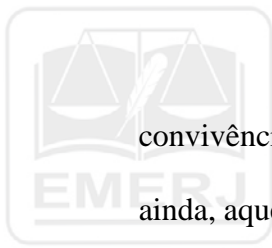
<sup>20</sup>BRASIL Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

<sup>21</sup>BRASIL Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

<sup>22</sup>FARIAS; ROSENVALD, op. cit., 2015, p. 476.



convivência; bens adquiridos anteriores à coabitação ou após a separação de fato ou, ainda, aqueles sub-rogados em seu lugar.

Ressalta ainda, Farias e Rosenvald<sup>23</sup>, que “se a convivência doméstica, contudo, não resultou na aquisição de patrimônio, a título oneroso ou ampliação do capital, não se poderá falar em direito à meação”. Continua, afirmando, que não podem ser utilizadas na união estável as limitações referentes à opção do regime de bens adotada no casamento, estabelecidas no art. 1.641 do CC<sup>24</sup>, tendo em vista tratar-se de norma restritiva de direitos, e por isso, a interpretação da lei, há de ser, necessariamente circunscrita somente àquele instituto.

Segundo Wald e Fonseca<sup>25</sup>, “o regime de bens constitui o complexo de normas que disciplinam, na união estável, as relações patrimoniais entre os conviventes”. Nesse sentido, o Código Civil estabelece em seu art. 1725<sup>26</sup>, que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens”.

Dessa forma, de acordo com Wald e Fonseca<sup>27</sup> prevalece, atualmente, o regime da comunhão parcial de bens nesse tipo de relação, a não ser que haja disposição em sentido diverso, prevista em contrato escrito estipulado entre os conviventes, qual seja, o contrato de convivência, vez que a legislação não estabeleceu quaisquer regras cogentes acerca do regime de bens a ser adotado.

Assim, para Wald e Fonseca<sup>28</sup>, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, os bens contraídos após a união, de forma onerosa, pertencem ao domínio comum dos

---

<sup>23</sup>Ibid., p. 478-479.

<sup>24</sup>BRASIL. Código Civil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>25</sup>WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito Civil: direito de família*, v. 5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 419.

<sup>26</sup>BRASIL. Código Civil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>27</sup>WALD; FONSECA, op. cit., p. 420.

<sup>28</sup>Ibid., p. 421.

conviventes, independentemente do reconhecimento do empenho de ambos para a obtenção, sendo desnecessária a prova do esforço comum. Tal efeito é resultante do próprio regime da comunhão parcial.

Tartuce<sup>29</sup>, ressalta que o esforço comum é presumido “mesmo quando decorre de atividade doméstica, não remunerada, pois ela é considerada relevante e equiparada ao trabalho e à atividade profissional”.

Dessa forma, dada a presunção absoluta de colaboração recíproca, sem possibilidade de contraprova, mais uma vez o Código Civil tomou como modelo os efeitos patrimoniais do casamento, aplicando, analogicamente, à união estável o regime da comunhão parcial de bens normatizado para àquele, ausentes regras particulares para tanto.

Frise-se que a relação convivencial não foi equiparada totalmente ao casamento, visto que são institutos familiares que não se confundem, pois cada qual apresenta especificidades inerentes, motivo pelo qual o legislador assinalou explicitamente que o aludido regime patrimonial se aplica “no que couber” as relações de união estáveis.

Outrossim, Farias e Rosenthal<sup>30</sup> concluem que “a administração do patrimônio comum pertencerá, por óbvio, a qualquer dos companheiros, diferentemente dos bens particulares, que serão administrados somente pelo próprio titular (CC, art.1663)”.

Note-se, consoante o entendimento de Gonçalves<sup>31</sup>, que em relação às pessoas maiores de setenta anos, conviventes em união estável existe controvérsia no que compete à incidência ou não da obrigatoriedade do regime da separação de bens, tal como ocorre no casamento, uma vez que a falha do legislador nessa possibilidade criou evidente conflito de interpretação.

---

<sup>29</sup>TARTUCE, op. cit., p. 327.

<sup>30</sup>FARIAS; ROSENTHAL, op. cit., 2015, p. 478.

<sup>31</sup>GONÇALVES, op. cit., p. 647.



Nesse sentido, conforme Tartuce<sup>32</sup>, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça no RESP 646.259/RS a aplicação da regra obrigatória do regime de bens da separação absoluta na hipótese de companheiros idosos, à semelhança dos conceitos atinentes ao matrimônio.

Esclarece Tartuce<sup>33</sup> que “todavia, ao final, o acórdão traz a ressalva segundo a qual a norma traz atentado à dignidade do idoso, em clara contradição que parece indicar outro caminho no futuro”. Reafirma o autor que as normas restritivas da autonomia privada não comportam aplicação analógica, devendo ser protegida a liberdade da pessoa humana, preponderando sobre a proteção patrimonial.

Entende também Gonçalves<sup>34</sup> que, em ambos os casos de constituição de entidades familiares, “deve-se invocar, para afastar a aplicabilidade da aludida restrição, afronta ao inciso I do art. 5 e ao §5 do art. 226, ambos da CRFB/88, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no inciso III de seu art. 1”.

Importante analisar se o regime da comunhão parcial de bens na união estável foi o que sempre vigorou no ordenamento jurídico. Sobre esse ponto, Tartuce<sup>35</sup> esclarece aduzindo que “antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o regime de bens da união estável não era o da comunhão parcial e o principal argumento para tal conclusão é que haveria antes a necessidade de prova do esforço comum para o direito à meação”.

A questão se mostra pertinente, pois influencia na titularidade dos bens, pontuando Tartuce<sup>36</sup>, que:

Segundo o Enunciado 346 da IV Jornada de Direito Civil, “na união estável o regime patrimonial obedecerá à norma vigente no momento da aquisição de cada bem, salvo contrato escrito”. Pelo teor do enunciado doutrinário, a verificação de titularidade dos bens dos companheiros dependerá da lei vigente quando de sua aquisição, variando de acordo com o tempo [...].

---

<sup>32</sup>TARTUCE, op. cit., p. 333.

<sup>33</sup>Ibid., p. 333-334.

<sup>34</sup>GONÇALVES, op. cit., p. 648.

<sup>35</sup>TARTUCE, op. cit., p. 331.

<sup>36</sup>Ibid., p. 332.





Dessa maneira, conforme se depreende, o regime patrimonial aplicável a união estável é o da comunhão parcial de bens, salvo as exceções legais acima mencionadas, tendo a companheira direito à meação relativamente aos bens obtidos onerosamente na constância da relação, como regra geral.

### **3. (DES) NECESSIDADE DE OUTORGA DA COMPANHEIRA NA ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS E OS EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES**

Como visto, a partir da análise dos conceitos da outorga conjugal, da verificação do regime de bens aplicável à união estável, bem como do estudo sobre o direito à meação atinentes às relações convivenciais irá se verificar, por derradeiro, sobre a exigência ou não do consentimento no tocante à alienação de imóveis neste âmbito familiar e, conseqüentemente, os efeitos jurídicos advindos das relações consubstanciadas.

Sob este prisma, ressalte-se que a inexistência de regras que normatizam essa sistemática geram circunstâncias conflituosas, abrangendo os próprios conviventes, nas suas relações internas, assim como terceiros que com eles contratam, principalmente, em virtude da informalidade dessas relações, ante a falta de registro do estado civil nos cartórios de imóveis e da publicidade que permeiam estas uniões.

Por conta disso, torna-se necessário o questionamento acerca da utilização ou não do art 1647, I do CC<sup>37</sup> à união estável por se tratar de uma união de fato, sem a necessidade de registros públicos. Destaque-se que, por se cuidar de matéria questionada, há entendimento nos dois sentidos.

---

<sup>37</sup>BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

Segundo Cotrim<sup>38</sup>, “a análise em foco atinge, basicamente, duas vertentes: a que rejeita a necessidade de outorga do convivente na união estável, considerada prevalente, e a que entende pela conveniência de tal autorização [...]”

Tartuce<sup>39</sup> adota o primeiro entendimento, ao aduzir que:

Para uma primeira corrente, a outorga só pode ser exigida dos cônjuges e não dos companheiros por se tratar de norma restritiva de direitos que não comporta interpretação extensiva ou analogia. Por essa linha, a outorga só pode ser exigida por expressa previsão legal, o que não se verifica no tocante à união estável. Esse é o entendimento do presente autor, mesmo existindo contrato de convivência entre as partes, inclusive celebrado por escritura pública. (...) Para uma segunda corrente, a expressão, “no que couber” inclui a exigência de outorga entre as regras do casamento aplicáveis à união estável.

Sob este fundamento, a outorga não é exigida no âmbito familiar da união estável por se tratar de uma norma restritiva de direitos que não pode ser ampliada para o âmbito da união estável, por ausência de lei nesse sentido, não admitindo, assim, interpretação extensiva.

Tal entendimento também é seguido por Farias e Rosenvald<sup>40</sup> ao afirmarem que “como não se exige o registro público de uma união estável, não há como o terceiro estar protegido de eventuais prejuízos”. Ademais, discorrem sobre a complexidade de se estabelecer os limites temporais da união estável, tornando inviável se exigir de terceiros cautelas necessárias diante desse quadro, o que faria com que a segurança jurídica dessas relações restasse prejudicada.

Prosseguem, Farias e Rosenvald<sup>41</sup>, afirmando que:

Exigir, destarte, a anuência do companheiro para a prática de atos por pessoas que vivem em união estável é desproteger, por completo, o terceiro de boa-fé. Assim, estando o bem registrado em nome apenas de um dos companheiros, lhe será possível aliená-lo, independentemente de outorga do outro companheiro. Neste caso, fica assegurado ao companheiro prejudicado o direito de regresso contra o convivente que dilapidou o patrimônio comum.

---

<sup>38</sup>GUIMARÃES, op. cit., p. 96-97.

<sup>39</sup>TARTUCE, op. cit., p. 328-329.

<sup>40</sup>FARIAS; ROSENVALD, op. cit., 2014, p. 337.

<sup>41</sup>Ibid., p. 338.

Por conta disso, o terceiro de boa-fé caracteriza-se como a parte mais desprotegida nessa relação jurídica, uma vez que o companheira, embora também ludibriada, mantém uma relação de convivência direta com o alienante, tendo, dessa forma, mais possibilidades de ver seu direito futuramente ressarcido, de forma a fazer regressar ao seu patrimônio a meação alienada sem a sua autorização.

Nesse sentido, ainda é admitido ao convivente o direito de promover contra o companheiro de má-fé a competente ação de responsabilidade civil para resguardar a sua meação ou mesmo se valer de medidas cautelares inominadas, como os embargos de terceiros, com o fim de impedir a alienação do imóvel que lhe é desvantajosa.

Ressalte-se que, a única hipótese em que o terceiro adquirente poderá ser acionado ocorrerá se houver a comprovação da ciência de união estável do alienante, agindo, dessa forma, o adquirente de má-fé, fraudulentamente na relação.

Por sua vez, Gonçalves<sup>42</sup>, em sentido diverso, afirma que:

A outorga do companheiro é necessária, para alienação imobiliária. Sendo a união estável regida pela comunhão parcial de bens, há de ser observado o disposto no art 1647, I, do Código Civil, que trata da aludida autorização. (...) como a união estável decorre de um fato e não é objeto de registro, inexistente um ato que dê publicidade formal à sua existência, não podendo por essa razão tal situação ser oposta a terceiros. (...) Pode, no entanto, inexistir boa-fé do terceiro, como no caso de negociar com um dos companheiros, sabendo da sua situação familiar convivencial. Não se afasta, *in casu*, a possibilidade de o parceiro lesado postular anulação do negócio, desde que apresente prova segura e convincente do conhecimento, por parte do terceiro adquirente [...].

Todavia, como restou demonstrado, não é esse o entendimento que prepondera modernamente. Nesse sentido, para a 3ª Turma do STJ<sup>43</sup>, a outorga da companheira para alienação de imóveis não é aplicável à união estável, somente sendo oponível sua utilização, desde que seja concedida publicidade à essa convivência como forma de não obstacularizar direitos de terceiros de boa-fé.

---

<sup>42</sup>GONÇALVES, op. cit., p. 646-647.

<sup>43</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1424275/MT. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/158009941/andamento-do-processo-n-1424275-mt-do-dia-16-12-2014-do-stj>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.



Assim, esclarece Cavalcante<sup>44</sup> ao comentar o Informativo 554 do STJ:

Se um imóvel foi alienado pelo companheiro sem a anuência de sua companheira, a anulação dessa alienação somente será possível se no registro de imóveis onde está inscrito o bem, haja a averbação (...) de que o proprietário daquele imóvel vive um união estável (...) ou da demonstração de má-fé do adquirente. Se não houver essa averbação no registro imobiliário e se não existir nenhuma outra prova de que o adquirente estava de má-fé, deve-se presumir que o comprador estava de boa-fé, preservando, assim, a alienação realizada em nome da segurança jurídica e da proteção ao terceiro de boa-fé.

Continua Cavalcante<sup>45</sup> sustentando que a razão desse entendimento, defendido pela 4ª Turma do STJ<sup>46</sup>, se dá pela efetiva desigualdade de tratamento existente entre o matrimônio e as relações convivenciais no tocante a exigência ou não de consentimento. Tal fato se deve por ser o casamento um ato jurídico cartorário e solene que enseja publicidade *erga omnes*. Em contrapartida, a união estável não desfruta dessa presunção, de modo que se torna muito dificultoso ao terceiro se preservar de inesperados prejuízos, dado que o mesmo jamais terá plena certeza do estado de relacionamento do alienante com quem contrata.

Observa, por fim, Nicolau<sup>47</sup>, ao defender uma solução para o impasse, que “nesse caso resolve-se o dilema e a lei deve mesmo preferir o terceiro de boa-fé”, ressaltando que para que haja a cessação desse conflito a saída seria os conviventes anotarem seu estado civil na matrícula de nascimento, o que não ensejaria a desconfiguração da união estável, mas sim acarretaria em uma ampla segurança jurídica para todos os que possam vir a serem atingidos por esse negócio imobiliário.

---

<sup>44</sup>CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Informativo Esquematizado*: informativo 554-STJ. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/03/info-554-stj.pdf>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

<sup>45</sup>Ibid.

<sup>46</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1299866/DF. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25015878/recurso-especial-resp-1299866-df-2011-0312256-8-stj/inteiro-teor-25015879>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

<sup>47</sup>NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento*: diferenças práticas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123-124.

## CONCLUSÃO

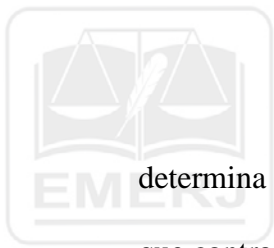
A controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do requisito da anuência expressa da companheira para a alienação de bens imóveis, obtidos onerosamente na constância da união estável e inscritos somente em nome de um dos conviventes, diz respeito à viabilidade ou não de utilização analógica do art. 1647, inciso I do CC.

Sobre esse tema, é possível concluir pela não aplicação da outorga uxória relativamente à união estável, dado que se trata de uma união de fato com ausência de registro cartorário e carecedora de publicidade. Nesse sentido, esses configuram os principais motivos que impedem a aplicação analógica da outorga às relações advindas do negócio imobiliário celebrado com terceiros de boa-fé, no âmbito das uniões estáveis, quando o imóvel está registrado em nome de apenas um dos companheiros.

Destarte, desde que seja conferida publicidade à essa união, havendo a respectiva averbação no competente registro de imóveis, a anulação da alienação será possível, preservando-se, assim, o direito de meação da companheira, pois, neste caso, o terceiro agiu de má-fé ao ignorar tal fato.

Porém, não havendo essa anotação no registro imobiliário e também não existindo nenhuma outra prova de que o adquirente estava de má-fé, presume-se a boa-fé do mesmo, mantendo-se a alienação do bem, em face da segurança jurídica e da proteção ao terceiro de boa-fé.

Importante ressaltar que não foi o objetivo da lei equiparar o casamento à união estável nesse aspecto, pois o fato do art. 1725 do CC determinar que o regime aplicável à mesma seja o da comunhão parcial de bens, não importa em extensão analógica da regra do inciso I do art. 1647 do CC. A razão disso é que a imposição do consentimento não se



determina em função do regime da comunhão parcial de bens, tendo em vista que aqueles que contraem núpcias sob os outros regimes, também precisarão consentir nesse sentido.

Por conta disso, resta claro que as circunstâncias apontadas buscam alcançar formas que privilegiem os direitos dos terceiros envolvidos. Dessa forma, em harmonia ao princípio da segurança jurídica e da proteção ao terceiro de boa-fé, as normas que regulam os efeitos patrimoniais na união estável devem ser interpretadas da maneira mais benéfica em relação à esses sujeitos, tendo em vista a informalidade pela qual optam seus conviventes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1299866/DF. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25015878/recurso-especial-resp-1299866-df-2011-0312256-8-stj/inteiro-teor-25015879>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1424275/MT. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/158009941/andamento-do-processo-n-1424275-mt-do-dia-16-12-2014-do-stj>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Informativo Esquematizado*: Informativo 554-STJ. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/03/info-554-stj.pdf>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direito das famílias*. v. 6. 6. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil: famílias*. v. 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *Negócio jurídico sem outorga do cônjuge ou convivente: alienação de bens e outros atos, à luz do Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NETO, Edgard Borba Fróes. *A outorga uxória na união estável*. Artigo, 2011. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/A%20outorga%20ux%C3%B3ria%20na%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20outorga%20ux%C3%B3ria%20na%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel.pdf)>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento: diferenças práticas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PAULA, Paula Lemos de; RIVA, Léia Comar. *Anuência dos cônjuges e da companheira para a realização dos negócios imobiliários: análise do artigo 1.647 do Código Civil de 2002*. Artigo - Encontro de Ensino, Pesquisa e Extensão, 2015. Disponível em: <<http://anaisonline.uems.br/index.php/enic/article/viewFile/2255/2175>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

SANTA MARIA, Fernanda da Assunção. *Extensão da outorga uxória à união estável: ponderação dos direitos do terceiro contratante e do companheiro prejudicado, ambos de boa-fé, em atos de disposição patrimonial*. Artigo (Pós-graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_12010/fernandasantamaria.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/fernandasantamaria.pdf)>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. v. 5. 10. ed. São Paulo: Método, 2015.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito Civil: direito de família*, v. 5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



## UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA CRIMINAL

Janaira Ferreira

Graduada pela PUC-RIO  
Analista da Defensoria Pública do Estado do Rio Janeiro

**Resumo:** Este trabalho pretende alertar a sociedade e especialmente, aos aplicadores do Direito, que a medida de segurança criminal de internação terapêutica em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, trata-se de uma “pena corporal” vez que indubitavelmente existe uma efetiva intervenção do Estado à liberdade do delinquente-doente. E pensando na inserção da sociedade brasileira num Estado Democrático de Direito e conseqüentemente na sua fiel proposta de ter “Cidadãos Livres”, pugna-se contra a “Institucionalização de Prisão Perpétua dos inimputáveis”, através de uma Execução Penal utilitarista nos moldes dos direitos fundamentais e princípios constitucionais vigentes na Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Medida de Segurança Criminal, Constituição, Execução Penal.

**Sumário:** Introdução. 1. A Medida de Segurança Criminal no Código Penal de 1984 e na Lei de Execução Penal. 2. Da Busca por uma Execução Penal Utilitarista da Medida de Segurança Criminal. 3. A Progressividade da Medida de Segurança Criminal Através da Aplicabilidade e Estímulo da Desinternação Progressiva. 4. Limitação Máxima de Duração da Medida de Segurança Criminal Face aos Princípios Constitucionais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a desinstitucionalização psiquiátrica na aplicação da medida de segurança criminal vigente no Código Penal de 1984 e na Lei de Execução Penal.

Procura-se demonstrar que a psiquiatria social visa a desenvolver uma terapia através da coletivização no interior dos hospitais, fortalecendo a idéia de que a internação num hospital representa um mero momento no sistema assistencial, mantendo sempre que possível o paciente mental integrado no seu meio social através de uma política de desinstitucionalização psiquiátrica.

Para tanto serão abordadas algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais a fim de destacar a necessidade do Direito de estabelecer limites na persecução criminal aos infratores doentes mentais, instituindo um tratamento terapêutico individualizado atento às peculiarida-



des do caso concreto.

No primeiro capítulo, será abordado a forma como a medida de segurança criminal foi delineada no Código Penal de 1984 e na Lei de Execução Penal, destacando conceitos legais, tais como os dos agentes inimputáveis e semi-imputáveis, o do sistema vicariante, e por fim analisando a necessidade de revitalização do princípio da legalidade na medida de segurança criminal.

No segundo capítulo, reconhecendo a medida de segurança como uma espécie de sanção penal, será proposta uma execução penal utilitarista, com uma política de superação das necessidades terapêuticas do paciente delinquente através dos Centros de Apoio Psicossocial (CAPS) e Residências Terapêuticas.

No terceiro capítulo, terá como foco principal a necessidade de um sistema progressivo da medida de segurança criminal, realidade que vem sendo reconhecida pelos Tribunais Superiores.

A proposta do quarto capítulo é discutir a imposição de limites máximos no prazo de duração das medidas de segurança criminais pelos Tribunais Superiores em benefício dos princípios da dignidade humana e da individualização da pena.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

## **1 A MEDIDA DE SEGURANÇA CRIMINAL NO CÓDIGO PENAL DE 1984 E NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

Em primeiro lugar, conforme ensina Mirabete, cumpre destacar a estrutura jurídica das denominações adotadas para os diferentes graus de incapacidade psiquiátrica no direito



Os inimputáveis, definidos no art. 26, *caput*, do Código Penal<sup>2</sup>, constituem os indivíduos portadores de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que ao tempo da ação ou omissão, são inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

E os semi-imputáveis, definidos no parágrafo único do art. 26<sup>3</sup>, configuram os agentes, que em virtude de perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuem ao tempo da ação ou da omissão, a inteira capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Com o desiderato de conferir maior autenticidade do sistema penal nos moldes de um Direito Penal Moderno, o Código Penal de 1984, em superação aos paradigmas do Código Penal de 1940, extinguiu a medida de segurança para o imputável e instituiu o Sistema Vicariante para os semi-imputáveis.

Neste sentido o julgador assumiu a importante responsabilidade de considerar o delinquente imputável ou inimputável através de uma minuciosa análise do exame de sanidade mental. Assim, caso o juiz entenda que o delinquente é absolutamente imputável, fica cabível apenas a sanção-pena.

Por outro lado, entendendo o juiz tratar-se de um inimputável, exclusiva será a aplicação da medida de segurança criminal, não admitindo mais a legislação a cumulatividade da pena com a medida de segurança.

O grande avanço trazido pelo Código Penal de 1984 foi sem dúvida a suspensão do duplo binário, vez que reconhecendo a medida de segurança como uma espécie de sanção punitiva pelos seus efeitos e implicações à liberdade do delinquente doente, não mais permite

---

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo, Atlas, 2003, p.73.

<sup>2</sup> Código Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Saraiva, 1984.

<sup>3</sup> Ibid.

que um indivíduo sofra duas formas de reações penais em pleno vigor de um Estado Democrático de Direito<sup>4</sup>.

Salienta-se, destarte, que instituindo o sistema vicariante para os semi-imputáveis, coube novamente ao juiz a responsabilidade de aplicar aos fronteiriços pena com redução quantitativa ou medida de segurança criminal, tendo em vista às condições psíquicas do indivíduo ao tempo da ação ou omissão.

Assim, a medida terapêutica penal perdeu sua função de complemento da pena, permanecendo apenas como medida de substituição judicial se tratando de um semi-imputável.

Outro aspecto revolucionário do Código Penal de 1984 foi a evidente revitalização do princípio da legalidade na medida de segurança criminal, não mais se admitindo a presunção de periculosidade do agente por atos anti-sociais e enunciando, como pressupostos obrigatórios para a aplicação da medida profilática, tanto a periculosidade criminal como a prática de um ilícito típico – art. 97 e art. 98 do Código Penal<sup>5</sup>.

A Lei de Execução Penal também foi fundamental na legalidade da aplicação da medida terapêutica penal ao louco infrator, ao estabelecer o princípio da jurisdicionalidade, que determina somente a aplicabilidade da medida de segurança criminal detentiva ou privativa, pela regular expedição da Guia de Execução, após o transito em julgado da sentença de absolvição imprópria do delinquente doente. Não mais se admite a internação do indivíduo em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou a sua submissão ao tratamento ambulatorial, sem a devida providência jurisdicional, materializada na expedição da Guia de Execução – art. 171 c/c art. 172 da Lei de Execução Penal<sup>6</sup>.

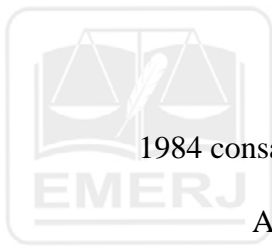
Com a finalidade de simplificar os tipos de medidas profiláticas, o Código Penal de

---

<sup>4</sup> FERRARI, Eduardo Reale .*Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2001, p.26.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>6</sup> Ibidem, p . 29.



1984 consagra duas espécies de medida de segurança: a detentiva e a restritiva<sup>7</sup>.

A medida de segurança detentiva consiste na internação do delinquente doente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, fixando-se o prazo mínimo de internação em 01 (um) a 03 (três) anos.

Esse prazo tornar-se-á indeterminado, perdurando a medida de segurança privativa enquanto não verificada a cessação de periculosidade do delinquente doente por perícia técnica, sendo certo que esta perícia deverá ser realizada próximo ao término do prazo mínimo determinado pelo juiz em sentença e repetir-se-á, anualmente, salvo se o juiz fixar prazo menor para sua realização.

O Código Penal de 1984 consagra outra significativa inovação, ao prever a medida de segurança restritiva consistente na sujeição do delinquente doente ao tratamento ambulatorial, cumprindo-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pela equipe médica que o acompanha, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita num prazo mínimo de 01 (um) a 03 (três) anos.<sup>8</sup>

O critério para escolha da espécie de medida de segurança criminal a que se deve submeter o delinquente doente se funda na gravidade do ilícito típico e não na periculosidade do agente.

O *caput* do art. 97 é bem claro em afirmar que, se o delinquente doente tiver praticado um crime apenado com reclusão, obrigatória será a sua internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – critério eminentemente jurídico.

Mas, se, outrossim, o delinquente doente tiver praticado crime apenado com detenção, faculta-se ao juiz optar entre a internação e o tratamento ambulatorial – critério terapêuticamente jurídico.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.32.



Em se tratando de substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança privativa ou detentiva, no caso do semi-imputável, o critério para tal substituição judicial parece ser eminentemente terapêutico, vez que o art. 98 do Código Penal prevê tal possibilidade se, comprovada a semi-imputabilidade do delinquente doente, houver necessidade de especial tratamento curativo.

A medida de segurança criminal, seja de internação, seja de sujeição ao tratamento ambulatorial, perdurará enquanto persistir a periculosidade do delinquente doente face à sociedade, estabelecendo o Código Penal de 1984 ausência de limites máximos de execução da medida terapêutica penal nos termos do seu art. 97, §1.

Frisa-se, outrossim, que a Lei de Execução Penal também foi omissa quanto à determinação legal de limite máximo para a execução da medida profilática por um delinquente doente.

Como já salientado, a averiguação da periculosidade do delinquente doente deverá ser feita mediante perícia médica a ser realizada ao término do prazo mínimo estabelecido em sentença.

E, no caso da perícia médica não concluir pela cessação de periculosidade do indivíduo doente, esta deverá ser realizada anualmente, ou a qualquer tempo, se a determinar o juiz da execução – art. 97, §2 do Código Penal c/c art. 175 da Lei de Execução Penal<sup>9</sup>.

A rigidez, estabelecida pelo Código Penal de 1984, quanto à possibilidade de realização do exame de cessação de periculosidade somente ao término do prazo mínimo fixado em sentença, parece ter sido atenuada pela Lei de Execução Penal que preceitua em seu art. 176:

Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame pa-

---

<sup>9</sup> Código Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Saraiva, 1984.



ra que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se, nos termos do artigo anterior.<sup>10</sup>

Trata-se, outrossim, de uma forma excepcional de realização do exame de verificação da periculosidade do delinquente doente, em momento anterior ao término do prazo mínimo de duração da medida profilática fixado em sentença, que depende essencialmente de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado.

A averiguação da cessação de periculosidade implica necessariamente a liberação do louco infrator da respectiva medida de segurança profilática. Com tal exame de comprovação de cessação de periculosidade nos autos, já ouvido o Ministério Público, o juiz de execução determinará audiência de desinternação ou de liberação e a intimação da família do louco infrator, onde proferirá decisão, que se for positiva, determinará a suspensão da execução da medida de segurança criminal<sup>11</sup>.

Como em toda decisão proferida pelo juiz de execução de tal decisório de liberação ou desinternação do delinquente doente caberá agravo com efeito suspensivo, vez que, somente com o transito em julgado da decisão, o juiz de execução expedirá ordem para a desinternação ou liberação, nos termos do art. 179 da Lei de Execução Penal.

A liberação ou desinternação do delinquente doente à medida de segurança criminal será condicionada durante 01 (um) ano às obrigações previstas no art. 132 e 133 da Lei de Execução Penal, impostas pelo juiz de execução nos termos do art. 97, §3 do Código Penal c/c o art. 178 da Lei de Execução Penal, sendo certo que, se o delinquente doente praticar “fato indicativo de persistência de periculosidade” dentro deste prazo condicional de 01 (um) ano, a medida de segurança criminal deverá ser restabelecida no moldes do art. 97, §3.º, parte final.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Código Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Saraiva, 1984.

<sup>11</sup> FERRARI, Op. cit, p. 32.

<sup>12</sup> Código Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Saraiva, 1984.

No que tange à possibilidade de regressão, o art. 97, §4.º do Código Penal estabelece que, em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do delinquente doente, se essa providência for necessária para fins curativos<sup>13</sup>.

O art. 184 da Lei de Execução Penal também prevê tal possibilidade de regressão, se o delinquente doente revelar incompatibilidade com o tratamento ambulatorial, acrescentando ainda um tempo mínimo de internação de 01 (um) ano<sup>14</sup>.

Assim, se o juiz de execução verificar que o delinquente doente não comparece ao local adequado nos dias previamente fixados, não se submete ao tratamento prescrito, ou pratica atos incompatíveis com o tratamento ambulatorial, poderá determinar a sua re-internação.

A Lei de Execução Penal prevê uma forma de conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança criminal, se, no curso da execução, sobrevier doença mental ou perturbação de saúde mental no apenado.

Nestas condições, o juiz de execução poderá, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa competente, determinar a substituição da pena privativa de liberdade por medida terapêutica penal nos moldes do art. 183 da Lei de Execução Penal<sup>15</sup>.

## **2 BUSCA POR UMA EXECUÇÃO PENAL UTILITARISTA DA MEDIDA DE SEGURANÇA CRIMINAL**

Nota-se o reconhecimento de que os deficientes mentais suscetíveis às medidas de segurança criminais são efetivamente condenados – e não absolvidos impropriamente – face à representação, essencialmente aflitiva da medida de segurança criminal.

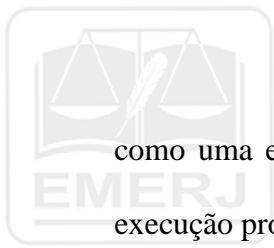
Neste sentido, os Tribunais Superiores reconheceram a medida de segurança criminal

---

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.



como uma espécie de sanção penal, ao lado da pena, logo entenderam não ser cabível sua execução provisória, à semelhança do que ocorre com a pena aplicada aos imputáveis.

#### MEDIDA DE SEGURANÇA. FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO

Em retificação à nota do HC 226.014-SP (Informativo n. 495, divulgado em 25/4/2012), leia-se: A medida de segurança é uma espécie de sanção penal, ao lado da pena, logo não é cabível, no ordenamento jurídico, sua execução provisória, à semelhança do que ocorre com a pena aplicada aos imputáveis. A custódia cautelar só pode ser decretada antes da sentença definitiva, se estiverem presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP e for devidamente fundamentada. Esse entendimento foi fixado pelo STF em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência. No caso, verificou-se a ilegalidade da medida cautelar; pois, como o paciente encontrava-se em liberdade durante a tramitação da apelação e não foi fundamentada a necessidade da imediata aplicação da medida de segurança de internação, tem ele o direito de aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da sentença. Tal interpretação se extrai da LEP, pois, consoante o exposto nos arts. 171 e 172, a guia para a internação do apenado em hospital psiquiátrico ou para sua submissão a tratamento ambulatorial será expedida somente após o trânsito em julgado da decisão que aplicar a medida de segurança. Precedentes citados do STF: HC 84.078-MG, DJe 26/2/2010; HC 98.166-MG, DJe 18/6/2009; HC 90.226-SP, DJe 14/5/2009; do STJ: HC 103.429-SP, DJe 23/3/2009, e HC 148.976-PR, DJe 28/6/2010. HC 226.014-SP, Rel.Min. Laurita Vaz, julgado em 19/4/2012<sup>16</sup>.

A solução adotada pelo legislador de impor a medida de internação ao inimputável, que praticou crime apenado com reclusão, pressupõe um conteúdo punitivo da medida de segurança criminal e não meramente preventivo e assistencial como entende grande parte da doutrina.

Nestas condições, pugna-se por uma verdadeira revolução na execução das medidas terapêuticas-penais com fins alcançar efetiva reabilitação e ressocialização do delinquente doente.

Assim, a Resolução n.º 05 de 04 de maio de 2004 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, respaldada na Lei Federal n.º 10.216/01, brilhantemente dispõe:

1. O tratamento aos portadores de transtornos mentais considerados inimputáveis “*visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio*”

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 226.014. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=hc+226.014&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO>>.



(art. 4º, § 1º da Lei nº 10.216/01), tendo como princípios norteadores o respeito aos direitos humanos, a desospitalização e a superação do modelo tutelar<sup>17</sup>.

E conferindo especial interferência ao princípio da individualização da medida de segurança, frisa-se a necessidade de um trabalho multidisciplinar entre o Sistema de Saúde e a Justiça, com o escopo de atender o segundo item da Resolução n.º 05/ 04, que dispõe:

2. A atenção prestada aos pacientes inimputáveis deverá seguir um programa individualizado de tratamento, concebido por equipe multidisciplinar que contemple ações referentes às áreas de trabalho, moradia e educação e seja voltado para a reintegração sócio-familiar<sup>18</sup>.

Torna-se imprescindível uma mudança radical na mentalidade do Estado com relação à aplicação e execução da medida de segurança criminal, desenvolvendo, outrossim, uma política de superação das necessidades terapêuticas do paciente delinquente, disponibilizando recursos, Centros de Apoio Psicossocial (CAPS) e Residências Terapêuticas.

Assim, com fulcro num ideal de desinstitucionalização psiquiátrica, a inclusão do delinquente doente, nesta rede de assistência terapêutica, seria a regra e a internação no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico a exceção, como bem vem prevendo a Lei 13.146/15 - Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>19</sup>.

Urge necessário preconizar o tratamento terapêutico do delinquente doente face um eficiente Centro de Apoio Psicossocial (CAPS), que desenvolverá um trabalho individualizado com o paciente e principalmente com sua família.

E havendo imperiosa necessidade de internação do paciente delinquente, pugna-se por uma verdadeira execução penal utilitarista da medida de segurança criminal, sempre com

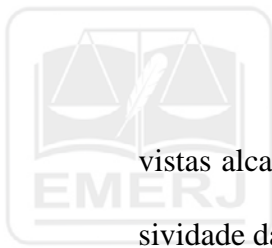
<sup>17</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em:

< [http://cgj.tjsc.jus.br/direitoshumanos/saudemental/servicos/docs/resolucao\\_5\\_2004\\_CNPCP.pdf](http://cgj.tjsc.jus.br/direitoshumanos/saudemental/servicos/docs/resolucao_5_2004_CNPCP.pdf)>.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em:

: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm).



vistas alcançar a reintegração sócio-familiar do paciente através de medidas como a progressividade da medida profilática e limitação máxima da medida de segurança.

### **3 POGRESSIVIDADE DA MEDIDA DE SEGURANÇA CRIMINAL ATRAVÉS DA APLICABILIDADE E ESTÍMULO DA DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA**

No direito pátrio, não existe o sistema progressivo da medida de segurança criminal, apesar de constituir uma realidade pragmática concretizada em vários Estados da Federação.

Trata-se de uma lacuna legal superada pela maioria dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico que efetivamente leva a sério os processos de recuperação e ressocialização dos pacientes delinquentes, visto que, com a desinternação progressiva, não só se alcança a reintegração social do delinquente doente, como também, e igualmente importante, melhores condições de avaliação de sua “periculosidade”.

Convive-se com um Direito que ainda acredita na “irreversibilidade do quadro psiquiátrico” do paciente delinquente, só permitindo sua reavaliação através de um exame de cessação de periculosidade, normalmente realizado após decorrido o prazo mínimo de 01 (um) a 03 (três) anos da aplicação da medida de segurança criminal.

Nesse sentido, a Resolução n.º 05/04 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, vem regulamentando:

(...)

12. A medida de segurança deve ser aplicada de forma progressiva, por meio de saídas terapêuticas, evoluindo para regime de hospital-dia ou hospital-noite e outros serviços de atenção diária tão logo o quadro clínico do paciente assim o indique. A regressão para regime anterior só se justificará com base em avaliação clínica<sup>20</sup>.

Através da Psiquiatria Moderna, a medicina está hoje em condições de reverter quadros psiquiátricos graves em semanas, buscando-se as internações em casos excepcionais.

<sup>20</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em: <[http://cgj.tjsc.jus.br/direitoshumanos/saudemental/servicos/docs/resolucao\\_5\\_2004\\_CNPCP.pdf](http://cgj.tjsc.jus.br/direitoshumanos/saudemental/servicos/docs/resolucao_5_2004_CNPCP.pdf)>.

Está-se num momento singular em que se exige a necessidade de uma reforma do Direito em consonância com os avanços da medicina psiquiátrica, para que efetivamente se alcance a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais.

Os Tribunais Superiores foram novamente inovadores decidindo por uma medida de desinternação progressiva através da adoção de uma política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, como bem fica evidenciado no seguinte julgado:

Inimputável e medida de desinternação progressiva. A 1ª Turma denegou habeas corpus, porém, concedeu a ordem, de ofício, para determinar que o Instituto Psiquiátrico Forense apresente, em 60 dias, plano de desligamento de interno daquela instituição, ora paciente, e que dê cumprimento ao art. 5º da Lei 10.216/2001, a fim de que as autoridades competentes realizem “política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida” fora do âmbito daquele instituto. Na situação dos autos, o paciente fora condenado pelas condutas tipificadas como ameaça e ato obsceno e, no curso do processo, constatar-se sua inimputabilidade, aplicando-se-lhe medida de segurança pelo prazo mínimo de 3 anos. Destacou-se que o paciente cumpriria internação hospitalar há 17 anos e que a desinternação progressiva seria medida a se impor. HC 102489/RS, rel. Min. Luiz Fux, 22.11.2011. (HC-102489)<sup>21</sup>.

#### **4 LIMITAÇÃO MÁXIMA DE DURAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA CRIMINAL FACE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

No direito pátrio, a medida de segurança criminal não possui prazo de duração predefinido em sentença judicial, persistindo tal medida profilática até que se comprove, por laudo médico, a cessação da periculosidade do delinquente doente, nos termos do art. 97 do Código Penal.

Na prática, significa que a medida de segurança criminal pode perdurar por toda a vida do paciente delinquente, corporificando um caráter perpétuo, em plena violação à cláusula pétrea constitucional, que proíbe a execução de penas perpétuas no sistema penal brasileiro, disposto no art. 5º. XLVII, b da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 102489. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+102489%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gp67esj>>.



Com o Estado Democrático de Direito e o reconhecimento da natureza penal sancionatória da medida de segurança criminal, imperiosa é a necessidade de limites de intervenção do Estado não só na liberdade individual do delinquente doente, como também na sua dignidade.

A imposição de limites máximos no prazo de duração das medidas de segurança criminais figura patente conteúdo garantístico e de segurança jurídica, já existente nas penas, que devem valer automaticamente para as medidas terapêuticas em prol dos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade.

Pena e medida de segurança possuem a dupla necessidade de ter um fim ou propósito e uma duração máxima.

Verifica-se, outrossim, que não é constitucionalmente aceitável que a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de manter o paciente delinquente indefinidamente num Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico em nome de uma periculosidade criminal.

Os Tribunais Superiores novamente entendendo pelo caráter aflitivo da medida de segurança criminal, estabeleceram sua duração máxima, a fim de fixar restrição à intervenção estatal em relação ao inimputável na esfera penal.

#### MEDIDA. SEGURANÇA. DURAÇÃO

Turma concedeu a ordem de *habeas corpus* para limitar a duração da medida de segurança à pena máxima abstratamente cominada ao delito praticado pelo paciente, independentemente da cessação da periculosidade, não podendo ainda ser superior a 30 anos, conforme o art. 75 do CP. Precedentes citados: HC 135.504-RS, DJe 25/10/2010; HC 113.993-RS, DJe 4/10/2010; REsp 1.103.071-RS, DJe 29/3/2010, e HC 121.877-RS, DJe 8/9/2009. HC 147.343-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 5/4/2011<sup>22</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça então editou a Sumula 527: “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.<sup>23</sup>” A permanência infinita do inimputável num Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, consolida um efetivo processo de estigmatização social, absoluta-

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal Justiça. HC n. 147.343. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=hc+147343&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>.

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>



mente contrário ao princípio constitucional da dignidade humana.. Além disso, faz presente na República Federativa do Brasil a institucionalização da “prisão perpétua” permanentemente inconstitucional nos moldes do art. 5º da nossa Carta Magna.

## CONCLUSÃO

O grande desafio deste trabalho foi demonstrar que a medida de segurança criminal representa uma forma de controle social realmente punitivo, porém, camuflada por um discurso de tipo terapêutico ou assistencial.

A institucionalização do paciente mental num Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ocorre essencialmente pela prática de um ilícito típico, recaindo sobre o mesmo todo o fenômeno da marginalização, estigmatização, fossilização do indivíduo submetido aos rigores do sistema penitenciário.

E ante a constatação de que o sistema penitenciário condiciona o indivíduo à marginalização e estigmatização social, impõe-se buscar a aplicação da medida terapêutica da maneira mais limitada possível. Afinal, a coerção penal deve reforçar a segurança jurídica, sem ultrapassar o limite de tolerância na ingerência aos bens jurídicos do infrator.

Adstrito a peculiaridade de ser o paciente delinquente uma pessoa portadora de transtornos mentais, vislumbra-se a capacidade do direito penal de realizar os direitos humanos desses afortunados, buscando fazer do saber penal um instrumento de integração e não de marginalização.

Pugna-se pela criação de uma efetiva rede de assistência social aos pacientes delinquentes, que faça diminuir os níveis de marginalização mediante sua integração comunitária através das residências terapêuticas e dos Centros de Atendimento Psicossocial.



Propõe-se a substituição dos manicômios judiciários por outros serviços públicos realizados pelas comissões de saúde que reverenciam os laços familiares, a autodeterminação do paciente delinquente e a humanização de suas relações sociais.

Através do tratamento psicossocial, a medicina está hoje em condições de reverter quadros psiquiátricos graves em semanas, buscando-se as internações em casos excepcionais, enquanto o legislador e o judiciário acreditam ainda na irreversibilidade do quadro psiquiátrico.

Em pleno processo de democratização das relações humanas, almeja-se a necessidade do Direito de estabelecer limites na persecução criminal aos delinquentes doentes e de instituir um tratamento terapêutico individualizado atento às peculiaridades do caso concreto.

Frisa-se o monismo prático do legislador brasileiro e dos operadores do direito, constituindo não apenas urgente alteração legislativa às medidas de segurança criminal, como também relevante uma verdadeira revolução na mentalidade dos juristas através de uma nova interpretação constitucional do Direito Penal.

## REFERÊNCIAS

BIONDI, Edison José; PASCOTTO, José Carlos; FERNANDES, Regina Brum de Andrade. *A Terapia Ocupacional no Henrique Roxo*. Disponível em <[www.supersaude.rj.gov.br/hphr.htm](http://www.supersaude.rj.gov.br/hphr.htm)>. Acesso em 10 mai.2005.

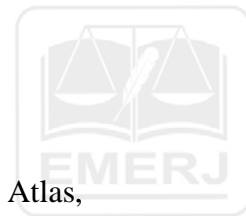
BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*. Rio de Janeiro: E RIO, 1977.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LEVORIN, Marco Pólo. *Princípio da Legalidade na medida de segurança: determinação do limite máximo de duração da internação*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LOYELLO, Washington. *Para uma Psiquiatria da libertação*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.



MIRABETE., Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2003.

PIEIDADE Junior, Heitor. *Personalidade Psicopática. Semi-imputabilidade e Medida e de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

REALE Júnior, Miquel *et alii*. *Penas e Medidas de Segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SZASZ, Thomas Stephen. Trad. SANZ, José. *Ideologia e Doença Mental: Ensaio sobre a Desumanização Psiquiátrica do Homem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.



## FRONTEIRAS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Jéssica de Paula Costa Marcelino

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** As demandas pleiteando prestações de saúde são muito controversas no meio jurídico, mormente pelo delicado equilíbrio entre o mínimo existencial, a reserva do possível e o princípio da separação de poderes. Com o advento da Constituição de 1988 e a subsequente caracterização do núcleo do direito à saúde como direito subjetivo, a ponderação entre esses institutos tornou-se mais difícil. Há cada vez mais demandas judiciais na área e, por isso, o Poder Judiciário paulatinamente se vê impelido a cumprir o papel de efetivar políticas públicas de saúde instituídas pela Administração ou, ao menos, constitucionalmente delineadas. A essência do trabalho é abordar esse cenário, verificar a quais parâmetros e limites se submetem os magistrados em suas decisões e traçar diretrizes para a atuação judicial no controle de políticas públicas de saúde.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Controle Judicial. Saúde.

**Sumário:** Introdução. 1. A oponibilidade da reserva do possível às demandas que objetivem prestações na área da saúde. 2. O conflito entre a implementação judicial de políticas públicas de saúde e a Separação de Poderes. 3. O núcleo do direito à saúde e as barreiras à atividade judicante do magistrado. Conclusão. Referências.

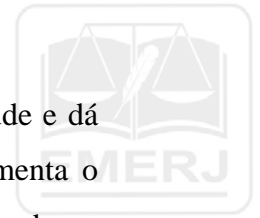
### INTRODUÇÃO

Este trabalho dedica-se a debater os limites do controle que o Poder Judiciário exerce sobre a implementação de políticas públicas de saúde. Procura-se demonstrar que a intervenção dos magistrados nessa seara, por meio da concessão de prestações de saúde em ações individuais e coletivas, é necessária para efetivar-se o comando do art. 196, da Constituição da República (CRFB/88), haja vista a grande massa de pessoas com acesso precário à saúde.

Entretanto, mesmo assim, precisam ser estudados os impactos dessa interferência, considerando o orçamento público, a reserva do possível e a esfera de discricionariedade dos Administradores Públicos. Por essa multiplicidade de variáveis, assim como pelo aparente conflito entre a perspectiva social e a feição individual da Justiça, o tema é controverso na doutrina e na jurisprudência, fato que enseja insegurança jurídica.

Assim, para fazer esse estudo, serão investigadas as opiniões doutrinárias e as posições jurisprudenciais acerca do assunto, de forma a cotejar o direito à saúde, os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.





Nesse ponto, nota-se que, a mesma Constituição que garante o direito à saúde e dá lastro às demandas jurisdicionais que pleiteiam prestações na área, também fundamenta o princípio da separação de poderes, nos art. 2º e 60, §4º, III, assim como prevê regras sobre a elaboração do orçamento público em seus art. 165 a 169. Sendo assim, fazem-se necessários parâmetros e balizas à atividade do magistrado.

Em tal grau, com o intuito de melhor promover o entendimento do tema, busca-se analisar até que ponto é verdadeira a afirmação de que a reserva do possível não pode ser alegada em demandas que visem a tutelar o direito à saúde. A partir de então, pretende-se esclarecer se é defensável que os juízes, em sua atividade judicante, participem das políticas públicas de saúde, sem que isso fira a Separação de Poderes. Por fim, almeja-se delinear as fronteiras da atuação do magistrado no julgamento de ações em que se demandem prestações relativas à saúde.

O primeiro capítulo do trabalho dispõe-se a afirmar que o direito público subjetivo à saúde só pode ser oposto ao princípio da reserva do possível enquanto circunscrito pelo mínimo existencial.

Segue-se, no segundo capítulo, a analisar o papel do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas de saúde, para estabelecer que, ante a omissão inconstitucional do Poder Público, a atuação do magistrado no resguardo das promessas constitucionais não fere o princípio da separação de poderes.

O terceiro capítulo, por sua vez, destina-se a defender que o magistrado pode exercer o controle judicial das políticas públicas de saúde, mas, por não ser sua função típica, fica sujeito a limitações. Sendo assim, deve se restringir à garantia do mínimo existencial e respeitar, quanto aos pedidos que não estejam no núcleo do direito à saúde, a separação de poderes e a discricionariedade dos Administradores Públicos.

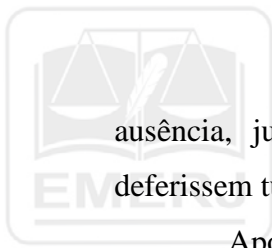
A pesquisa a ser efetuada tem natureza qualitativa. A metodologia seguida será a bibliográfica, pois legislação, artigos científicos e jurisprudência serão suas fontes principais.

## **1 – A Oponibilidade da Reserva do Possível às Demandas que Objetivem Prestações na Área da Saúde**

Um dos mais relevantes óbices à efetivação dos direitos fundamentais, na década de 1990, era a inexistência de abrigo constitucional, consoante Ricardo Lobo Torres<sup>1</sup>. Essa

---

<sup>1</sup>TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. n. 42, p. 69-75. 1990.



ausência, juntamente à insindicabilidade do mérito administrativo, impedia que Juízes deferissem tutelas de saúde, consideradas apenas em sua vertente coletiva, nunca individual.

Após a CRFB/88, o mencionado autor, fulcrado na divisão existente entre direitos positivos e negativos, assegurou que os direitos fundamentais sociais não seriam essenciais e, portanto, estariam submetidos à reserva do possível. Naquela época, defendia o autor que o fundamento para a existência do mínimo existencial estava no direito ao pleno exercício das liberdades. Assim, o mínimo existencial era apenas condição à subsistência humana.

Estabeleceram-se, então, duas facetas do mínimo existencial, consoante ensina o autor<sup>2</sup>. Pela primeira, o Estado não poderia invadir a esfera de liberdade mínima do indivíduo necessária à subsistência. A segunda, por sua vez, afinava-se com as prestações positivas necessárias à subsistência, subordinadas à ineficácia do sistema previdenciário público ou privado. Nesse caso, todavia, o indivíduo não pagaria pelas prestações, pois estariam cobertas por isenções e imunidades de tributos como as taxas, cobradas pela prestação de serviço público específico e divisível (art. 77, *caput*, CTN).

No entanto, o autor citado, espelhando o pensamento da época, salientou que essas prestações não se referiam aos direitos fundamentais sociais, entre os quais está a saúde, pois a estas faltaria dimensão constitucional e, por isso, não seriam obrigatórias. Assim, submeter-se-iam à situação econômica do país, à riqueza nacional e à regulamentação legal.

Nessa época, os pensamentos vigentes na Europa começaram a se difundir pelo Brasil e, com isso, até autores clássicos como Ricardo Lobo Torres<sup>3</sup>, incluíram, no mínimo existencial, o núcleo dos direitos fundamentais. Aqui, um dos principais promotores desse giro foi Ingo Sarlet<sup>4</sup>, atribuindo a tais direitos eficácia plena e imediata (art. 5º, §1º, CRFB88).

Esse autor sustenta, acertadamente, que o mínimo existencial corresponde às condições materiais para uma vida digna, e não apenas para a mera subsistência da pessoa. Nesse sentido, assevera que, quanto ao direito à saúde, o mínimo existencial é aquele necessário à manutenção da vida saudável. Observe-se, nesse ponto, que, para a OMS<sup>5</sup>, saúde é o completo bem-estar físico, mental e social, e não a mera ausência de doenças.

---

<sup>2</sup>Ibidem, p. 151.

<sup>3</sup>TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

<sup>4</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista direitos fundamentais & justiça*, Rio Grande do Sul, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007.

<sup>5</sup>ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o>>

Desse modo, com a ampliação do mínimo existencial para alcançar os direitos fundamentais, mais especificamente, seu núcleo, e com a inafastabilidade do controle jurisdicional consagrada no art. 5º, XXXV, CRFB/88, o número de demandas judiciais aumentou exponencialmente após a Carta de 1988. Em geral, são pleiteadas prestações de saúde como internações, custeio de tratamentos, concessões de medicamento – ou o bloqueio da verba para que eles próprios o adquiram –, cirurgias plásticas reparadoras, entre outros.

No entanto, deve-se asseverar que não é toda a demanda de saúde que se encontra abrigada no mínimo existencial. Além disso, a premissa de que a reserva do possível não pode, em hipótese alguma, ser oposta em processos nos quais se buscam tais prestações é falaciosa.

No que diz respeito às prestações de saúde, considere-se que toda e qualquer decisão de procedência implicará o gasto de dinheiro público, em regra, não previsto no orçamento. O fato de não estar previsto no orçamento não gera maiores complicações jurídicas – ainda que possa gerá-las no campo das finanças públicas –, pois o núcleo do direito à saúde é tutelado na Constituição, que é hierarquicamente superior às leis orçamentárias, conforme Ingo Sarlet<sup>6</sup>.

No entanto, por tratar-se de dinheiro público, o magistrado deverá guiar-se pelos Princípios do art. 37, *caput*, CRFB88, mormente os da moralidade e da eficiência, objetivando proteger mais largamente o direito à saúde, com os menores custos possíveis. Além disso, deverá observar alguns parâmetros definidos pela doutrina – que não os traduz em limitações estanques – para averiguar se a prestação de saúde pode ou não ser concedida.

Embora a defesa comum dos entes públicos, para além da falta de recursos, seja a ausência do medicamento na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename, assevere-se que esse fato não é elencado pela doutrina especializada como impeditivo do direito, segundo Leny Pereira da Silva<sup>7</sup>. Ao revés, entende-se que essa lista pode conter falhas<sup>8</sup> e, por isso, caso demonstrada a necessidade do remédio, é possível sua concessão.

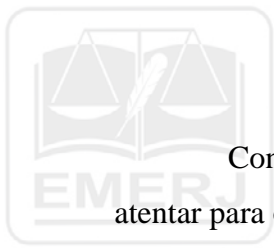
---

Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html >. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>6</sup>SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 171-213.

<sup>7</sup>SILVA, Leny Pereira da. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. 2006. 65f. Trabalho monográfico (Pós-Graduação *Lato Sensu*) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília. 2007.

<sup>8</sup>Consoante afirma Ana Carolina Lopes Olsen, muitas vezes, as listas de medicamento são alteradas para a inclusão de algum remédio objeto de múltiplas ações judiciais, fato que demonstra que a reserva do possível é limitação externa ao direito fundamental à saúde, e não imanente. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 374f. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2006.



Considerando que a listagem do Rename não exaure a atividade do juiz, deve-se atentar para os seguintes parâmetros elencados por Ingo Sarlet<sup>9</sup>: desnecessidade do tratamento ou existência de alternativa; aprovação do medicamento pleiteado pelas autoridades sanitárias com atribuição para tal e impossibilidade de condenação à obrigação genérica.

Nos casos em que o remédio solicitado não esteja na lista do Rename e o receituário seja de médico particular, não vinculado ao SUS, o magistrado, consoante Ingo Sarlet<sup>10</sup>, precisa assumir postura ativa. Assim, deve questionar a prescrição médica, com a ajuda de profissional especializado, para verificar a necessidade, eficiência e segurança do tratamento.

Por outro lado, quando o laudo e a prescrição advierem do SUS, é plausível que o magistrado apenas adote esse procedimento caso instado pela parte contrária (art. 5º, LV, CFRB88), a qual deverá apresentar fundamentos concretos a afastar a necessidade ou a comprovar a alternativa ao bem da vida pleiteado. Isso porque a recomendação partiu do Poder Público, que não pode desacreditá-la sem motivos idôneos, pela vedação ao comportamento contraditório, corolário da boa-fé objetiva (art. 113 e 422, CC).

No que diz respeito à aprovação do remédio pelas autoridades competentes, ressalta-se que essa medida busca preservar até mesmo a saúde e a dignidade (art. 1º, III, CRFB88) do paciente, evitando que ele sirva de cobaia. Nesse aspecto, saliente-se não poder o magistrado, *a priori*, para Ingo Sarlet<sup>11</sup>, conceder remédios experimentais, sem prejuízo da impugnação dos motivos pelos quais eles não foram aprovados pela Vigilância Sanitária, por exemplo.

No entanto, nesse ponto, há recente problema jurisprudencial, atrelado à obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer remédio não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, que aguarda julgamento em Repercussão Geral (tema 500).

O problema, resumidamente, diz respeito à concessão de um fármaco chamado fosfoetanolamina sintética, cujos testes em seres humanos ainda não foram realizados. Essa substância vinha sendo distribuída pela Universidade de São Paulo durante muitos anos, doação que veio a ser, em 2014, proibida pela Anvisa, ressalvadas as decisões judiciais.

No entanto, em 18/09/2015, o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>12</sup> (TJSP) suspendeu as liminares que concediam o direito à substância, com fundamento na

<sup>9</sup>SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 171-213.

<sup>10</sup>Ibidem, p. 171-213.

<sup>11</sup>Ibidem, p. 171-213.

<sup>12</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Suspensão de Segurança n. 2194962-67.2015.8.26.0000. Relator: Des. José Renato Nalini. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2194962-67.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2194962-67.2015.8.26.0000&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 20 out. 2015.



ordem pública. No dia 06/10/2015, por sua vez, o Min Edson Fachin<sup>13</sup>, pelo poder geral de cautela, na PET 5828, deferiu a entrega do medicamento a uma idosa, em quadro de câncer terminal. Por isso, em 09/10/2015, o Presidente do TJSP reconsiderou sua decisão.

Embora esse ponto seja afeto à política pública de saúde, razão pela qual será tratado com mais profundidade no último capítulo deste trabalho, deve-se atentar para o fato de que a aprovação pela Anvisa é apenas um parâmetro doutrinário. Logo, este pode ser superado em hipóteses excepcionais, como ocorreu no caso concreto, em que a substância era de baixíssimo custo – menos de R\$0,30 por cápsula – e a paciente, a qual tomava morfina quatro vezes ao dia, tinha apenas mais 10 dias de sobrevida<sup>14</sup>.

Ultrapassado o ponto da aprovação pelos órgãos competentes, saliente-se que o Estado não pode, como último parâmetro de Ingo Sarlet<sup>15</sup>, ser condenado a cumprir obrigação genérica. Assim, a medida deve ser bem especificada e fundamentada (art. 93, IX, CRFB88) na decisão e não pode, sob pena de violar-se a segurança jurídica (art. 1º, *caput*, CRFB88), consistir em condenação ao custeio de tratamentos que vierem a ser inventados, por exemplo.

Estabelecidos esses parâmetros, Ingo Sarlet<sup>16</sup> sustenta, ainda, que o magistrado poderá adotar como baliza a existência de prévio requerimento administrativo, a qual servirá para mensurar o grau de urgência da atuação estatal. Isso porque o Estado terá sido cientificado da necessidade da prestação de saúde, pela primeira vez, em juízo, fator que poderá justificar eventual atraso no cumprimento da decisão. Por outro lado, o ente público deve ser célere quando houver comprovação de negativa na via administrativa.

Além desses critérios, o magistrado deverá ponderar se o pedido formulado é proporcional – nos aspectos da adequação da medida ao fim, da menor onerosidade da medida e do custo-benefício entre a medida e os resultados alcançados – e razoável.

Cessada sua atividade decisória, é necessário que o juiz acompanhe a fruição do bem da vida pleiteado para assegurar-se, tanto do cumprimento da medida quanto, por meio da prestação de contas do autor, da manutenção da necessidade da prestação de saúde.

Por outra perspectiva, assim como existem parâmetros para delimitar o que, no direito subjetivo à saúde, pode ser pleiteado a título de mínimo existencial, há critérios para

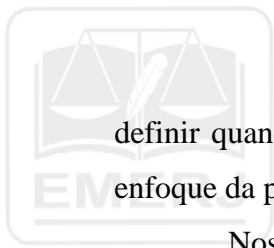
---

<sup>13</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 5828/SP. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000466614&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>14</sup>Notícia de Paulo Henrique Amorim, apresentador do Programa Domingo Espetacular na Rede Record em 19 de outubro de 2015.

<sup>15</sup>SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 171-213.

<sup>16</sup>Ibidem, p. 171-213.



definir quando a reserva do possível, tanto no aspecto da possibilidade material, quanto no enfoque da possibilidade jurídica, poderá ser oposta às demandas de saúde.

Nos casos em que as demandas não se encontrarem no núcleo essencial do direito à saúde, hipóteses cujos parâmetros acima se delinearam, a reserva do possível poderá ser alegada. Para Ingo Sarlet<sup>17</sup>, contudo, sempre se deverá provar a efetiva falta de dinheiro para o atendimento do pedido, na vertente material, ou a efetiva indisponibilidade jurídica de recursos, a qual se relaciona com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas.

Nessa esteira, a reserva do possível não é apenas um limitador de direitos. Ao revés, para Ingo Sarlet<sup>18</sup>, compreende-se como um mandado de otimização, pelo qual devem se esforçar Administração Pública e Poder Judiciário para melhor aplicar os recursos públicos.

Assim, conclui-se, pelos aspectos apresentados, que a reserva do possível é óbice em demandas de saúde, nos casos de pedidos não acolhidos pelo mínimo existencial, ou, ainda que abrigados por este, quando, comprovadamente, os recursos já estiverem vinculados à satisfação do núcleo de outro direito fundamental.

## 2 – O CONFLITO ENTRE A IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Fixada a possibilidade de se opor a reserva do possível em demandas de saúde e fixados os parâmetros que orientam a análise do mínimo existencial e, conseqüentemente, a atividade do juiz, faz-se necessária o exame do conflito aparente entre a implementação judicial de políticas de saúde e o Princípio da Separação de Poderes.

Em relação a esse princípio, as alegações concretas a ele relacionadas, consoante Luís Roberto Barroso<sup>19</sup>, são: a literalidade da norma programática do art. 196, CRFB, o qual prevê que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, e não por decisões judiciais; a falta de capacidade institucional<sup>20</sup> do Poder Judiciário para

<sup>17</sup>SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 171-213.

<sup>18</sup>Ibidem.

<sup>19</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>20</sup>Idem. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2016.





atender àquelas demandas; a falta de legitimidade democrática do juiz; a desorganização da Administração Pública e a desigualdade relacionada ao acesso à justiça da população.

Pelo primeiro argumento, salienta-se que a Constituição previu que as políticas públicas garantiriam o direito à saúde e, nesse aspecto, não incluiu o Poder Judiciário, o qual se imiscuiria, destarte, em área própria do Poder Executivo.

Entretanto, a refutar esse argumento, tem-se que é precípua atribuição do Poder Judiciário, pela CRFB, interpretar as normas constitucionais e, assim, esse poder também participa do processo de criação do Direito<sup>21</sup>, atribuindo sentido às expressões fluidas e concretizando normas programáticas que, conforme já se estabeleceu, são dotadas de força normativa.

No mais, quanto às listas do Rename ou da Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (Remune), entende-se que a Administração Pública, quando as estabeleceu e nelas indicou os medicamentos de caráter excepcional, fornecidos pela União, Estados e Distrito Federal, ou de caráter essencial, providos pelos Municípios, autovinculou-se<sup>22</sup>.

Sendo assim, uma vez que o próprio poder público apontou quais medicamentos poderia fornecer, para Barroso<sup>23</sup>, não haveria omissão normativa do poder público, podendo existir, porém, omissão fática. Nessa mesma linha, uma vez estabelecida uma parte da política pública de saúde em tais listagens, não há falar em infração à Separação de Poderes quando o Poder Judiciário apenas implementa uma ação descumprida pelo Poder Executivo, mas por ele prometida.

Quanto aos remédios não contidos nas mencionadas listagens, conforme se asseverou no primeiro capítulo, sua concessão fica limitada ao atendimento do mínimo existencial, que se correlaciona com o núcleo do direito à saúde. Dessa forma, nas áreas em que ausente a política pública concessiva do medicamento, a justificativa para o deferimento judicial dos fármacos advém diretamente da Constituição, e, por isso o Poder Judiciário não estaria criando uma política pública.

No que diz respeito à falta de capacidade institucional, a alegação usual é a de que o Poder Judiciário não estaria tão habilitado quanto o Executivo para deliberar sobre a tutela da saúde, por lhe faltarem informações e conhecimentos específicos<sup>24</sup>.

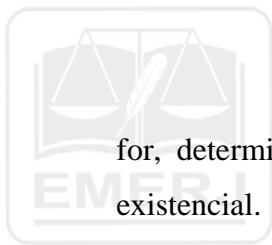
Conforme asseverado, o Poder Judiciário, sempre que a recomendação de determinado tratamento for feita por médicos particulares, deverá questioná-la e, se necessário

<sup>21</sup>BARROSO, op. cit., 2012, p. 12. – Vide nota 20.

<sup>22</sup>BARROSO, op. cit., p. 35 – Vide nota 19.

<sup>23</sup>BARROSO, op. cit., 2012, p. 20 – Vide nota 20.

<sup>24</sup>Ibidem, p. 15.



for, determinar a produção de perícia para analisar o pedido com as balizas do mínimo existencial.

Quanto à falta de legitimidade do juiz para decidir, em substituição aos que foram democraticamente eleitos, sobre as demandas de saúde, a Juíza Oriana Piske<sup>25</sup>, em texto publicado na página virtual do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), bem esclarece a querela.

Enuncia a autora que a “essência da legitimação democrática da atividade judicial está na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de garante dos direitos fundamentais”, já que aos tribunais, compete atualmente, “a garantia direta contra lesões dos direitos fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e ambiguidade dos textos legislativos, em face dos difíceis processos de negociação”.

No que se refere à desorganização das políticas capitaneadas pelo Poder Executivo, frequentemente se alega que a decisão judicial que determina a entrega de medicamentos ou a concessão de tratamento médico atrapalha os planos da Administração, na medida em que esta planeja programas de atendimento integral para o povo.

Conforme aponta Barroso<sup>26</sup>, quando há uma decisão determinando a entrega do medicamento, o Governo retiraria o fármaco do programa para concedê-lo ao paciente que judicializou a questão e, assim, prejudicaria aquele que recebia o medicamento regularmente. Isso, por sua vez, privaria a capacidade da Administração de se organizar e melhor atender à população.

Além disso, opõe-se à atividade do magistrado o argumento de que as políticas de saúde pública – como a implantação e melhoria das redes de saneamento básico – trariam maior benefício ao povo do que a concessão individual de medicamentos.

Entretanto, como salienta o próprio autor<sup>27</sup>, presume-se legitimamente que a Administração Pública, ao elaborar as listas de medicamentos mencionadas já tenha sopesado os custos que essa medida implicará no orçamento, assim como a infraestrutura necessária para fornecer esses bens da vida.

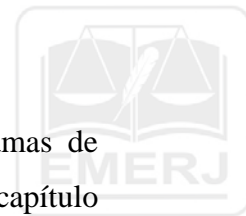
Portanto, carece de fundamento a alegação de se desorganizarem os planos do Executivo, já que o Poder Judiciário vem a garantir, através dos conflitos judicializados, o efetivo implemento da política pública distributiva de fármacos.

<sup>25</sup>PISKE, Oriana. A essência da legitimação democrática do poder judiciário. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2009/a-essencia-da-legitimacao-democratica-do-poder-judiciario-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>26</sup>BARROSO, op. cit., p. 25 – Vide nota 19.

<sup>27</sup>Ibidem, p. 29.





Por outro aspecto, no que toca às demandas não incluídas nesses programas de distribuição de medicamentos, insta observar os critérios já delineados no primeiro capítulo deste artigo. Um deles diz respeito à prescrição de médico da rede pública, a demonstrar o reconhecimento, pelo Poder Público, da necessidade do remédio, e mais, da impossibilidade de suprir essa carência por algum regularmente concedido nos postos de saúde.

Caso inexista essa prescrição, recomenda-se que o juiz se ampare em laudo de profissional especializado, o qual, com a presunção de legalidade dos atos, por funcionar como auxiliar do Juízo, confirmará ou não a necessidade do demandante.

Nesse ponto, ressalte-se que, ao invés de desorganizar-se a atividade da Administração Pública, a multiplicação de demandas de um mesmo medicamento ajuda a organizar o setor, uma vez que o Poder Executivo terá dados concretos sobre quais são as maiores insuficiências de suas políticas de saúde – sanadas pontualmente pelo juiz – e, com isso, irá aprimorá-las<sup>28</sup>.

Em relação à alocação de recursos e de medicamentos, que, segundo alegam os entes públicos, seriam retirados dos programas regulares para serem concedidos aos litigantes judiciais, saliente-se a falácia que se camufla nesse argumento.

Ora, se o paciente autor da ação precisa de um medicamento o qual, mesmo incluso nas listas, não é fornecido pela Administração, inexistem diferenças entre ele e a pessoa regularmente beneficiada, uma vez que ambos compartilham da mesma necessidade. Dessa forma, verificado o mesmo grau de necessidade, descabe falar em desorganização, uma vez que ambas as pessoas devem ser igualmente atendidas. A atividade do magistrado, nessa esteira, apenas vem a garantir o Princípio da Isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB).

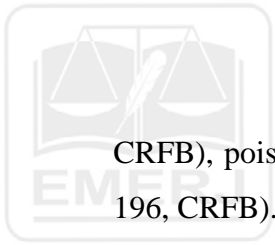
Ainda no que guarda pertinência com o planejamento das políticas públicas pelo Poder Executivo, destaque-se que, apesar de medidas como saneamento básico abrangerem maior parte da população, não há como deixar à própria sorte aqueles que já estão adoentados e cujo tratamento já foi ratificado pelo poder público, seja pela autovinculação das listagens, seja pela prescrição de seus profissionais de saúde, seja também pelo investimento mínimo obrigatório em saúde, constitucionalmente determinado<sup>29</sup>.

Caso se abandonassem esses pacientes em benefício de soluções coletivas, porém preventivas, restaria desamparado o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III,

---

<sup>28</sup>OLSEN, op. cit., p. 29.

<sup>29</sup>BRASIL. Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2016.



CRFB), pois, conforme já delineado, ferido estará o núcleo essencial do direito à saúde (art. 196, CRFB).

Nessa esteira, afirme-se, ainda, que as demandas de saúde podem – e devem sempre que cabível, consoante salienta Barroso<sup>30</sup> – ser instrumentalizadas pelo processo coletivo. Dessa maneira, seja por representação ou substituição processual pelo autor coletivo, seria possível ao magistrado ter a visão abrangente do Administrador, pois será obrigado a considerar em sua decisão a necessidade de toda a população que dependa de determinado tratamento ou remédio, e não apenas de um autor individual.

Por fim, cabe lançar vistas sobre a alegação de que o deferimento judicial de tutela de saúde desfavoreceria os mais humildes, na medida em que a estes falta o bom acesso à justiça, com o qual conta a classe média.

Embora essa alegação possa fazer sentido no que diz respeito àqueles carentes de informações, não consegue prosperar quanto àqueles a quem só falem recursos materiais. Nesse ponto, saliente-se que, uma vez estabelecida a instalação da Defensoria Pública na Constituição (art. 134, CRFB) e a atuação desta na defesa dos hipossuficientes e vulneráveis, há o acerto constitucional dessa desigualdade fática do acesso à justiça.

Nesse diapasão, deve-se afastar o argumento de que o trabalho da Defensoria seria pouco exitoso, pela sobrecarga laborativa dos Defensores e funcionários. Embora o excesso de trabalho seja real, a prática tem demonstrado a força dessa instituição.

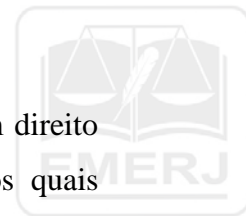
A exemplificar essa afirmativa, menciona-se a ação civil pública n. 0010805-52.2014.4.02.5101, que tramita na Justiça Federal do Rio de Janeiro, pela qual foram realizadas 9.156 (nove mil, cento e cinquenta e seis) cirurgias ortopédicas no INTO, apenas em 2015. Tido esse exemplo, como ilustrativo de uma grande variedade de ações bem sucedidas para os pacientes, não há falar em impedimento à atuação jurisdicional pela desigualdade - inicial - no acesso à justiça pela população.

### **3 – O NÚCLEO DO DIREITO À SAÚDE E AS BARREIRAS À ATIVIDADE JUDICANTE DO MAGISTRADO**

Conforme exposto, o direito à saúde não é absoluto e a ele pode ser oposta a alegação da reserva do possível, quando não se tratar da tutela de seu núcleo e, ainda, quando os recursos públicos estiverem comprovadamente destinados à efetivação do núcleo de outro

---

<sup>30</sup>BARROSO, op. cit., p. 31 – Vide nota 19.



direito fundamental. Além disso, mesmo quando o magistrado tutela o núcleo de um direito fundamental, ele precisa obedecer a critérios, delineados no primeiro capítulo, os quais parametrizam as decisões judiciais e evitam arbitrariedades.

Entretanto, além de critérios e parâmetros, deve-se salientar que as decisões judiciais também se submetem a limitações, derivadas do princípio da separação de poderes. Nesse sentido, anteriormente ressaltou-se que o magistrado apenas pode agir nos limites das políticas públicas que tenham sido constitucionalmente delineadas e que a alegação da reserva do possível somente é inoponível quando esteja em jogo o núcleo, o conteúdo essencial, do direito fundamental, exceto quando comprovada a concreta falta de recursos.

Nessa esteira, não pode o magistrado, que não tem função típica legislativa, inovar na ordem jurídica e condenar o Estado a conceder prestações supérfluas, que fujam ao que razoavelmente o indivíduo poderia esperar da sociedade<sup>31</sup>. Essas prestações estariam fora do mínimo existencial e, portanto, submetidas às limitações orçamentárias do Estado, que tem um amplo rol de deveres sociais prioritários estabelecidos pela Constituição.

Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva<sup>32</sup> opõe à atuação do magistrado, ainda quando este atua na tutela do mínimo existencial, a impossibilidade de determinar que o poder público custeie tratamentos caros para doenças raras, uma vez que os serviços básicos de saúde já são mal atendidos. Nesse aspecto, aproxima-se o argumento do autor à já salientada alegação de preferência das políticas públicas coletivas.

Para esse autor, os direitos de segunda geração, ou seja, aqueles que geram obrigação do Estado a prestações positivas, por implicarem gastos, não podem ser tutelados como direitos subjetivos. Nesse sentido, à atitude de distribuir tratamentos médicos de forma individual, ou seja, sem considerar as políticas governamentais na área, Virgílio atribuiu a alcunha de “ativismo judicial despreparado”.

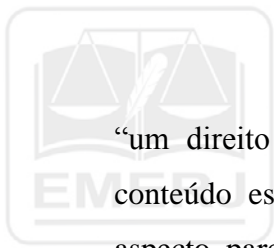
Entretanto, consoante Ana Maria D’Ávila Lopes<sup>33</sup> salienta, a vertente subjetiva, atribuída aos núcleos dos direitos fundamentais, é a majoritária na doutrina abalizada sobre o tema, em comparação ao acolhimento doutrinário da perspectiva objetiva.

Salienta a autora<sup>34</sup> que, pela vertente objetiva, considera-se o núcleo desses direitos a partir da perspectiva do ordenamento jurídico. Sendo assim, para essa corrente, admite-se que

<sup>31</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.389.952-MT. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf)>. Acesso em: 29 mar. 2016.

<sup>32</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais* in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO Daniel, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 596/597.

<sup>33</sup>LOPES, A. M. D. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 164 out./dez. 2004, p. 8. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1003/R164-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 mar. 2016.



“um direito fundamental possa não ser aplicado a um particular, sem que isso afete o conteúdo essencial, mas sempre que continue vigente para as demais pessoas”. A esse aspecto, parece afinar-se Virgílio Afonso da Silva.

Por outro lado, consoante essa autora<sup>35</sup>, o viés subjetivo do núcleo dos direitos fundamentais examina a “gravidade da limitação do direito em relação ao indivíduo afetado, pois é ele, e não a coletividade, o sujeito desse direito fundamental”.

Nesse viés subjetivo, ainda abordam-se as teorias relativa e absoluta. Pela primeira, entende-se que o conteúdo essencial de um direito não é estabelecido aprioristicamente, mas sim revelado pelo caso concreto. Desse modo, o conteúdo desse núcleo pode ser ampliado ou restringido casuisticamente.

Quanto à visão absoluta, a qual, consoante a autora<sup>36</sup>, também prevalece entre os doutrinadores, entende-se que o conteúdo desse núcleo essencial é o mesmo em qualquer situação que ocorra na mesma época. Entretanto, ao contrário do que pode parecer, essa teoria não seria radical, pois “embora fundada em um critério fixo e predeterminado, a determinação do conteúdo desse critério pode variar segundo as circunstâncias do momento”.

Então, fixado que o núcleo do direito fundamental é entendido, para a maior parte da doutrina, como direito subjetivo e absoluto em cada época, cumpre delimitar o que se encontra, em tese, abrigado pelo núcleo, isto é, pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Ana Maria D’Ávila Lopes<sup>37</sup>, nesse ponto, sopesa Smend, Düring e Häberle e salienta que, para o primeiro, o conteúdo essencial é o “concreto sistema jurídico de valores que promovem a integração material e a legitimidade da ordem jurídico-política estatal”, para o segundo, o núcleo essencial relaciona-se diretamente com a dignidade humana, que impede o tratamento do ser humano como mero objeto da atividade estatal e, para o terceiro:

O conteúdo essencial não seria uma medida em si mesma, mas estaria determinado pela Constituição e os outros bens jurídicos. Nesse sentido, seria o legislador quem, além de regular um direito fundamental, estabeleceria também o seu conteúdo essencial e os limites imanentes.

Nesse aspecto, critica a autora a definição de Häberle, por situar o conteúdo essencial dos direitos na atividade legislativa e não entendê-los como imanentes, e salienta a função limitadora desse núcleo essencial. Caracteriza-o, assim, como limite à atividade legislativa<sup>38</sup>:

---

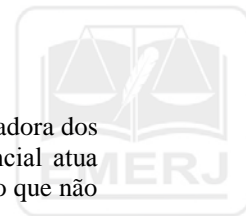
<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 9-12.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 13.



A garantia do conteúdo essencial é concebida como um limite à atividade limitadora dos direitos fundamentais, isto é, como o ‘limite dos limites’. O conteúdo essencial atua como uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser ‘invadido’ por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional.

Nessa esteira, saliente-se que, além de ser limite à atividade legislativa, esse conteúdo essencial, núcleo duro dos direitos fundamentais, também é guia para o juiz, como destacado, e este não poderá desguarnecê-lo ressalvada a comprovação da falta de recursos.

Nessa mesma linha tem se posicionado o STJ<sup>39</sup>, que, considerando as condições degradantes dos presos de uma determinada penitenciária, considerou procedente ação civil pública com o objetivo de obrigar o estado do Mato Grosso a adotar providências administrativas e fazer previsão orçamentária para reformar a cadeia pública ou construir nova unidade. O Relator do recurso especial afastou, para isso, a alegação de reserva do possível, por não ter sido provada nos autos a real ausência de recursos.

Embora se trate de política pública carcerária, deve-se ressaltar que o núcleo dos direitos fundamentais, independentemente de quais deles se tratem, deve ser igualmente tutelado, haja vista que inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, muito menos sobre aquelas que resguardem, em última análise, a dignidade humana.

Desse modo, fixado o que vem a ser o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, assim como sua função – quanto ao legislador e ao julgador – retoma-se o caso da fosfoetanolamina, já apresentado no primeiro capítulo.

Viu-se que a concessão judicial da substância se deu em ocasião excepcional, em que a paciente não tinha mais de 10 dias de vida. Entretanto, apesar de ter sido deferido em caráter cautelar, o fornecimento da substância, a decisão judicial não observou um dos parâmetros elencados por Ingo Sarlet<sup>40</sup>, a saber, a aprovação pelos órgãos administrativos competentes.

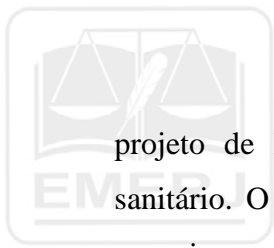
Nesse ponto, destaque-se que ocorreram duas reações à publicidade dada ao fármaco: o Congresso Nacional apressou-se em aprovar o Projeto de Lei n. 3/2016, iniciado na Câmara dos Deputados e aprovado pelo Senado em 22/03/2016<sup>41</sup>. Agora, o projeto espera apenas pela sanção ou veto presidencial. Por outro lado, a Anvisa já se posicionou contrariamente ao projeto e recomendará à Presidência o veto ao PL3/2016.

A Anvisa assim se posiciona porque os testes em seres humanos ainda não foram realizados e também porque o medicamento não teria lote ou data de fabricação, já que o

<sup>39</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.389.952-MT, Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf)>. Acesso em: 29 mar. 2016.

<sup>40</sup>SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 171-213.

<sup>41</sup>Senado aprova uso da fosfoetanolamina, a ‘pílula do câncer’. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/22/senadoaprovausodafosfoetanolaminaapiluladocancer>>. Acesso em: 30 mar. 2016.



projeto de lei permite a fabricação da fosfoetanolamina sintética mesmo sem registro sanitário. O Governo Federal, por sua vez, anunciou, em outubro de 2015, iniciativa para pesquisar a substância, com o financiamento de R\$ 10.000.000,00 por parte do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, MCTI.

Pela novidade do tema – embora a substância, estudada de forma independente pelo Prof. Dr. Gilberto Orivaldo Chierice<sup>42</sup>, tenha sido fornecida pela USP por duas décadas – qualquer previsão sobre o futuro é prematura, mormente porque ambas as partes têm bons argumentos, a favor e contra a liberação da substância.

Embora os Tribunais tenham decisões divergentes sobre o medicamento, conclui-se, pelo exposto, que deve haver muita cautela na análise do tema. Isso porque, embora haja a tutela do conteúdo essencial do direito à saúde, a concessão indiscriminada de um medicamento cujos testes não foram concluídos pode resultar em danos à sociedade não previstos pelo magistrado, pela falta da ampla visão do administrador e do suporte técnico que este possui.

Sendo assim, deve-se sempre ter em mente a atuação do magistrado no resguardo do núcleo dos direitos fundamentais limitada a fazer cumprir as políticas públicas já instituídas pela Administração ou, pelo menos, delimitadas pelo texto constitucional. Ultrapassado o conteúdo essencial desses direitos, oponível é a reserva do possível.

Por fim, ressalte-se que, mesmo quanto ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, deve o magistrado promover o diálogo com a Administração Pública e o Ministério Público. Nesse sentido, elucidativas são as palavras de Virgílio Afonso da Silva<sup>43</sup>

Se isso está correto, e se o Judiciário não é capaz de pensar em saúde, educação, moradia etc, de forma coletiva e global, talvez ele devesse deixar essa tarefa para o processo político. Mas não é possível ignorar que as demandas individuais continuarão a existir e que os juízes continuarão a ter que decidir sobre elas. Se, pelas razões expostas, o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for. Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas públicas já existentes.

Dessa forma, ao adotar a postura recomendada pelo autor, os magistrados capacitar-se-iam para decidir – com parcimônia – sobre políticas públicas e para melhor exercer o controle sobre os programas de saúde já instituídos pelo poder público

<sup>42</sup>Esclarecimentos à sociedade. Disponível em: <<http://www5.iqsc.usp.br/esclarecimentos-a-sociedade/>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

<sup>43</sup>SILVA, op. cit., p. 598.

## CONCLUSÃO

Verifica-se que o direito à saúde ganhou abrigo constitucional na Constituição da República de 1988 e eficácia positiva, a gerar direito subjetivo, após influências de outros países. Entretanto, embora a Carta Maior tenha tutelado esse direito, muitos obstáculos opõem-se à sua efetivação, entre eles a reserva do possível e, quando insuficiente a ação política necessária, a Separação de Poderes.

Nesse caminho, observa-se que a reserva do possível pode ser alegada pelo Poder Público. No entanto, dele exige-se razoabilidade, na medida em que esse argumento não pode ser oposto à efetivação, ainda que judicial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais, entre os quais está a saúde, com ressalva da comprovada ausência material de recursos.

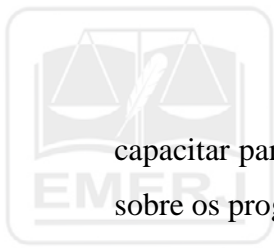
Entretanto, apesar da tutela do núcleo duro desse direito, há parâmetros que devem guiar a atividade jurisdicional, quais sejam: desnecessidade do tratamento ou existência de alternativa; aprovação do medicamento pleiteado pelas autoridades sanitárias com atribuição para tal e impossibilidade de condenação à obrigação genérica. Com base nessas diretrizes, o magistrado poderá verificar se a demanda de saúde deve ser implementada judicialmente ou não, por se estar fora do núcleo essencial do direito do art. 196 da CRFB.

Superada a questão da reserva do possível, analisam-se os principais argumentos baseados no princípio da separação de poderes. São eles: a falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para atender às demandas de saúde; a falta de legitimidade democrática do juiz; a desorganização da Administração Pública e a desigualdade relacionada ao acesso à justiça da população.

Superam-se essas alegações pelo fato de o Judiciário também participar, pela Carta Magna, da criação e efetivação do Direito, além de se guiar pelas listas de medicamento ou por laudos de médicos do próprio Estado para conceder a prestação de saúde. Verifique-se, além disso, que a multiplicidade de demandas pode ajudar o Estado a identificar as falhas de suas políticas públicas e a se reorganizar. Por último, no que diz respeito ao acesso à justiça, note-se que as Defensorias Públicas têm conseguido, na prática, superar as dificuldades e alcançar resultados positivos, razão pela qual os carentes não estariam desguarnecidos.

Por fim, conclui-se que o núcleo do direito fundamental é entendido, para a maior parte da doutrina, como direito subjetivo e absoluto em cada época e tem a função de limitar a atividade legislativa e guiar o juiz. Entretanto, mesmo para garantir o conteúdo essencial desse direito, o magistrado não pode agir de maneira isolada. Deve o juiz, nesse caminho, promover o diálogo com a Administração Pública e o Ministério Público, de modo a se





capacitar para decidir, com parcimônia, sobre políticas públicas e a melhor exercer o controle sobre os programas de saúde já instituídos pelo poder público.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Paulo Henrique. Apresentação do Programa Domingo Espetacular na Rede Record de 18 de outubro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pet 5828/SP. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000466614&bas=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.389.952-MT. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf)>. Acesso em: 29 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.389.952-MT, Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf)>. Acesso em: 29 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Suspensão de Segurança n. 2194962-67.201 5.8.26.0000. Relator: Des. José Renato Nalini. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.d>>





Local=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2194962-67.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2194962-67.2015.8.26.0000&dePesquisaNuAntigo=>. Acesso em: 20 out. 2015.

Esclarecimentos à sociedade. Disponível em: <<http://www5.iqsc.usp.br/esclarecimentos-a-sociedade/>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

LOPES, A. M. D. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 164 out./dez. 2004, p. 8. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1003/R164-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 374f. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 20 out. 2015.

PISKE, Oriana. A essência da legitimação democrática do poder judiciário. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2009/a-essencia-da-legitimacao-democratica-do-poder-judiciario-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista direitos fundamentais & justiça*, Rio Grande do Sul, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007.

Senado aprova uso da fosfoetanolamina, a 'pílula do câncer. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/22/senadoaprovausodafosfoetanolaminapapiluladocancer>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

SILVA, Leny Pereira da. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. 2006. 65f. Trabalho monográfico (Pós-Graduação *Lato Sensu*) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília. 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais* in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO Daniel, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 596/597.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. n. 42. 1990.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



## AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E LOTAÇÃO CARCERÁRIA

Jessica Paim C. de Abreu

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/RJ. Advogada.

**Resumo:** As relações na sociedade se tornam complexas e evoluídas, razão pela qual o direito deve sempre as acompanhar. As concepções penais se estruturam e se amoldam aos ditames da sociedade atual, ainda que diante de um Código arcaico. A tradição punitiva do sistema penal brasileiro esbarra em dificuldades gritantes: precariedade, insalubridade e superlotação das prisões. A essência do trabalho é abordar a atual alternativa a privação de liberdade: a audiência de custódia e verificar qual a novidade da medida e apontar se há real eficiência.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Sistema Prisional. Audiência preliminar. Flagrante.

**Sumário:** Introdução. 1. Pacto San Jose da Costa Rica e sua inserção na ordem constitucional brasileira. 2. A previsão da Audiência de Custódia e aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. 3. Sistema Prisional Brasileiro e o problema da Lotação Carcerária. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute se a implementação da audiência de custódia no sistema penal brasileiro, inserida num cenário de tradição punitiva, seria uma alternativa e, por consequência, solução à superlotação carcerária. Procura-se demonstrar que diante do abandono por parte das autoridades responsáveis e da ineficiência do sistema prisional atual, a audiência de custódia visa compatibilizar a longa permanência na prisão de pessoas sem condenação com a visão da sociedade acerca do preso, da prisão e da aplicação de penas extremas.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a estruturação de centrais de alternativas penais face a suposta ineficiência do processo penal seriam suficientes a justificar essa implementação.

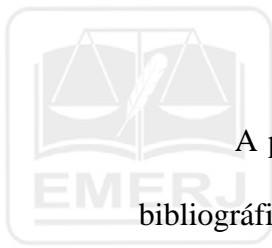
A Constituição Federal estabelece como máxima suprema a dignidade da pessoa humana, bem jurídico absoluto, assegurado ao preso. A permanência na prisão de pessoas sem condenação e a falha incontestável na persecução central da pena privativa de liberdade - ressocialização e reeducação - , favorece as seguintes reflexões: a audiência de custódia será eficiente ao ponto de reduzir a lotação carcerária e primar pela observância dos preceitos e garantias constitucionais?

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “audiência de custódia” e compreender como esse instituto foi inserido no ordenamento jurídico pátrio depois do advento da Constituição Federal de 1988. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a aplicabilidade desse instituto processual pelo Judiciário face aos já previstos na ordem jurídica, e se é uma alternativa viável para coibir o problema da lotação carcerária.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a recepção do Pacto San Jose da Costa Rica, Convenção Americana de Direitos Humanos, na presente ordem Constitucional e sua repercussão no tratamento dos institutos contemporâneos vinculados a esse ramo do Direito.

Segue-se demonstrando, no segundo capítulo, a previsão e a efetiva aplicabilidade da audiência de custódia na ordem jurídica brasileira, com o objetivo de aferir de que maneira se verifica, em concreto, a sua real necessidade diante das medidas processuais já existentes e o consequente congestionamento do judiciário.

O terceiro capítulo destina-se a examinar o sistema prisional brasileiro de maneira histórica e geral, a ensejar o atual problema da lotação carcerária. Esse capítulo tem por objetivo comprovar que a aplicação da lei e participação efetiva do Estado na garantia de melhores condições para o preso, retratam a desnecessidade de novos institutos e a não violação ao princípio da presunção de inocência.



A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

## **1. PACTO SAN JOSE DA COSTA RICA E A SUA INSERÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL**

Basicamente são duas as possíveis formas por meio das quais se origina um tratado internacional: a) pela aprovação do texto por uma instância de organização internacional, ou b) pela assinatura de um documento por sujeitos de direito internacional. Tem-se negociação, conclusões e assinatura do tratado. Nos dizeres de Flávia Piovesan<sup>1</sup>, “a assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo”.

O artigo 84, VIII, da Constituição<sup>2</sup> dispõe ser privativa do Presidente da República a competência para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Associado a esse dispositivo está o previsto no artigo 49, I, em que dispõe como sendo competência exclusiva do Congresso Nacional a elaboração de decretos legislativos, nos quais se materializa o tratado ou ato internacional. Assim, primeiramente ocorre a celebração do tratado internacional pelo Presidente da República para, depois e internamente, o Parlamento decidir sobre a sua viabilidade, conveniência e oportunidade.

O decreto legislativo, confirma a concordância do Congresso Nacional com a celebração do tratado internacional e a aprovação da decisão do Chefe do Executivo, oportunidade na qual incumbirá a este ratificar a sua assinatura ou aderir ao tratado, se ainda não tiver assinado. Registre-se que o ato de ratificar é ato típico de direito internacional público de competência privativa do Presidente da República, no qual se atesta perante a

---

<sup>1</sup> PIOVESAN apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 604.

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2015

ordem internacional que aquele Estado está, decididamente, se obrigando perante o pacto firmado. O próximo ato é promulgação e, conseqüente, publicidade em imprensa oficial do decreto.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal<sup>3</sup>, quanto a expedição, pelo Presidente da República, do referido decreto, entendeu que há três efeitos básicos que lhe são inerentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Referido ato normativo integra o ordenamento jurídico interno com caráter de norma infraconstitucional, situando-se nos mesmos planos de validade, eficácia e autoridade em que se posicionam as leis ordinárias (guardando, dessa forma, estrita relação de paridade normativa com as referidas leis ordinárias), podendo, por conseguinte, ser revogado (ab-rogação ou derrogação) por norma posterior, bem como ser questionada a sua constitucionalidade perante os tribunais, de forma concentrada ou difusa.

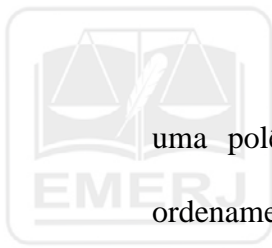
A Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>4</sup>, mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, é um tratado celebrado pelos integrantes da Organização de Estados Americanos (OEA), assinado em 1969 e ratificado pelo Brasil em 1992, passando a ter validade no ordenamento interno, a partir do processo legislativo exposto acima, com a promulgação do Decreto n. 678/ 1992.

Ocorre que a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004 e, de acordo, com o parágrafo terceiro inserido no artigo 5º da CRFB/88, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos podem gozar de status de emenda constitucional, desde que aprovados pelo Congresso Nacional com o quórum qualificado próprio destas. Surgiu, nesse cenário,

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1480-3. Relator: Ministra Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1480%2EENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1480%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9po6jb>>. Acesso em 16 de maio de 2016.

<sup>4</sup> LENZA, op.cit., p. 1012.



uma polêmica: qual seria a natureza jurídica dos tratados internacionais aderidos ao ordenamento antes da EC 45/2004?

Segundo Gilmar Mendes<sup>5</sup>:

[...] cabe registrar o encerramento do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, em 3-12-2008. Nesse julgado, o STF definiu a tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos que sejam internalizados pelo direito pátrio. Ou seja, foi superado o entendimento anterior – no sentido de que os tratados, ainda que versassem sobre direitos humanos, teriam a mesma estatura normativa das leis ordinárias – e prevaleceu, por maioria de votos, a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 1 (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7).

A Convenção Americana possui, atualmente, status supralegal, ou seja, está em patamar acima das demais leis infraconstitucionais, e, para fins elucidatória do presente trabalho, inclusive acima do Código de Processo Penal, cujo status normativo é de lei ordinária.

Nesse contexto, o Pacto em seu artigo 7º, item 6, dispõe “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”. A partir disso o CNJ lançou o projeto de Audiência de Custódia, em que permitirá o controle imediato da legalidade, necessidade e adequação da prisão pelo juiz.

Esse dispositivo e, conseqüentemente, o projeto visam a resguardar as garantias constitucionais previstas no artigo 5º, incisos LXV e LXVI da CRFB/88. Todavia, há previsão legislativa antecedente que protege os mesmos direitos, qual seja: o procedimento processual previsto no artigo 306 do Código de Processo Penal.

---

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 1053



Dessa forma, como compatibilizar os dois dispositivos e, em especial, a partir da Lei 11.719/08 que transferiu o interrogatório do réu para o último ato do processo, cuja finalidade era justamente garantir sua ampla defesa? E, da mesma forma, como essa medida extrema será uma forma eficiente de combater a superlotação carcerária?

## **2. A PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

A audiência de custódia é prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que ficou conhecida como "Pacto de San Jose da Costa Rica", promulgada no Brasil pelo Decreto 678/92.

Veja o que diz o artigo 7º, item 5, da Convenção:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal  
(...)

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)

De acordo com explicado no capítulo anterior, o STF<sup>6</sup> entende que os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil foi signatário incorporam-se no ordenamento jurídico com status de norma suprallegal. Assim, na visão do Supremo<sup>7</sup>, a Convenção Americana de Direitos Humanos é norma jurídica no Brasil, hierarquicamente superior as leis ordinárias ou complementares, e inferiores, apenas, as normas constitucionais.

A partir dessa previsão, a audiência de custódia consiste no direito que a pessoa presa em flagrante possui de ser conduzida, sem demora, à presença da autoridade judicial que irá analisar: se os direitos fundamentais dessa pessoa foram respeitados, se a prisão em flagrante foi legal e se a prisão cautelar deve ser decretada ou se será possível a liberdade provisória ou medida cautelar diversa da prisão.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343. Relator: Ministro Cesar Peluzo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=466343&origem=AP>. Acesso em 14 março 2016.

<sup>7</sup> Ibid.



Até o momento, a audiência de custódia não foi regulamentada por lei no Brasil, apesar de existir um projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional (PLS n.º 554/2011)<sup>8</sup>.

Todavia e com o fim de dar concretude à previsão da CADH, alguns Tribunais de Justiça, com incentivo do CNJ, passaram a regulamentar a audiência de custódia através de atos internos dos próprios Tribunais.

No âmbito TJRJ<sup>9</sup>, as resoluções 29 e 32, ambas de 2015, disciplinam a audiência de custódia e seu procedimento, nos seguintes termos:

Art. 2º - Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, sem demora, ao juiz competente, a fim de realizar se audiência de custódia.

Parágrafo único - Por decisão judicial, devidamente fundamentada, será dispensada a apresentação do preso quando forem reconhecidas circunstâncias pessoais que a inviabilizem.

Art. 3º - A Central de Audiência de Custódia, ao receber o Auto de Prisão em Flagrante, deverá providenciar o registro, a autuação e juntada de Folha de Antecedentes Criminais e histórico penal do preso, para exame imediato do Juiz.

Art. 4º - O preso, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou, na falta deste, com defensor público e será encaminhado imediatamente para exame pericial em local próprio nas dependências do Fórum.

Art. 5º - Elaborado o exame pericial, o preso será encaminhado ao Juiz para a audiência de custódia, exclusivamente destinada à apreciação da legalidade da prisão em flagrante, da sua conversão em prisão preventiva ou da concessão de liberdade provisória, com ou sem a imposição de medidas cautelares.

Art.6º - Aberta a audiência, o preso será ouvido a respeito das circunstâncias da prisão e suas condições pessoais, manifestando se, em seguida, o MP e defesa, se presentes ao ato.

Parágrafo único - As declarações do preso colhidas, preferencialmente, por meio digital, serão lacradas e mantidas em separado.

Art. 7º - Da audiência será lavrado o respectivo termo, que conterá, apenas, o resumo da manifestação do MP, da defesa e o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz.

Art. 8º - O juiz, diante das informações colhidas na audiência, encaminhará o liberado, se for o caso, à equipe multidisciplinar, visando seu atendimento e eventual inclusão na rede de assistência social, em projeto social conveniado ou do próprio Tribunal.

<sup>8</sup> BRASIL. Projeto de Lei n.º 554, de 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 14 de março de 2016.

<sup>9</sup> BRASIL. Resolução Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro n.º 29, *Diário da Justiça Estado do Rio de Janeiro*, RJ, 26 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2272629/26-08-2015.pdf>>. Acesso em 14 de março de 2016.





O primeiro Tribunal a regulamentar a audiência de custódia foi o Tribunal Paulista através do provimento conjunto n.º 03/2015<sup>10</sup>. A partir dessa regulamentação foi proposta no STF<sup>11</sup> uma ação direta de inconstitucionalidade pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, sob o fundamento de que o procedimento dessa audiência somente poderia ser feito por lei federal e não por provimento autônomo de tribunais, já que a competência para legislar sobre a matéria é da União, conforme artigo 22, I, da CF/88<sup>12</sup>, por meio do Congresso Nacional.

O STF julgou improcedente a ADI proposta, sob o fundamento de que o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, por ter caráter supralegal, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Ademais, a apresentação do preso ao juiz está intimamente ligada à ideia da garantia fundamental de liberdade, qual seja, o *habeas corpus*. A essência desse remédio constitucional, portanto, está justamente no contato direto do juiz com o preso, para que o julgador possa, assim, saber do próprio detido a razão pela qual fora preso e em que condições se encontra encarcerado.

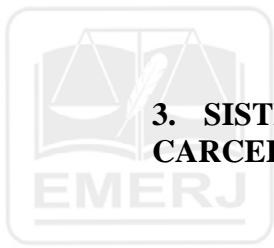
Desse modo, o STF entendeu que o Provimento Conjunto do TJSP não inovou na ordem jurídica, mas explicitou conteúdo normativo já existente em diversas normas da CADH e do CPP. E, por fim, afirmou que não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes porque não foi o Provimento Conjunto que criou obrigações para os delegados de polícia, mas sim a citada convenção e o CPP.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Provimento Conjunto n.º 03 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Diário da Justiça do Estado de São Paulo, SP, 27 de janeiro de 2015. Disponível em: <[http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=65062](http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062)>. Acesso em 14 de março 2016

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm#TJ/SP: audiência de custódia e Provimento Conjunto 3/2015 - 1](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm#TJ/SP:audiencia%20de%20custodia%20e%20Provimento%20Conjunto%203/2015-1)>. Acesso em 14 de março de 2016.

<sup>12</sup> BRASIL. op.cit.,



### 3. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O PROBLEMA DA LOTAÇÃO CARCERÁRIA.

A privação da liberdade, como pena principal, retrata uma evolução na história das penas, cuja finalidade, em tese, é a ressocialização, educação e a punição pelo delito. Isso é, o *ius punendi* assume a responsabilidade de retaliação dos crimes, através da prisão.

A Constituição da República, promulgada em 05.10.1988, embora sem marcantes inovações no aspecto penal e processual penal, além de incorporar garantias usuais da legislação ordinária ao texto constitucional, proclamou expressamente postulados penais e processuais penais, que se transformam em garantias importantes na execução da pena, quais sejam: a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), a proibição de penas desumanas e cruéis (art. 5.º, XLVII), a distinção de estabelecimentos penais de acordo com a natureza dos delitos, idade e o sexo do condenado (art. 5.º, XLVIII), a garantia de integridade física e moral dos presos (art. 5.º, LIX), as garantias especiais para a mãe lactente presa (art. 5.º, L), a garantia do devido processo legal (art. 5.º, LIV), a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV), a proibição de provas ilícitas (art. 5.º, LVI), a comunicação da prisão (art. 5.º, LXII), os direitos do preso a calar-se e a ter assistência jurídica e da família (art. 5.º, LXIII).<sup>13</sup>

No Brasil, por influência da doutrina<sup>14</sup> italiana e francesa no início do século XX, a execução da pena tinha caráter estritamente administrativo, em que caberia a lei determinar a pena, ao juiz pronunciá-la e à administração executá-la. Nesse sistema, o juiz apenas calculava a pena do condenado e ao Estado era atribuída a função executiva da pena.

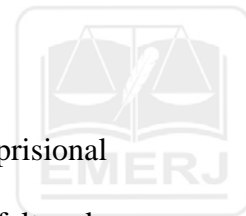
Tendo em vista o choque entre o caráter administrativista e a necessidade de intervenção judicial, a doutrina<sup>15</sup> passou a defender a aplicação de um sistema misto: o Estado-administração ficaria encarregado de regular o sistema penitenciário e o Estado-jurisdição de conceder ou restringir os benefícios previstos em lei, mediante a deflagração de um processo de execução penal. Entendimento este consolidado no Código de Processo Penal<sup>16</sup> a partir do artigo 668.

<sup>13</sup> ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, n.º17, p. 35, setembro/dezembro 2014.

<sup>14</sup> ALMEIDA apud RODRIGUES, Anabela Miranda. A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade. Seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCRIM, v. 11, 2000, p. 38-54.

<sup>15</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1962.

<sup>16</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. 9.ed. São Paulo: Rideel, 2014.



Contudo, não é essa a realidade. A superlotação e a falência do sistema prisional brasileiro demonstram a inércia do Estado-administração, no que tange à falta de investimentos e a manutenção das penitenciárias.

Diante desse quadro, foi proposta a ADPF 347 MC/DF<sup>17</sup>, no qual se requereu a declaração no atual sistema penitenciário brasileiro há violação aos direitos fundamentais dos presos. Em julgamento liminar, o STF reconheceu a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais causado pela inércia reiterada e persistente das autoridades pública em modificar a conjuntura, de modo que apenas reais mudanças estruturais pela atuação do poder público e de uma pluralidade de autoridades, possa reverter a situação inconstitucional, o qual oportunizou chamar de Estado de Coisas Inconstitucionais.

O Supremo reconheceu, ainda, que no sistema prisional brasileiro realmente existe uma violação generalizada aos direitos fundamentais dos presos, ao qual atribuiu a responsabilidade por essa situação aos três Poderes da União e dos Estados-Membros. Entendeu-se que judiciário não pode substituir o papel do Legislativo e do Executivo, mas a intervenção judicial é necessária diante da incapacidade demonstrada por essas instituições.

Foi nesse cenário que STF determinou que os Tribunais de Justiça dos Estados implementassem a audiência de custódia, como solução imediata à superlotação carcerária.

A implantação da audiência de custódia, como forma de evitar a prisão desnecessária, todavia não trouxe resultados positivos e, via de consequência, o descontentamento social, principalmente, após o caso da turista assassinada a facadas na praia de Copacabana<sup>18</sup> após o réu ter sido posto em liberdade provisória na audiência de custódia. Ou seja, a liberação desses acusados podem causar uma sensação de insegurança

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 14 de março 2016

<sup>18</sup> Douglas Menelick Gonzaga, em 11 de janeiro, foi preso por roubo, mas obteve a liberdade provisória, deferida em audiência de custódia, por ser réu primário em crime de menor gravidade. Contudo, no dia 17 de janeiro, voltou a ser preso por participação no crime que resultou na morte de uma turista argentina a facadas na praia de Copacabana. Disponível em: < <http://portaltj.tjrj.jus.br/ca/cluster/-/noticias/visualizar/29229>>. Acesso em 14 de março 2016.



O crescente número de infratores, a falta de investimentos na infraestrutura de penitenciárias e, principalmente, de políticas públicas, visando à diminuição da criminalidade, não remediará o problema da lotação carcerária, tampouco será resolvida pelo procedimento da audiência de apresentação.

## CONCLUSÃO

O caráter humanitário e antropológico da disposição prevista na Convenção de Direitos Humanos não diverge do propósito do Código de Processo Penal, em que neste, ainda que inserido no predominante contexto acusatório penal, não afasta as garantias fundamentais daquele sujeito ao processo penal: contraditório, a legalidade da prisão e a necessidade da conversão da prisão em preventiva.

Apesar disso, o regramento jurídico interno, segundo posição consolidada demonstrada nesse trabalho, não é suficiente, nem satisfaz a exigência da audiência de custódia, pois não passaria por um controle de convencionalidade quando comparada com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil voluntariamente aderiu, cujos preceitos, uma vez violados, podem ensejar a responsabilização do país perante a Corte Internacional de Direitos Humanos.

Todavia não se vislumbra diferenças reais entre esta e àquela, tendo em vista a semelhança nas finalidades entre ambas.

Conforme exposto, o emblema da audiência de custódia é a superlotação carcerária, questão que está longe de ser resolvida. Pois, ainda que haja alternativas à prisão provisória, como fiança e monitoramento eletrônico, a ausência de prioridade na segurança pública e na educação social são fatores que contribuem para esse cenário.



O problema do Sistema Penitenciário Brasileiro, assim como a gestão governamental como um todo, é a má distribuição e organização da verbas públicas, dificultando a prática de projetos governamentais, postergando a situação de penúria e violação a dignidade do preso.

Portanto, a implementação da audiência de custódia irá diminuir, em um primeiro momento, a população carcerária, mas está longe de resolver o real problema: o aumento da criminalidade e as condições da consagrada população carcerária.



## REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, n.º17, p. 35, setembro/dezembro 2014.

BRASIL. Código de Processo Penal. 9. Ed. São Paulo: Rideel, 2014

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)>. Acesso em 14 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n.º 554, de 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 14 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Provimento Conjunto n.º 03 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Diário da Justiça do Estado de São Paulo, SP, 27 de janeiro de 2015. Disponível em: <[http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=65062](http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062)>. Acesso em 14 de março 2016

\_\_\_\_\_. Resolução Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro n.º 29, *Diário da Justiça Estado do Rio de Janeiro*, RJ, 26 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2272629/26-08-2015.pdf>>. Acesso em 14 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm#TJ/SP:audiência de custódia e Provimento Conjunto 3/2015 - 1](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm#TJ/SP:audiencia%20de%20custodia%20e%20provimento%20conjunto%203/2015-1)>. Acesso em 14 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1480-3. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1480%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1480%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9po6jb>>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 14 de março 2016

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 466343. Relator: Ministro Cesar Peluzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=466343&origem=AP>>. Acesso em 14 março 2016.

ESPINÓLA FILHO apud ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, n.º17, setembro/dezembro 2014.

GRECO, Rogerio. *Sistema Prisional: colapso atual e medidas alternativas*. São Paulo: Impetus, 2014

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, n. ° 17, setembro/dezembro 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Empório do direito, 2015

PIOVESAN apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES apud ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, n.º17, setembro/dezembro 2014.

SILVA, Elisa Levien. *A realidade do sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7926/A-realidade-do-sistema-penitenciario-brasileiro-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em 14 de março de 2016.



## OBSTÁCULOS AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA BRASILEIRA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS INTERNACIONAIS

Jéssica Santos e Souza Dias

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.  
Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho se destina a tratar dos contratos eletrônicos internacionais e a discussão existente acerca da dificuldade em estabelecer a melhor norma a ser aplicada no contrato. Também irá abordar a dificuldade na execução de sentença de um fornecedor estrangeiro quando este não possui endereço no Brasil. Vai ainda discutir se a proteção do consumidor brasileiro traz dificuldades de celebração de contrato com fornecedores estrangeiros que possuem outras normas aplicáveis às relações consumeristas.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor. Contrato Internacional de Consumo. Responsabilidade. Proteção. Limites. Normas aplicáveis.

**Sumário:** Introdução. 1. A proteção excessiva ao consumidor nas relações físicas e a tímida proteção ao consumidor nas relações eletrônicas. 2. Até que ponto a proteção do consumidor brasileiro pode chegar sem limitar a proteção do fornecedor estrangeiro? 3. Fornecedor absolutamente hipersuficiente em relação ao consumidor? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca analisar a dificuldade existente quando se trata de cumprimento de sentença em face de fornecedores estrangeiros. Isso porque a falta de domicílio de tais fornecedores no Brasil causa maior vulnerabilidade aos consumidores. Dessa forma, o consumidor deve ser protegido para que não seja lesado por um fornecedor que se utiliza de má-fé para não cumprir suas obrigações.

Para demonstrar isso, o pesquisador irá se debruçar na análise da doutrina acerca do tema, cabendo destacar que, por ser tema muito recente, a doutrina se limita a teses de pós-graduação e mestrado. Fará uso também da análise jurisprudencial e de dados para demonstrar que o problema é atual e amplamente recorrente no meio jurídico.

Com o surgimento da rede mundial de computadores (Internet), as pessoas começaram a efetivamente depender dela para inúmeras transações, principalmente comerciais. Contudo, essas relações comerciais são dificultadas quando o consumidor passa a ter receio em virtude



de casos nos quais o fornecedor não tem um endereço fixo no país do consumidor. Com isso, este deixa de celebrar contratos, bloqueando o crescimento da economia.

No primeiro capítulo, será discutida a urgente necessidade de elaboração de novas leis para tratar da hipossuficiência do consumidor, além de uma efetiva maneira de executar as sentenças prolatadas no Brasil em face dos fornecedores internacionais.

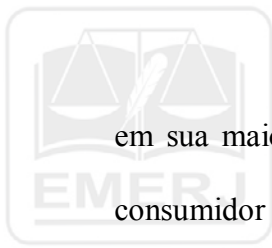
No segundo capítulo, aborda-se que é certo que o consumidor brasileiro deverá ser protegido pelo seu próprio ordenamento jurídico interno. Contudo, será discutido também que o país de domicílio do fornecedor possui um ordenamento jurídico e este deve ser igualmente respeitado. Será abordado ainda que as leis brasileiras devem proteger a relação e não somente o consumidor.

Por fim, analisar-se-á no terceiro capítulo a busca pela proteção do fornecedor estrangeiro que procura o Brasil para realizar transações comerciais e corre o risco de ter que respeitar certas obrigações das quais sequer tomou conhecimento, simplesmente por serem obrigações impostas aos fornecedores brasileiros. Nesse capítulo, será versado sobre o cuidado que o juiz deve ter no caso concreto em aplicar a lei de forma a proteger as partes e o contrato para que nenhuma delas deixe de continuar realizando contratos comerciais por receio de ser prejudicado em sede judicial.

A pesquisa vai adotar a metodologia bibliográfica, sobretudo na análise de trabalhos acadêmicos, uma vez que o assunto é bastante recente, além de análise da jurisprudência existente acerca do tema.

## **1. A PROTEÇÃO EXCESSIVA AO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES FÍSICAS E A TÍMIDA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES ELETRÔNICAS**

Com a propagação da Internet, o mundo passou a ficar mais globalizado, passando a formar relações de todo tipo entre países extremamente distantes um do outro. Essas relações,



em sua maioria, são de natureza comercial por serem mais rápidas e práticas tanto para o consumidor como para o fornecedor.

A Constituição da República protege expressamente o consumidor nos artigos 5º, XXXII e 170, V.<sup>1</sup> O artigo 5º fala em proteção na forma da lei. Sendo assim, era necessária uma lei que regulasse essa proteção. Por isso, em 11 de setembro de 1990, foi publicado o Código de Defesa do Consumidor, que determina como devem ser feitas as relações comerciais entre fornecedor e consumidor para que haja um equilíbrio razoável entre eles.

Ao observar essa proteção constitucional, percebe-se que o Brasil preza pela proteção de seus consumidores para que esses sintam segurança na relação comercial. O país cuida dos consumidores, não só porque fazem parte da nação, mas também porque o consumo integra o cálculo do PIB (Produto Interno Bruto).<sup>2</sup> Assim, quanto mais consumo, mais cresce a economia.

Ao redor do mundo, observa-se alguma proteção ao consumidor. Na Europa, os países possuem Códigos próprios acerca das relações comerciais. Todavia, não há um código comum para a União Européia, o que causa insegurança aos consumidores. Por isso, o bloco optou por adotar diretivas<sup>3</sup> com o intuito de harmonizar as legislações européias e tentar formar um conjunto mínimo de normas gerais de proteção ao consumidor.<sup>4</sup>

No Mercosul, o problema é o mesmo, uma vez que o bloco econômico das Américas não possui um código único de proteção ao consumidor, ainda que os países-membros tenham sua legislação consumerista própria. Isso porque alguns deles não aceitam certas normas

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>2</sup> INFOMONEY. PIB: entenda quais são os fatores que influenciam o crescimento da economia. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/educacao/guias/noticia/257984/pib-entenda-quais-sao-fatores-que-influenciam-crescimento-economia>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

<sup>3</sup> Diretivas são um ato legislativo criado pela União Europeia para que os Estados que formam o bloco alcancem um resultado da maneira que julgarem melhor. Não há uma forma específica de chegar a esse resultado. Assim, os Estados possuem flexibilidade legislativa e o bloco consegue criar normas gerais de proteção ao consumidor. *REGULAMENTOS, diretivas e outros atos legislativos*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index\\_pt.htm](http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_pt.htm)>. Acesso em: 28 out. 2015.

<sup>4</sup> SANTOS, Maria Laura Lopes Nunes. *Proteção ao Consumidor nos Contratos Eletrônicos na União Europeia*. Disponível em: <<http://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/2304/1526>>. Acesso em: 19 out. 2015.

trazidas pelo Brasil. Entendem que o país deixa o fornecedor vulnerável com tanta proteção somente ao consumidor. Com essa falta de harmonia, a livre concorrência acaba sendo desprotegida nas relações, assim como na União Européia.<sup>5</sup>

Cabe salientar ainda que o Código de Defesa do Consumidor não estava preparado para as mudanças da sociedade, principalmente no que tange ao setor tecnológico. No advento da Lei 8078, de 11 de setembro de 1990, a Internet estava começando a dar seus primeiros passos ao redor do mundo, já que ela passou a ser distribuída para o público em geral somente a partir da década de 90.<sup>6</sup> Por isso, o legislador não pôde prever nenhuma norma de proteção para as relações eletrônicas internacionais à época.

Ademais, é necessário trazer à tona que a evolução da tecnologia atraiu o surgimento de novas modalidades de crime, como a divulgação ilícita de informações pessoais, que são obtidas através de programas fraudulentos.

É a partir dessa nova realidade que o Poder Judiciário passou a ser obrigado a manifestar-se sobre esses contratos celebrados por pessoas e/ou empresas situadas em países diferentes e com a celebração feita somente através da Internet, sem ter qualquer tipo de contrato efetivamente assinado e, portanto, nenhuma proteção palpável.<sup>7</sup>

Segundo Claudia Lima Marques<sup>8</sup>, comércio eletrônico é

[...] comércio clássico de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizados através da contratação à distância, conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, mensagem de texto etc), por Internet (on-line) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares, etc). Tais negócios jurídicos finalizados por meio eletrônicos são concluídos sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar,

<sup>5</sup> SANTANA, Héctor Valverde. *Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação*. Disponível em: <<http://www.publicacoes.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2697/pdf>>. Acesso em 12 out. 2015.

<sup>6</sup> GOMES, Magno Federici; SOUZA, Igor Ferry de. *Contratos de consumo por meios eletrônicos, no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6345](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6345)>. Acesso em: 19 out. 2015.

<sup>7</sup> MENON, ALESON. *As inovações tecnológicas comerciais frente aos direitos dos consumidores*. Disponível em: [http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/387/PF2013Aleson\\_Menon.pdf?sequence=](http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/387/PF2013Aleson_Menon.pdf?sequence=). Acesso em 14 out. 2015.

<sup>8</sup> MARQUES, Claudia Lima apud SILVA, Rosane Leal da. *O direito privado desafiado pela dinâmica da contratação eletrônica: premissas para efetivar a proteção do consumidor brasileiro*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidsp/article/view/11670/1503>>. Acesso em: 19 out. 2015.



daí serem denominados, normalmente, contratos à distância no comércio eletrônico, e incluírem trocas de dados digitais, textos, sons e imagens.

Nos negócios jurídicos celebrados fisicamente, o consumidor e o fornecedor assinam um contrato pessoalmente. Isso faz com que as partes percebam mais facilmente a idoneidade de cada uma. Contudo, nos contratos eletrônicos, isso não ocorre.<sup>9</sup>

Além disso, na contratação virtual, a vontade das partes é a mesma que está presente no contrato convencional. Todavia, naquela, o consumidor não tem acesso ao fornecedor. Ele vê somente uma marca. Com o marketing agressivo feito na rede mundial de computadores, o consumidor perde a capacidade de julgar o verdadeiro e o falso em razão de sua hipossuficiência e acaba sendo enganado pelo fornecedor fraudulento.<sup>10</sup>

Cabe salientar que o Brasil é considerado um país emergente. Isso porque apresenta níveis medianos de desenvolvimento, mas demonstra crescimento na economia através do mercado de importação e exportação<sup>11</sup>. Além disso, como o consumidor já é considerado hipossuficiente em qualquer relação de consumo, a vulnerabilidade dos consumidores brasileiros é agravada. Atento a isso, o Brasil editou o Decreto 7.962, em 15 de março de 2013, para adequar os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos.

Esse Decreto trouxe diversas alterações, como informações que o fornecedor deve apresentar para que o consumidor possa ter maior facilidade em ser atendido, previsto no artigo 4º do Decreto.<sup>12</sup> Com isso, fica evidenciado que o legislador preocupou-se em diminuir os riscos que o consumidor pode sofrer caso o fornecedor não esteja de boa-fé. Entretanto,

---

<sup>9</sup> SILVA, Rosane Leal da. *O direito privado desafiado pela dinâmica da contratação eletrônica*: premissas para efetivar a proteção do consumidor brasileiro. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidsp/article/view/11670/1503>>. Acesso em: 19 out. 2015.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> PENA, Rodolfo F. Alves. *Países emergentes*. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/paises-emergentes.html>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto 7.962, de 15 de março de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015.

não se sabe se somente esse Decreto será suficiente para regular todas as relações comerciais eletrônicas, sobretudo as internacionais.<sup>13</sup>

## **2. ATÉ QUE PONTO A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO PODE CHEGAR SEM LIMITAR A PROTEÇÃO DO FORNECEDOR ESTRANGEIRO?**

Como visto anteriormente, a legislação brasileira pouco fala sobre o tema. Todavia, existem contratos eletrônicos sendo formulados a todo tempo pelo Brasil e pelo mundo. Estes contratos passam a gerar efeitos jurídicos que devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico do país. Como ainda não foram criadas leis específicas sobre o tema – apesar do Decreto 7962/13 - e as celebrações de contratos não se interrompem, o Brasil deve se valer de algum mecanismo que proteja esses consumidores. Isso porque o Direito deve equilibrar as relações e evitar abusos da parte mais forte.

Em razão da facilidade dos contratos eletrônicos, os clientes e fornecedores podem surgir de qualquer parte do mundo. Com isso, há o conflito de normas entre os ordenamentos jurídicos dos países em que residem os celebrantes do contrato.

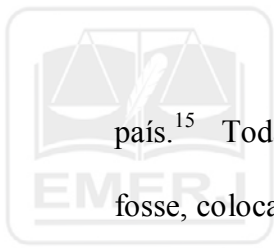
No Brasil, até o ano de 2013, os contratos eletrônicos eram tratados como atípicos, sendo regulados pelo artigo 434 do Código Civil, que trata dos contratos entre ausentes. Essa realidade não é diferente dos demais países, como os países europeus<sup>14</sup>. Isso em razão do aumento exponencial da utilização da Internet ao redor do mundo e a dificuldade do Poder Legislativo dos países em acompanhar essas mudanças.

Além disso, há o seguinte problema: qual lei deverá ser aplicada quando há litígio entre as partes? Aplica-se a lei do domicílio do consumidor ou do fornecedor? O artigo 22, II do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que o Brasil será competente para processar e julgar as ações que versarem sobre Direito do Consumidor quando o consumidor residir no

---

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> COMPREENDER as políticas da União Européia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Européia, 2014. Disponível em: <[http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/consumer\\_pt.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/consumer_pt.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2016.



país.<sup>15</sup> Todavia, essa competência não é absoluta. Caso o legislador quisesse que assim o fosse, colocaria o referido inciso no artigo 23, que trata das competências absolutas do Estado Brasileiro.<sup>16</sup> Sendo assim, a discussão acerca da competência territorial permanece presente, já que irá vigir no contato mais de um ordenamento jurídico, que pode regular formas diferentes de resolução de conflitos.

É certo que as partes celebrantes podem estabelecer cláusula de eleição de foro. O problema é que o país eleito pode ter normas que não protejam o consumidor brasileiro. Como visto anteriormente, o Brasil não segue a linha dos demais países do Mercosul acerca da proteção consumerista. Os outros países trazem normas de maior proteção ao fornecedor e não ao consumidor. Aplicar a lei desses países geraria insegurança jurídica ao consumidor, o que poderia fazer com que ele se sentisse impelido a não mais celebrar contratos internacionais.

O Superior Tribunal de Justiça entende, nos contratos que contenham cláusula de arbitragem, que deve prevalecer a decisão do árbitro e o Judiciário não deve interferir. Segue a ementa:

CLAUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATO INTERNACIONAL. REGRAS DO PROTOCOLO DE GENEVRA DE 1923. 1. NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS SUBMETIDOS AO PROTOCOLO, A CLAUSULA ARBITRAL PRESCINDE DO ATO SUBSEQUENTE DO COMPROMISSO E, POR SI SO, E APTA A INSTITUIR O JUIZO ARBITRAL. 2. ESSES CONTRATOS TEM POR FIM ELIMINAR AS INCERTEZAS JURIDICAS, DE MODO QUE OS FIGURANTES SE SUBMETEM, A RESPEITO DO DIREITO, PRETENSÃO, AÇÃO OU EXCEÇÃO, A DECISÃO DOS ARBITROS, APLICANDO-SE AOS MESMOS A REGRA DO ART. 244, DO CPC<sup>17</sup>, SE A FINALIDADE FOR ATINGIDA. 3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> BRASIL. Decreto 7.962, de 15 de março de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato/2011-2014/2013/decreto/d7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2011-2014/2013/decreto/d7962.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Cabe salientar que o acórdão refere-se ao artigo 277 do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe: “Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 616. Relator: Ministro Claudio Santos. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=198900098535&dt\\_publicacao=13-08-1990&cod\\_tipo\\_documento=1](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=198900098535&dt_publicacao=13-08-1990&cod_tipo_documento=1)>. Acesso em 27 mar. 2016.

A doutrina brasileira<sup>19</sup>, em sua maioria, entende que, em razão dessa falta de normas específicas, deve ser aplicado o Direito Brasileiro nos conflitos existentes nos contratos eletrônicos internacionais porque é mais favorável ao consumidor, que deve ser protegido a todo custo.

### **3. FORNECEDOR ABSOLUTAMENTE HIPERSSUFICIENTE EM RELAÇÃO AO CONSUMIDOR?**

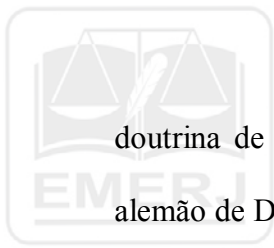
Em 2014, veio a Lei 12.965, conhecida por Marco Civil da Internet. Foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro visando à proteção maior dos consumidores no âmbito do comércio eletrônico. Contudo, a lei sofre duras críticas por ser muito omissa em certos pontos, como, por exemplo, o fato de dificultar os direitos do cidadão no que tange à guarda de dados. Isso porque a lei fala que o provedor de Internet deve guardar os dados do usuário de forma eficiente. Todavia, o provedor não tem obrigação legal de fornecer esses dados se não houver mandado judicial, o que leva o usuário a ser obrigado a contratar um advogado para ter acesso a isso. Observando a falta de informação da população em geral, fica claro que essa norma será pouco aplicada.<sup>20</sup> Além disso, ela não trouxe nenhuma solução para os conflitos existentes nos contratos internacionais eletrônicos, o que também gerou críticas da doutrina.

As normas do Direito Internacional Privado buscam proteger o fornecedor e o vendedor e trazem pouquíssimas normas para tutelar o consumidor. É o que informa a

---

<sup>19</sup> ARAUJO apud CARVALHO, Nanci Soares de. *Análise sobre os critérios da solução de conflitos nos contratos internacionais de comércio*, 2014. Monografia (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília, 2014, p. 16. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6007/1/20980710.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2016.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Jane Resina F. de. *Um olhar crítico sob o projeto do marco civil da internet no Brasil*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197752,51045-Um+olhar+critico+sob+o+projeto+do+marco+civil+da+internet+no+Brasil>>. Acesso em: 27 mar. 2016.



doutrina de Cláudia Lima Marques<sup>21</sup>. A autora cita ainda Jan Kropholler, renomado autor alemão de Direito Internacional Privado:

[...] é necessário elaborar normas específicas de DIPr. para proteção dos consumidores leigos ou não profissionais, pois as conexões hoje existentes para regular o comércio internacional têm como base o equilíbrio estrutural de forças ou de interesses profissionais entre os agentes envolvidos, como conexões da autonomia da vontade (escolha da lei que regerá o contrato pelas partes, no contrato ou após), o local da execução (geralmente o local de execução da prestação característica, sempre prestada pelo profissional em caso de consumo internacional), ou do local da conclusão do contrato (normalmente a sede do ofertante ou profissional, que, em contratos a distância, sempre faz a oferta aceita pelo consumidor).<sup>22</sup>

O Brasil é conhecido pela excessiva proteção ao consumidor em detrimento do fornecedor. Com isso, muitos fornecedores estrangeiros sentem-se inseguros em realizar contratos com consumidores brasileiros. Além disso, os fornecedores que optam por celebrar contratos no Brasil inserem cláusulas de eleição de foro para que seja competente o país de origem do fornecedor. Assim, retira-se a competência do Brasil para processar e julgar esses contratos, o que acaba levando a uma insegurança jurídica para os brasileiros, pois o ordenamento jurídico estrangeiro pode não ser protetivo como o brasileiro.

Outrossim, há a questão dos costumes, isto é, os costumes de um país europeu, por exemplo, podem ser diferentes dos costumes brasileiros, o que incita conflitos entre residentes de tais países que queiram celebrar contratos entre si. Um exemplo é o ponto das compras parceladas, já que o Brasil é um dos únicos países cujos consumidores têm a prática de parcelar todo e qualquer tipo de compra.<sup>23</sup> Essa discrepância no comportamento de cada consumidor também pode gerar insegurança quando não há qualquer certeza da lei a ser aplicada em eventual conflito entre as partes.

Por fim, cabe destacar também que cada país possui peculiaridades diversas dos outros. Por exemplo, um contrato de seguro de veículo automotor celebrado com um

<sup>21</sup> MARQUES apud MACHADO, Daniele Maria Tabosa. A não proteção do consumidor brasileiro nos contratos eletrônicos internacionais de consumo. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f6f704230e538d2>>. Acesso em: 27 mar. 2016, p. 4.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>23</sup> *TIE BREAK MAGAZIN*. São Paulo: Mundi, n. 81, novembro. 2012.





consumidor brasileiro não irá necessitar de proteção contra terremoto ou furacão, diferente da celebração desse mesmo contrato com um consumidor nos Estados Unidos.<sup>24</sup>

Com todos esses aspectos a serem analisados, torna cada vez mais difícil a celebração de contratos equilibrados entre fornecedor estrangeiro e consumidor brasileiro. É certo que o consumidor é parte hipossuficiente na relação, como dispõe o artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor<sup>25</sup>. Não obstante, essa proteção deve visar ao equilíbrio entre as partes e não a essa excessiva proteção ao consumidor sob qualquer circunstância.

## CONCLUSÃO

O trabalho trouxe diversas situações em que se observa a discrepância legislativa entre determinados países e o Brasil. Demonstrou também a urgente necessidade de um acordo entre as nações para que os contratos comerciais sejam justos e equilibrados. Isso porque ficou exaustivamente provado que esses contratos estão sendo feitos a todo tempo e ao redor do mundo e os contratantes acabam por ficar desprotegidos, já que não tem certeza da norma a ser aplicada.

Entende-se, hoje, pela primazia da autonomia da vontade das partes, ou seja, elas devem celebrar os contratos inserindo cláusulas que sejam melhores para ambas naquele caso específico. Todavia, deve-se proteger aquele consumidor que demonstre ser o denominado hipossuficiente técnico, tendo em vista que ele não estará ciente de todos os riscos do negócio jurídico por falta de informação clara e precisa do fornecedor.

---

<sup>24</sup> GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha; FERREIRA, Carolina Iwancow. *Uma visão panorâmica e atualizada dos contratos internacionais do comércio*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/11424068/UMA\\_VIS%C3%83O\\_PANOR%C3%82MICA\\_E\\_ATUALIZADADOS\\_CONTRATOS\\_INTERNACIONAIS\\_DO\\_COM%C3%89RCIO](https://www.academia.edu/11424068/UMA_VIS%C3%83O_PANOR%C3%82MICA_E_ATUALIZADADOS_CONTRATOS_INTERNACIONAIS_DO_COM%C3%89RCIO)>. Acesso em: 28 mar. 2016.

<sup>25</sup> “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...)”

BRASIL. Decreto 7.962, de 15 de março de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015.



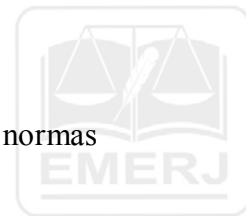
A esse consumidor mais vulnerável, deve haver uma preocupação do Poder Legislativo Brasileiro para editar leis que efetivamente regulem tais relações de modo que o consumidor tenha seus direitos garantidos. A razão disso é que não se pode permitir que o Poder Judiciário analise caso a caso e aplique seu próprio entendimento, já que um magistrado pode entender de forma diversa de outro e o consumidor, que, na maioria das vezes, é leigo, pode, equivocadamente, concluir que foi prejudicado e optar por não mais realizar contratos internacionais.

Além disso, se houve a celebração com a autonomia de vontade sendo expressada, o Judiciário só poderá intervir no caso de um excessivo desequilíbrio no contrato. Isso em razão da obrigação do juiz em manter equilibrados os contratos de consumo, sejam nacionais ou internacionais.

Em relação à proteção do fornecedor estrangeiro perante o consumidor brasileiro, reconhece-se que é sim importante a criação de normas que regulem melhor as relações estrangeiras eletrônicas, mas já é entendimento pacífico nos Tribunais Superiores que será aplicada a legislação brasileira sempre que o contrato envolver um consumidor brasileiro, salvo se houver cláusula de eleição de foro.

Nesse caso, será analisado o caso concreto pelo Judiciário. Além disso, há o princípio da independência nacional, que veda completamente a intervenção de um país em outro. O juiz terá que avaliar a melhor forma de manter o contrato e proteger as partes, sem que tenha que partir para uma execução, já que as chances de se concretizar serão ínfimas em razão da dificuldade de se fazer cumprir uma norma brasileira em sede internacional.

Caberá ainda ao juiz examinar se houve boa-fé das partes desde a fase das tratativas até o último momento de produção de efeitos do contrato. Caso não haja, deverá aplicar sanções a qualquer das partes, tendo em vista que o princípio da boa-fé nos contratos é



princípio basilar em qualquer nação. É o único momento em que não há conflito de normas brasileiras e estrangeiras.

Concluindo, percebe-se que há necessidade de proteção de ambas as partes celebrantes para que o contrato seja justo e equilibrado. Dessa maneira, o comércio eletrônico pode continuar crescendo e de forma segura e eficaz. E isso só será garantido com um acordo entre as nações para chegar a um consenso e regulamentar de forma harmoniosa as relações consumeristas ao redor do mundo.



## REFERÊNCIAS

ARAUJO apud CARVALHO, Nanci Soares de. *Análise sobre os critérios da solução de conflitos nos contratos internacionais de comércio*, 2014. Monografia (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6007/1/20980710.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2016.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 26 mar. 16.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto 7.962, de 15 de março de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm). Acesso em 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 20. Ed. São Paulo: Rideel, 2015.

CARVALHO, Nanci Soares de. *Análise sobre os critérios da solução de conflitos nos contratos internacionais de comércio*, 2014. Monografia (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6007/1/20980710.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2016.

COMPREENDER as políticas da União Européia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Européia, 2014. Disponível em: <[http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/consumer\\_pt.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/consumer_pt.pdf)>. Acesso em 26 mar. 2016.

DA SILVA, Rosane Leal. *O direito privado desafiado pela dinâmica da contratação eletrônica: premissas para efetivar a proteção do consumidor brasileiro*. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11670/1503>. Acesso em 19 out. 2015.

GLANZ, Semy. Internet e Contrato Eletrônico. *Revista da EMERJ*, v.1, n.3, 1998. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista03/revista03\\_94.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista03/revista03_94.pdf). Acesso em 14 out. 2015.

GOMES, Magno Federici e SOUZA, Igor Ferry de. *Contratos de consumo por meios eletrônicos, no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6345](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6345). Acesso em: 19 out. 2015.

MENON, ALESON. *As inovações tecnológicas comerciais frente aos direitos dos consumidores*. Disponível em: [http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/387/PF2013Aleson\\_Menon.pdf?sequence=](http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/387/PF2013Aleson_Menon.pdf?sequence=). Acesso em 14 out. 2015.

OLIVEIRA, Jane Resina F. de. *Um olhar crítico sob o projeto do marco civil da internet no Brasil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197752,51045-Um+olhar+critico+sob+o+projeto+do+marco+civil+da+internet+no+Brasil>. Acesso em 27 mar. 2016.

SANTANA, Héctor Valverde. *Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação*. Disponível em: <http://www.publicacoes.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2697/pdf>. Acesso em 12 out. 2015.

SANTOS, Maria Laura Lopes Nunes. *Proteção ao Consumidor nos Contratos Eletrônicos na União Européia*. Disponível em: <http://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/2304/1526>. Acesso em 19 out. 2015.

SOUZA, Michele Martins de. *Os contratos eletrônicos na evolução da tecnologia presente no direito internacional e suas discussões jurídicas*. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/4331/4090>. Acesso em 28 mar. 2016.



## PROJETO DE LEI DO SENADO N. 236/2012 – NOVO CÓDIGO PENAL: EQUÍVOCOS AO SE POSITIVAR A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

João Carlos França Soares

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Militar.  
Pós-Graduado Lato Sensu pela Universidade  
Estácio de Sá em Direito Penal e Processo Penal.

**Resumo:** Após a Ação Penal 470, julgada pelo STF, na qual muito se citou a Teoria do Domínio do Fato, doutrina e jurisprudência têm debatido a teoria. Essa teoria trata da distinção entre autor e partícipe. O Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 – Anteprojeto do Código Penal altera substancialmente o instituto do Concurso de Pessoas, o que gerará conflito entre o sistema unitário e o sistema diferenciador no tocante a distinção entre autor e partícipe. Diante desse contexto, o presente artigo objetiva analisar os artigos que introduzem a Teoria do Domínio do Fato no Anteprojeto do Código Penal.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Teoria do Domínio do Fato. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Novo Código Penal.

**Sumário:** Introdução. 1. Fundamentos jurídicos da atual legislação penal e se há contexto favorecedor para positivizar o conceito da teoria do domínio do fato. 2. A positivação da teoria do domínio do fato conseguirá sanar as lacunas existentes na atual legislação penal no tocante ao concurso de agentes. 3. Para uma maior efetividade do direito penal mostra-se necessária a implementação da teoria do domínio do fato no novo código penal ou as regras gerais presentes no atual código são suficientes para aplicar a justiça tão almejada. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a viabilidade jurídica da positivação da teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro. Embora o atual Código Penal não conceitue a teoria do domínio do fato, procura-se comprovar que o concurso de pessoas já possui importantes diretrizes positivadas. Recentemente, renovou-se os debates sobre a referida teoria, principalmente após as críticas em relação à sua aplicação na AP 470/STF. Busca-se demonstrar que o equívoco está na forma como a teoria foi aplicada e não na conceituação da mesma.

O Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 nasce no seguinte panorama: a corrupção



assola o Brasil na atual sociedade capitalista e toma diariamente posição de destaque nos noticiários. A sociedade clama por justiça e formas mais efetivas de combate à criminalidade, principalmente ao crime do colarinho branco. A ação penal 470, julgada pelo STF, demonstrou a árdua tarefa que o julgador possui para delimitar as ações criminosas e definir as condutas de partícipes, autores e coautores.

Durante o julgamento, fez-se uso da teoria do domínio do fato a fim de definir as condutas praticadas pelos agentes que estavam na liderança do esquema, até então considerado um dos maiores crimes de corrupção do país. Os líderes do esquema corruptivo, geralmente, não deixam vestígios de suas condutas, pois tais condutas são baseadas em ordens e orientações.

A teoria do domínio do fato, apresentada por Hans Welzel, em 1939, e, posteriormente, melhor desenvolvida por Claus Roxin, a partir de 1963, define a posição de cada agente no concurso de pessoas.

A adoção dessa teoria pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento citado foi muito criticado por grandes doutrinadores devido ao emprego da teoria de forma desvirtuada do seu real conceito.

O código penal brasileiro em vigor desde 1º de janeiro de 1941, mesmo tendo a parte geral sido reformada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 e alterado por tantas outras legislações ao longo de décadas, é um dos principais alvos das críticas e considerado um dos motivos da injustiça e impunidade que assola a sociedade. Esse código embora não conceitue a teoria do domínio do fato, estabelece diretrizes sobre o concurso de agentes.

O trabalho enfoca a temática da teoria do domínio do fato no projeto de Lei n. 236/2012 - novo código penal, elaborado pelo senado federal a fim de responder às críticas da sociedade. Ainda em tramitação, já sofre várias críticas da doutrina especializada. Uma das



críticas trata da desnecessidade de se positivar a teoria do domínio do fato.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os fundamentos jurídicos da atual legislação penal e se há contexto favorecedor para positivar o conceito da teoria do domínio do fato.

Segue-se sustentando, no segundo capítulo, se a positivação da teoria do domínio do fato conseguirá sanar as lacunas existentes na atual legislação penal no tocante ao concurso de agentes.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se para uma maior efetividade do direito penal mostra-se necessária a implementação da teoria do domínio do fato no novo código penal ou as regras gerais presentes no atual código são suficientes para aplicar a justiça tão almejada.

Objetiva-se discutir a desnecessidade de se positivar a teoria do domínio do fato, principalmente da forma que está descrita no projeto do novo código penal.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, pois tem como fontes principais a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

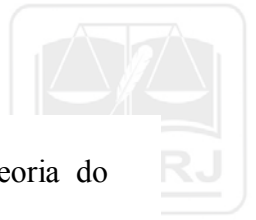
## **1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA ATUAL LEGISLAÇÃO PENAL E SE HÁ CONTEXTO FAVORECEDOR PARA POSITIVAR O CONCEITO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.**

Segundo Cezar Roberto Bitencourt<sup>1</sup> o atual Código Penal adotou a teoria monística, tendo a autoria como conceito restrito, nos termos do sistema diferenciador. Assim, o

---

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 546-575.





professor Damásio Evangelista de Jesus<sup>2</sup> entende que “sob rigor científico, a Teoria do Domínio do Fato é mais um requisito da autoria que uma teoria do concurso de pessoas.”

Para Damásio Evangelista de Jesus<sup>3</sup>, a Reforma Penal de 1984 fez distinção entre autor e partícipe já que os arts. 29 e 62, do Código Penal, deixam isso claro em seu texto legal<sup>4</sup>.

A exposição de motivos da nova parte geral do código penal, lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, deixa bem nítida a opção legislativa por essa distinção<sup>5</sup>.

Nesse contexto, a Teoria do Domínio do Fato auxilia a diferenciar o autor do partícipe e determinar quem é o autor material e/ou intelectual, ou seja, o “sujeito de trás”, o qual atua nos “bastidores”, em hipóteses onde sua atuação é por demais difícil de se demonstrar.

Doutrinadores penalistas destacam em suas obras os trechos da Constituição da República Federativa do Brasil e do Código Penal que tratam do instituto do Concurso de Pessoas. Da obra do professor Pablo Rodrigo Alfren<sup>6</sup> destacou os seguintes apontamentos, além dos já citados artigos 29 e 62, do código penal:

---

2 JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 18.

3 Ibidem. p. 16.

4 Art. 29: Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Art. 62 A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) IV executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2015.

5 DO CONCURSO DE PESSOAS: Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas” decerto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do concursus delinquentium. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monástica do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.

6 ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168-169.



Da CRFB/88:

art. 5º. (...)

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo **os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;**

Do CP:

Art. 31. **O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio**, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 122. **Induzir ou instigar** alguém a suicidar-se ou **prestar-lhe auxílio** para que o faça.

Dos trechos destacados e em todo o restante do Código Penal, assim como na Carta Magna, percebe-se que não há positividade dos elementos necessários para se definir quando o autor de uma conduta criminosa atua com o domínio do fato. Cabe a doutrina e jurisprudência fazerem uma interpretação da teoria e aplicá-la aos casos concretos.

Dessa forma, percebe-se claramente que desde a reforma penal de 1984 a doutrina e a jurisprudência brasileira vêm aplicando no direito brasileiro a Teoria do Domínio do Fato sem a mesma estar positivada.

A palavra “teoria”<sup>7</sup> possui as seguintes acepções: “princípios básicos e elementares de uma arte ou ciência”; “sistema ou doutrina que trata desses princípios”; “conhecimento que se limita à exposição, sem passar à ação, sendo, portanto, o contrário da prática”; “conjetura, hipótese”; “opiniões sistematizadas”.

Infere-se que não há necessidade em se positivar uma teoria, pois essa está no plano dos conceitos e em constante evolução. Uma das provas dessa desnecessidade em tornar o conceito de uma teoria, em conjunto com seus elementos, está na sua constante aplicação no mundo prático sem a mesma estar positivada no Código Penal. Constata-se que não há óbice nenhum da aplicação, do conceito da teoria tratada neste singelo trabalho acadêmico, aos

---

7 MICHAELIS. *Dicionário prático da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2001. p. 853.

Cezar Roberto Bitencourt<sup>8</sup> destaca que a doutrina brasileira consagrou a figura do autor mediato; que é uma das espécies de autoria em face da Teoria do Domínio do Fato, como também o são a autoria direta, a autoria intelectual e a coautoria; enquanto a legislação da Alemanha e da Espanha a admitem expressamente. Assim como o Código Penal brasileiro não define as espécies de participação, o consagrado autor e professor entende ser correta, até então, a opção legislativa de não positivar tais espécies.

Na contra-mão da ilustre opinião, acima destacada, a exposição de motivos do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 – Novo Código Penal, prevê a positivação de autor e partícipe, assim como de elementos que tratam nitidamente da Teoria do Domínio do Fato<sup>9</sup>.

Dessa forma, a maneira como está tratada o concurso de pessoas no projeto do novo código penal poderá acarretar dificuldades no momento de sua aplicação.

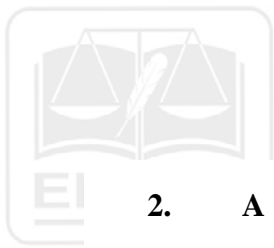
Além dos equívocos jurídicos, é importante destacar a conjectura nacional, onde o povo clama por justiça, mesmo que esta venha a ocorrer às avessas, como tem sido noticiado as cenas de criminosos, muitos menores de idade, sendo linchados em espaços públicos ou sendo acorrentados ao poste à luz do dia.

Um Código Penal não pode ser votado para saciar a sede de sangue da população, até mesmo porque não é um código que irá diminuir as diferenças existentes entre as classes sociais e os equívocos existentes na distribuição de renda.

---

8 Ibidem, p. 559 e 562.

9 Conceito de autor e partícipe. Houve avanço nas definições ao se afirmar que autor não é somente aquele que realiza a conduta típica, segundo os postulados da teoria objetivo-formal, mas também aquele que, de outras formas, possui o domínio do fato. A proposta acenou para variantes subjetivas, próprias da promoção, organização e direção do comportamento de terceiros, imputáveis ou não. A Comissão entendeu adequado positivar a casuística dos crimes de mando e de gerenciamento da conduta dos concorrentes, oferecendo descrição detalhada da autoria, coautoria e participação, inclusive na forma omissiva. É deste aperfeiçoamento descritivo que decorre a alteração da redação da atual “participação de menor importância”, que alijaria do benefício os autores e coautores, para “concorrência de menor importância”, capaz de se referir a autores, coautores ou partícipes.



## 2. A POSITIVAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO CONSEGUIRÁ SANAR AS LACUNAS EXISTENTES NA ATUAL LEGISLAÇÃO PENAL NO TOCANTE AO CONCURSO DE AGENTES.

O entendimento sobre o tema autoria e participação passou ao longo da história pela evolução das seguintes teorias: teoria unitária de autor; teoria restritiva de autor; teoria subjetiva de autor; e a teoria do domínio do fato<sup>10</sup>.

O artigo 29, *caput*, do Código Penal em vigor, adotou o sistema unitário de autor. Esse sistema apresenta como uma de suas principais vantagens a desnecessidade de distinção entre autor e partícipe, pois tal distinção será realizada pelo magistrado no momento da aplicação da pena, conforme preceitos dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal em vigor.

Luís Greco e Alaor Leite enumeram algumas críticas existentes na doutrina em relação a tal poder discricionário dado ao magistrado: a unificação de contribuições material e qualitativamente distintas, o que é problemático diante dos princípios da igualdade e da culpabilidade; o tangenciamento com o direito penal do autor; a impossibilidade de distinguir entre atos preparatórios e tentativa punível; e a simplificação exacerbada dos tipos penais.<sup>11</sup>

As vantagens e desvantagens do sistema unitário são o cerne da questão que deveriam ser abordadas e debatidas no atual projeto de reforma do código penal. Todavia o legislador, no afã reformador a fim de aproveitar-se dos holofotes que a Teoria do Domínio do Fato recebeu após sua aplicação na AP 470/STF, não resolveu as lacunas existentes. Pelo contrário, manteve o sistema unitário de autor, o qual não se faz necessário distinção entre autor e partícipe no tipo penal, e introduziu de forma equivocada conceitos da Teoria do Domínio do Fato, a qual distingue de maneira eficiente autor e partícipe nas condutas

10 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: IPCP/ Lumen Juris, 2008. p. 356.

11 GRECO, Luís; et al. *Autoria como Domínio do Fato: estudos introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 177.

No que tange ao concurso de agentes a primeira versão do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 traz as seguintes inovações<sup>12</sup>:

#### Concurso de pessoas

Art. 38. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º. Concorrem para o crime:

I – os autores ou coautores, assim considerados aqueles que:

- a) executam o fato realizando os elementos do tipo;
- b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo;
- c) dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime; ou
- d) aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder.

II – partícipes, assim considerados:

- a) aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou
- b) aqueles que deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem.

#### Concorrência dolosamente distinta

§ 2º. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave

#### Concorrência de menor importância

§ 3º. Se a concorrência for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

#### Causas de aumento

§ 4º. A pena será aumentada de um sexto a dois terços, ressalvada a hipótese do parágrafo único do artigo 34 deste Código, em relação ao agente que:

- I – promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
- II – coage outrem à execução material do crime;
- III – instiga, induz, determina, coage ou utiliza para cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou é, por qualquer causa, não culpável ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; ou
- IV – executa o crime ou nele participa mediante paga ou promessa de recompensa.

Nota-se que o projeto manteve o texto do artigo 29, *caput*, do Código Penal vigente, e introduziu definições de autor e partícipe, além de tentar tipificar o domínio do fato. Institutos que se não incompatíveis num mesmo sistema, são no mínimo de convivência dificultosa. Porém estamos tratando de Legislação Penal, a qual ao fim de processo penal irá absolver ou condenar alguém a permanecer no conhecido sistema carcerário penal falido do

<sup>12</sup> <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 08 jan. 2016.

Brasil. O cerne de um injusto penal gira em torno do agente infrator e da vítima. Assim, infere-se que a lei deve definir, se não com perfeição, da forma menos conflituosa possível, o instituto que trata da autoria e participação. Todavia, o “inovador” legislador não o fez.

A doutrina<sup>13</sup> define a autoria de três formas: autoria imediata ou direta; autoria mediata e indireta; e a coautoria. Percebe-se que coautoria e autoria são coisas distintas e aquela não significa concurso de agente, embora o legislador reformador tenha colocado todos no mesmo balaio.

Atentando especificamente sobre a Teoria do Domínio do Fato, manifesta-se de três maneiras: domínio da ação; domínio da vontade; e domínio funcional do fato.

O domínio da vontade poderia se manifestar de três formas<sup>14</sup>: através da coação, sendo exercida pelo “homem de trás” (figura tipificada no artigo 22 do Código Penal vigente); através do erro; e através do aparato organizado de poder (artigo 38, § 1º, inciso I, letra d, do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012).

Fica a intrigante dúvida: e se o agente domina o fato não se utilizando de aparatos organizados de poder ou não domina o fato mesmo se utilizando aparatos organizados de poder? Ficará impune? Pois bem, o projeto traz mais dúvidas do que soluções ao já espinhoso tema concurso de agentes.

Tentando solucionar as divergências apontadas na primeira proposta da reforma do Código Penal, tem-se, depois de outros, o atual substitutivo do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 apresentado em 16 de dezembro de 2014<sup>15</sup>.

Concurso de pessoas

Art. 36. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º Consideram-se:

I –coautores aqueles que:

---

13 GRECO, op. cit, p. 181.

14 GRECO, ibid, p. 25-30.

15 BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Disponível em:

<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 08 jan. 2016.



- a) ofendem ou expõem a risco o bem jurídico mediante acordo de condutas;
  - b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico;
  - c) usam, como instrumento para a execução do crime, pessoa que age de forma atípica, justificada ou não culpável; ou
  - d) usam aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico.
- II –partícipes aqueles que:
- a) não figurando como coautores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou
  - b) deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem.
- Concorrência de menor importância
- § 2º Se a concorrência for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um a dois terços.
- Causas de aumento
- § 3º A pena será aumentada de um a dois terços, sem prejuízo do parágrafo único do art. 31 deste Código, em relação ao agente que:
- I –promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
  - II –coage outrem à execução material do crime;
  - III –instiga, induz, determina, coage ou utiliza para cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou é, por qualquer causa, não culpável ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; ou
  - IV –executa o crime ou nele participa mediante paga ou promessa de recompensa.

O substitutivo não corrigiu as lacunas e divergências apontadas pela doutrina do atual Código Penal, muito menos corrigiu as imprecisões teóricas e conceituais apresentadas na primeira versão do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Manteve a redação do atual artigo 29, *caput*, do Código Penal, que mais uma vez destaca - trata do sistema unitário de autor – em conjunto com definições de coautor e partícipe, além de expressar uma das formas de manifestação do domínio do fato: o uso de aparatos organizados de poder.

### **3. PARA UMA MAIOR EFETIVIDADE DO DIREITO PENAL MOSTRA-SE NECESSÁRIA A IMPLEMENTAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO NOVO CÓDIGO PENAL OU AS REGRAS GERAIS PRESENTES NO ATUAL CÓDIGO SÃO SUFICIENTES PARA APLICAR A JUSTIÇA TÃO ALMEJADA.**

O Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação



de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes<sup>16</sup>. Uma das formas de representação desse é a decodificação através da positivação do Código Penal, que segundo Rogério Greco trata-se do conjunto de normas, condensadas num único diploma legal que visa definir crimes, sob a ameaça de sanção, como também a criar normas de aplicação geral a todo sistema penal<sup>17</sup>. Para Juarez Cirino dos Santos é o estatuto legal que define crimes e prevê penas e medidas de segurança, é o centro do programa de política penal do Estado para controle da criminalidade<sup>18</sup>.

Assim, as matérias positivadas no Código Penal, parte geral e parte especial, são uma escolha política realizada através dos representantes escolhidos pelo povo de forma democrática. O *ius puniendi* do Estado é exercido pelo império desse Código, o qual demonstra, ou ao menos deveria, os interesses da sociedade para se alcançar uma justiça social.

Aqui já se encontra uma questão importante e de difícil solução no atual estágio social brasileiro, pois o interesse da sociedade é manipulado rotineiramente de acordo com o interesse das classes dominantes dentro da eterna diferença dominador-dominado existente em qualquer sociedade, seja capitalista ou socialista, seja ocidental ou oriental. Manipulação exercida principalmente pelos meios de comunicação de massa. Juarez Cirino dos Santos destaca que “a imagem da criminalidade tem sido suficiente para criar efeitos reais de alarme social, necessário para campanhas de lei e ordem desencadeadas com o objetivo de ampliar o poder político e legitimar a repressão penal<sup>19</sup>”.

A imprensa notícia rotineiramente o caos social em que se vive, onde pessoas são assassinadas por um tênis ou até mesmo após entregarem o patrimônio objeto da subtração ao

---

16 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36.

17 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 1.

18 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: IPCP/ Lumen Juris, 2008. p. 4.

19 Ibidem, p. 715.





criminoso. O Crime é a consequência de vários efeitos presentes em nossa sociedade desigual. Uma imprensa responsável deveria mostrar a realidade que leva a estas consequências. Os efeitos são provenientes do esfacelamento de várias instituições importantíssimas para a vida em sociedade como a família, escola, religião, partidos políticos, empresas, imprensa, sindicatos e da própria sociedade civil. O Brasil ainda não perdeu seu rumo, mas está prestes a perder se não houver uma mudança drástica, a começar pelas instituições citadas, principalmente pela família.

A fim de sanar esse caos existente veio a lume o tão criticado Projeto de Lei do Senado n. 236/2012<sup>20</sup>, até mesmo rotulado como “Código Sarney”. Infelizmente o rol de leis brasileiras carece de exemplos positivos de leis bem elaboradas, pois muitas são produzidas, votadas e sancionadas no calor do clamor público impulsionado pela manipulação midiática. Neste rol se encontra o projeto do Novo Código Penal.

O projeto não apresenta um sistema uno, se confrontando entre os sistemas existentes para se distinguirem autor e partícipe. Não soluciona as lacunas do atual Código e traz novas divergências. Inclui conceitos do sistema diferenciador; no qual a Teoria do Domínio do Fato torna-se útil a fim de distinguir autor e partícipe; e mantém o sistema unitário, aniquilando a simplicidade de sua aplicação. Por mais que se tente, nem mesmo a doutrina consegue elucidar tamanha imprecisão. Ou se adota o sistema unitário ou se adota o sistema diferenciador. A redação do *caput* do artigo 36 do substitutivo do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012<sup>21</sup> é incompatível com a definição existente nos incisos I e II do § 1º do referido artigo para coautor - onde estaria a definição para autor? - e partícipe.

Sem sombras de dúvidas, a maior efetividade do Direito Penal não passa por uma

---

20 BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Disponível em:

<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

21 BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Disponível em:

<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 08 jan. 2016.



reforma tão atabalhoada. Caso o Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 seja aprovada na forma do atual substitutivo, ao invés da tão esperada “salvação” será instaurada definitivamente o caos.

A sociedade precisa entender que o direito penal deve ser empregado como *ultima ratio*, com uma aplicação subsidiária e fragmentária. Ao se ver o Direito Penal como solução para todos os males da vida em sociedade deve-se acender a luz vermelha. Pois se tudo deve ser resolvido pela ciência penal, conclui-se que todos os outros mecanismos falharam. Não será um novo Código Penal que irá diminuir o abismo social existente. Fato desta constatação está no tamanho da população carcerária brasileira, uma das maiores do mundo. Prender e enviar os delinquentes para o falido sistema penal brasileiro não solucionou e nem solucionará o caos social em que se vive.

<sup>2223</sup> Outro exemplo prático pode ser inferido da política de segurança pública do Estado Rio de Janeiro com a implantação do projeto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP). As várias UPPs implantadas nas diversas comunidades cariocas não diminuíram a insegurança, pois os criminosos apenas mudaram de território. O próprio Secretário de Segurança Pública – José Mariano Beltrame – já discursou várias vezes sobre a necessidade de implantação de outros serviços estatais nas comunidades como escolas, pois estas são inexistentes ou deficientes; creches; saneamento básico, pois o nome é básico, mas infelizmente inexistente na grande maioria de comunidades; urbanização etc. Fica evidente que somente a Polícia, Civil ou Militar; somente o Magistrado; somente uma reformulação do falido sistema penitenciário e principalmente, somente um Novo Código Penal, com a

---

22 BOTTARI, Elenilce; GONÇALVES, Liane. *Beltrame quer pressa em investimentos sociais pós-UPPs*: “Nada sobrevive só com segurança”. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/beltrame-quer-pressa-em-investimentos-sociais-pos-upps-nada-sobrevive-so-com-seguranca-2764060>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

23 CAZES, Leonardo. *Na Bienal, José Mariano Beltrame classifica luta da segurança pública como “interminável”*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/livros/na-bienal-jose-mariano-beltrame-classifica-luta-da-seguranca-publica-como-interminavel-1-17417682>>. Acesso em: 10 jan. 2016.



introdução da Teoria do Domínio do Fato, a qual tem a finalidade de distinguir entre autor e partícipe e não transformar inocente em culpado, não são suficiente para se aplicar a justiça tão almejada.

## CONCLUSÃO

O Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, o qual trata do Anteprojeto do Código Penal, não irá solucionar as lacunas existentes na Teoria Geral do Direito Penal, principalmente no tocante ao tema abordado neste artigo científico – Teoria do Domínio do Fato -, muito pelo contrário! Caso aprovado, como se encontra, o Novo Código Penal trará muitas dificuldades de aplicação prática.

Em que pese o esforço legislativo para se tentar elaborar e aprovar um Novo Código Penal, a fim de se solucionar as dificuldades da persecução penal no Brasil, tal solução não é possível de ser feita de forma abrupta e com atécnica. Faltou conhecimento ao legislador; e porque não se falar em falta de humildade, pois muitas mudanças ocorreram voltadas precipuamente por interesses políticos; para se aproveitar melhor o resultado das consultas realizadas aos doutrinadores penais.

O Concurso de Pessoas, conforme está no Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, não guarda relação com o sistema do Código Penal. Mantém os artigos que a doutrina critica e inova ao fazer que existam dois sistemas num único Código Penal – sistema unitário e sistema diferenciador.

A Teoria do Domínio do Fato deve ser desenvolvida pela doutrina e não pelo legislador e muito menos pelo magistrado. O magistrado deve utilizar tal Teoria para solucionar a responsabilidade dos agentes criminosos de forma abstrata e subjetiva. Ao



fundamentar, como exige o artigo 93, inciso IX, da CRFB/88, faz-se imperioso dizer o porquê determinada pessoa A é autor e porque a pessoa B é o partícipe. Estaria ferindo-se de morte a exigência da fundamentação prescrita na Carta Magna ao apenas dizer: “A é autor porque possuía o domínio do fato. Qual domínio do fato? Da ação? Funcional? Do aparato organizado de poder? O artigo 29, *caput*, do atual Código Penal já seria suficiente para resolver todos os questionamentos quanto ao concurso de pessoas, não sendo necessário se positivar a Teoria do Domínio do Fato. Tal opção além de exterminar as vantagens do sistema unitário irá causar conflitos entre os dois sistemas.

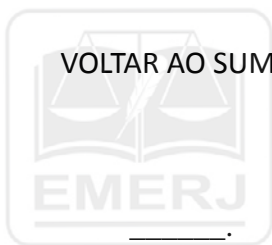
Portanto, o Anteprojeto do Código Penal da forma que está elaborado, no tocante ao Concurso de Agentes com a tentativa de se positivar alguns conceitos extraídos da Teoria do Domínio do Fato, não deve ser aprovado e sim arquivado. Caso seja aprovado, a Lei Penal no Brasil continuará a ser motivo de fervorosas críticas e sinônima de injustiça. Já passamos do momento de sermos o País do presente, ao invés de sermos eternamente o País do futuro. Uma boa forma de se começar seria por uma legislação penal séria e de concretude em sua aplicação. As leis penais são reflexos do estágio de evolução no qual um país se encontra. O melhor lugar para o Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 será o arquivo!

## REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte penal*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 set. 2015



\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 19 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Anteprojeto do Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

GRECO, Luis; et al. *Autoria como Domínio do Fato*: estudos introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHAELIS. *Dicionário prático da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2001.

ROXIN, Claus. *Novos Estudos de Direito Penal*: coleção direito penal e criminologia. Organização Alaor Leite; tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2. tiragem 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte Geral. 3. ed. Curitiba: IPCP/ Lumen Juris, 2008.



## A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Jorge Vincius da Paixão Ribeiro

Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Candido Mendes. Pós Graduado em Processo Civil pela Universidade Candido Mendes. Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

**Resumo:** O presente artigo tem por escopo demonstrar a efetividade da ação civil pública no controle das omissões administrativas na concretização do direito à saúde. Influenciada pelo neoconstitucionalismo, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe no rol de direitos fundamentais de segunda dimensão, o direito à saúde. Portanto, impôs ao Poder público o dever prestacional na implementação de direitos sociais, através das chamadas políticas públicas. Todavia, quando a Administração se omite na sua obrigação jurídico-constitucional, cabe ao Poder Judiciário garantir sua plenitude, ante a força cogente das normas constitucionais, que verticalizam sua aplicação para todo o ordenamento jurídico, em especial ao ramo do direito público. Sendo assim, diante da possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, demonstra-se neste ensaio científico que a ação civil pública é o mecanismo mais eficaz na efetivação do direito à saúde, tendo em vista a possibilidade de controle coercitivo patrimonial e promocional do direito à saúde, bem como da imputação de responsabilidade tanto do Ente Público quanto de seu administrador.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Processo Constitucional. Ação Civil Pública. Efetivação da Saúde.

**Sumário:** Introdução. 1. A obrigação jurídico-constitucional do Poder Público na promoção do direito à saúde e a necessidade do controle jurisdicional na omissão estatal. 2. A efetividade da ação civil pública na proteção do patrimônio e promoção da saúde. 3. A exequibilidade das decisões proferidas em ações civis públicas e a responsabilização pelas omissões administrativas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda o tema de controle de políticas públicas pelo Judiciário quando a Administração viola, de maneira inequívoca, direitos fundamentais tutelados pela Carta Constitucional.

O foco do trabalho será direcionado na comprovação da Ação Civil Pública se tratar do mecanismo mais efetivo para garantir o direito à saúde (direito de segunda dimensão), quando comparada a outras espécies de processo coletivo e às demandas individuais, em

razão da sua amplitude e efeitos, analisada sob a égide do constitucionalismo contemporâneo e do novo Código de Processo Civil.

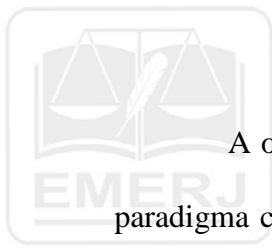
Para demonstrar isso, a metodologia utilizada será a bibliográfica, qualitativa e parcialmente exploratória, em virtude de exame de casos concretos, especialmente, em ações civis públicas e decisões das Cortes Superiores sobre o tema.

No primeiro capítulo, será discutida obrigação jurídico-constitucional do Poder Público na promoção do direito à saúde, através de políticas públicas, e a necessidade de controle jurisdicional quando ocorrer injustificada omissão estatal.

No segundo capítulo, será demonstrada a eficácia da ação civil pública em detrimentos das demais espécies de demandas coletivas e individuais, em razão dos seus efeitos e especificidades como Termo de Ajustamento de Conduta, defesa do mínimo existencial, controle orçamentário, afastamento da aplicação da reserva do possível e alocação de recursos públicos.

Por fim, analisar-se-á no terceiro capítulo a exequibilidade da ação civil pública e a responsabilização do Ente Político e seu administrador, em razão das omissões constitucionais. Serão analisados os aspectos processuais e materiais, de maneira apresentar uma solução às suas problemáticas.

## **1. A OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO NA PROMOÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A NECESSIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL NA OMISSÃO ESTATAL**



A obrigação do Poder Público na promoção dos direitos sociais, advém de um novo paradigma constitucional denominado neoconstitucionalismo<sup>1</sup>, que a despeito das discussões sobre sua utilização terminológica e até mesmo sobre sua existência, eis que suas premissas foram desenvolvidas ainda sob a égide do constitucionalismo<sup>2</sup>, apresenta um momento filosófico, dogmático e teórico diverso do constitucionalismo tradicional.

Desta maneira, imperiosa uma breve abordagem sobre a evolução do constitucionalismo, passando do constitucionalismo tradicional até os dias atuais, onde se verifica a presença de uma constituição imperativa e centralizada, pautada numa perspectiva efetivamente material.

Ferrajoli<sup>3</sup> afirma que no constitucionalismo verifica-se a emergência de um Estado de direito sob a ótica positivista. Tem-se, portanto, uma constituição formal, pautada em um Estado de legalidade, onde há prevalência da lei sobre a Constituição; um poder legislativo mais ativo que o judiciário; mais regras e menos princípios; ínfimas possibilidades de ponderação e presença marcante da subsunção; Estado vinculado à Constituição apenas como limitadora, ratificando a separação entre o Estado e a sociedade; pilar central sob a perspectiva positivista e separação entre o direito e a moral.

Consequentemente, da evolução da sociedade e da incompetência do Estado social, exsuruiu a necessidade de um constitucionalismo contemporâneo, com ares de democracia e pragmatizado pela conjunção de características, ainda que desenvolvidas no antigo modelo, agora agrupadas numa só direção, qual seja, a constitucionalização do direito.

---

<sup>1</sup> Em que pese o prefixo *neo* transmitir a sensação de um novo fenômeno Constitucional, substancialmente diverso daquele que o antecedeu, certo é afirmar que calcado em bases históricas, possui peculiaridades em seus elementos e características que o diferencia das demais teorias do direito.

<sup>2</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79-80.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del estado del derecho*. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-30.





Segundo Barroso<sup>4</sup>, o constitucionalismo é um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência, criando uma nova percepção da constituição e de seu papel na interpretação dos institutos. Outrossim, o professor determina três grandes marcos para o constitucionalismo contemporâneo: histórico, filosófico e teórico.

Em síntese, o marco histórico do neoconstitucionalismo, na Europa Ocidental, foi o constitucionalismo Pós Segunda Grande Guerra, que, todavia, chegou ao Brasil apenas com a promulgação da Constituição da República de 1988 e o processo de redemocratização trazido com fundamento no Estado do bem-estar social.<sup>5</sup>

O marco filosófico está no pós-positivismo, que refletia uma centralidade dos direitos fundamentais, corolários dos direitos humanos, bem como a reaproximação entre ética e direito. Assim ensina Barroso<sup>6</sup>:

[...] Apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positiva e jusnaturalista (...) Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração. (...) nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento da normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade humana [...]

Por fim, como marco teórico, afirma Barroso<sup>7</sup>, tratar-se do conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Nesse cerne, faz-se mister afirmar que as insuficiências do jusnaturalismo e do positivismo jurídico e a reestruturação apresentada pelo pós-positivismo determinaram o

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 519.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid. p. 520.

<sup>7</sup> Ibid.



neoconstitucionalismo como delineador teórico, ideológico ou metodológico de investigação dos sistemas jurídicos contemporâneos.

Diante desse novo cenário constitucional, Daniel Sarmento<sup>8</sup> disserta:

[...] Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade.

Com efeito, neoconstitucionalismo passou a exigir uma prestação positiva do Estado na promoção dos direitos de segunda geração, econômicos, sociais e culturais, que se identificam com a ideia de isonomia e liberdades positivas, de maneira a garantir condições mínimas e dignas de vida a todos os integrantes da sociedade.

Desta feita, conclui Konrad Hesse<sup>9</sup> que toda norma Constitucional deve ser revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de figurar letra morta em papel. Logo, a Constituição não configura apenas o ser, mas um dever ser, ou seja, deve incorporar em seu bojo a realidade jurídica do Estado, estando conexas com a realidade social.

Neste cenário, a Constituição da República de 1988 adota o modelo de Estado democrático de direito<sup>10</sup>, inserindo os direitos sociais<sup>11</sup> no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, reconhecendo, portanto, o direito à saúde como desdobramento indissociável

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 mar.2016

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Martins Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

<sup>10</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASIL. Constituição da Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 08 de março de 2016

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição da Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 08 de março de 2016. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).



do direito à vida<sup>12</sup>, o que vincula, de plano, as condutas estatais à efetividade das normas constitucionais.

Assim, diante da força normativa da Constituição, nasce a obrigação estatal na efetivação dos direitos fundamentais, incluídos aí os direitos de segunda dimensão, dentre eles, a saúde. Tal obrigação prestacional deve ser realizada através da implementação de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, conforme dispõe os arts. 196 e 197 da CRFB/88.<sup>13</sup>

Desse modo, verifica-se que o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. Portanto, não há que se falar em discricionariedade do administrador na efetivação de direitos fundamentais, dentre os quais se encontra a saúde.

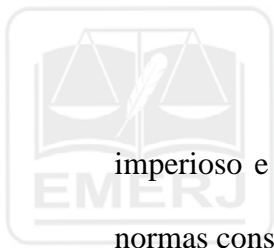
Todavia, quando o Poder Público deixa de adotar medidas necessárias à concretização dos preceitos constitucionais, de modo a torná-los efetivos, integrais e exequíveis, omitindo-se de seu dever prestacional, incide em violação negativa ao comando constitucional, exterminando direitos que nele se fundam, bem como impedindo, por ausência de medidas concretizadoras, a aplicabilidade dos princípios e preceitos cogentes da Norma Fundamental.

Diante dessa abusividade governamental, muitas das vezes fundamentada no princípio da reserva do possível, em razão da impossibilidade orçamentária, torna-se

---

<sup>12</sup>BRASIL. Constituição da Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 08 de março de 2016. 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:

<sup>13</sup>BRASIL. Constituição da Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 08 de março de 2016. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.



imperioso e legítimo o controle do Poder Judiciário com o fim de proteção da eficácia das normas constitucionais.

Nesse sentido, a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

Dessa forma, não se trata aqui de ativismo jurisdicional, mas sim de intervenção jurisdicional, que se justifica pela arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornando-se, portanto, plenamente legítima, sem qualquer ofensa ao postulado da separação de poderes.

## **2. A EFETIVIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO E PROMOÇÃO DA SAÚDE**

Demonstrada a obrigação constitucional de efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Público, bem como a possibilidade do Poder Judiciário compelir o Poder Executivo a uma postura comissiva, quando este se apresenta omissivo diante de suas competências funcionais, impende destacar a ação civil pública como o mecanismo processual mais eficaz para a concretização da promoção e proteção do direito à saúde.

A ação civil pública, normativizada pela lei n. 7347/85<sup>14</sup> e recepcionada pela constituição Federal no seu art. 129, III, tem por objeto a proteção de direitos transindividuais, quais sejam, os difusos, coletivos e individuais homogêneos. Portanto, totalmente cabível para o controle de políticas públicas.

---

<sup>14</sup>BRASIL. Lei n. 7347/85, de 24 de julho de 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm). Acesso em 12 mar 2016.



Nesse cenário, impende observar que o direito à saúde básica pode ser classificado tanto como um direito difuso, quanto como um direito individual homogêneo; o que justifica a possibilidade de interposição da ação civil pública para sua implementação.

Tendo em vista a possibilidade de demanda individuais e coletivas objetivando a saúde, importa ressaltar que esse mecanismo de tutela coletiva tem por natureza efeitos mais abrangentes - de modo que atinge um grande número de pessoas - do que aqueles constantes em ações individuais, *inter partes*, o que por si só apresenta sensível vantagem.

Em que pese não haver litispendência<sup>15</sup> entre demandas individuais e coletivas, expressamente afastada pelo artigo 104 da Lei 8078/90, fatalmente, a maior utilização desse mecanismo jurídico por seus legitimados<sup>16</sup> evitará o ajuizamento, em larga escala, de novas ações individuais. Devendo-se, ainda, observar a possibilidade de suspensão dessas, caso o seu titular opte por se habilitar nos autos do processo coletivo.

Portanto, a *prima facie*, verifica-se que a ação civil pública tem a função de desafogar o judiciário, sobrecarregado com demandas individuais visando a tutela e promoção da saúde, bem como tem o condão de beneficiar mais indivíduos do que aqueles que postulam, em nome próprio, seus direitos em juízo.

---

<sup>15</sup> HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do novo processo civil*. 3. ed. Niterói, RJ. Impetus, 2016. p 794.

<sup>16</sup>BRASIL. Constituição da Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 08 de março de 2016. Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

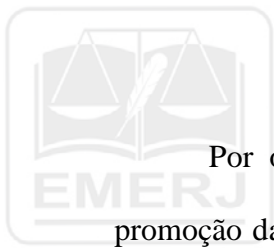
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)



Por outro lado, a ACP<sup>17</sup> tem a capacidade de enfrentar os agentes limitadores à promoção da saúde, especialmente, a reserva do possível, as escolhas econômico-financeiras do administrador público e ausência de planos orçamentários.

Outrossim, prevê termos de ajustamento de conduta (TAC) para que o Ente efetive os comandos constitucionais e infraconstitucionais, bem como possibilita a aplicação de sanções atinentes à responsabilidade civil tanto do Ente Político quanto do administrador omissor.

Nesse compasso, em resposta à tese defensiva estatatal para ausentar-se do seu dever constitucional, fundamentada na reserva do possível, a ação civil pública fulmina tal teoria sob o aspecto da garantia ao mínimo existencial (núcleo essencial do direito), consubstanciada na teoria da vedação ao retrocesso.

Tal entendimento também foi esposado nos fundamentos da ADPF 45, de relatoria do Ministro Celso de Melo<sup>18</sup>:

[...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...].

Com efeito, a questão orçamentária não pode ser óbice ao atendimento ao mínimo existencial, uma vez que a função do Estado é, com a obtenção de recursos, utilizá-los na realização dos objetivos previstos na Carta Constitucional, ou seja, na implementação dos direitos sociais.

Portanto, em sede de políticas públicas, instrumento de promoção de direitos sociais, é a ação civil pública o mecanismo jurídico onde devem ser travados os debates e anseios a respeito. Todavia, a doutrina administrativa não comunga desta assertiva, vez que entende que

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>. Acesso em 17 mar. 2016.



há usurpação à separação de poderes e à discricionariedade do administrador, em razão da disponibilidade orçamentária ser o ponto nodal para realização de políticas públicas.<sup>19</sup>

Contudo, para ratificar o entendimento exposto no presente artigo, vê-se que não é a posição adotada pelo STF, conforme a citada ADPF 45, onde restou consignado que o Poder público está vinculado aos preceitos constitucionais e, quando violados devem ser tutelados e efetivados pelo Poder Judiciário, adotado o critério de freios e contrapesos (*check in balances*).

Sendo assim, através dessa espécie de tutela coletiva é possível exigir, de forma preventiva e concomitante, a adequação orçamentária aos parâmetros constitucionais (art. 212 da CFRB/88), bem como possibilita verificar se a liberação de verbas está de acordo com a lei orçamentária anual e, ainda, se estão sendo destinadas aos setores previstos como fundamentais, como a saúde, por exemplo.

Por fim, outra questão apresentada pela ação civil pública é a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade<sup>20</sup>, na qual a inconstitucionalidade seria enfrentada como causa de pedir e, portanto, analisada na fundamentação da decisão, conforme o artigo 504, I e II do CPC/2015.

Dessa maneira, apresenta-se inequívoca a efetividade da ação civil pública comparada às demandas individuais e outros mecanismo do processo coletivo, uma vez que abarca inúmeras e qualitativas possibilidades para a proteção e promoção do direito à saúde.

### **3. A EXEQUIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A RESPONSABILIZAÇÃO PELAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS**

<sup>19</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 81.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDResp n. 1.331.675/DF. Relator: Mauro Campbell Marques. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1258661&num\\_registro=201201346409&data=20130904&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1258661&num_registro=201201346409&data=20130904&formato=PDF). Acesso em 30 mar. 2016.



Demonstrada a possibilidade de intervenção jurisdicional na implementação de políticas públicas, bem como a efetividade da ação civil pública ante os argumentos defensivos do Poder Público, surge a questão da exequibilidade de suas decisões.

No aspecto processual, em que pese ser o mecanismo jurídico mais adequado no controle de políticas públicas, os problemas encontrados na própria LACP que não podem ser ignorados.

A Lei de ação civil pública prevê, em seu artigo 16, a limitação dos efeitos subjetivos da coisa julgada à base territorial da atividade jurisdicional do magistrado prolator da decisão. Verifica-se, portanto, uma inconcebível limitação dos direitos sociais, em especial os difusos e coletivos, que por natureza são indivisíveis e ainda a possibilidade de contradições quando houver diversas ações civis públicas em diferentes territórios.

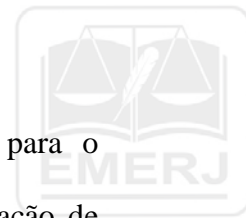
Todavia, a solução para essa limitação e possíveis contrariedades por diferentes decisões encontra-se no artigo 1008 do CPC/2015, pois uma vez interpostos recursos perante o STJ ou o STF, diante de seu efeito substitutivo, as decisões proferidas por esses Tribunais alcançariam todo o território nacional. Por conseguinte, no artigo 927 do CPC/2015 dispõe que os juízes e Tribunais deverão seguir o entendimento das Cortes Superiores. Restando, assim, dirimida a problemática pelo próprio normativo processual.

Todavia, cabe ressaltar que o STJ ainda não pacificou o entendimento sobre a abrangência dos efeitos da ação civil pública, podendo-se dizer que ora afasta a limitação territorial<sup>21</sup>, ora segue o entendimento do artigo 16 da LACP<sup>22</sup>. Certo é, que limitado ou não, os efeitos subjetivos da coisa julgada na ação civil pública são mais abrangentes, *ultra partes*, e benéficos àqueles em sede de demandas individuais.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.319.232-DF. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=1&num\\_registro=201200771573&data=20141216&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=1&num_registro=201200771573&data=20141216&tipo=5&formato=PDF). Acesso em 30 mar. 2016.

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 200302138486. Relator: Ministro Francisco Falcão. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1761129&num\\_registro=200302138486&data=20050502&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1761129&num_registro=200302138486&data=20050502&tipo=5&formato=PDF). Acesso em 30 mar. 2016.





Quanto ao aspecto material, importante verificar os meios de coerção para o cumprimento das decisões proferidas em ações civis públicas, quais sejam: a aplicação de multa (*astreintes*), com a devida progressão em caso de descumprimento e a possibilidade de responsabilização político-administrativa, cível e Penal.

Nesse sentido, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União ajuizaram ação civil pública<sup>23</sup> em face da União Federal, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro sob a alegação de que, em virtude da necessidade de obras de infraestrutura e de ampliação do setor de emergência do Hospital Federal de Bonsucesso (HFB), e para que não fossem interrompidos os atendimentos, fosse construída, em caráter provisório, Unidade de Suporte de Emergência (USE) no pátio do Hospital.

Tal unidade de suporte seria constituída por 56 módulos de contêineres. Segundo o MPF, dada a paralisação das obras e a inexistência de data para a retomada, a transferência da emergência para os contêineres tornou-se permanente.

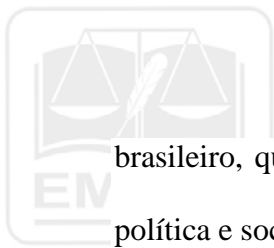
Sustenta também, que um laudo da Comissão de Infecção Hospitalar da USE confirma a inviabilidade de prestação de atendimento nos contêineres, em condições mínimas de dignidade.

Na decisão, o juiz federal ratificou o entendimento que na omissão do Estado ou sua atuação ineficiente, há violação do direito ao gozo efetivo do direito à saúde, previsto no art. 6º da Constituição Federal, cabendo ao Judiciário coibir os abusos advindos da inércia do Poder Público, sem que isso signifique violação aos princípios da separação dos poderes ou da reserva do possível.

Dessa forma, acompanhou o entendimento do STF<sup>24</sup>, que entende que a vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. ACP n. 0046286-47.2012.4.02.5101. Disponível em :<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>. Acesso em 31 mar. 2016.

<sup>24</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 727864/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: [www.stf.jus.br/processo/verprocessoandamento.asp?incidente=4346937](http://www.stf.jus.br/processo/verprocessoandamento.asp?incidente=4346937). Acesso em 31 mar. 2016.



brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social.

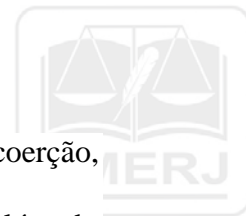
O magistrado determinou que os três réus deverão garantir a oferta e disponibilidade de todos os leitos existentes em todas as unidades do SUS na cidade do Rio de Janeiro à regulação integrada. Caso não haja vagas em hospitais da rede pública, os réus deverão custear atendimentos, tratamentos e internações necessárias na rede privada de saúde.

E, com vistas à execução do comando decisório, determinou, em caso de descumprimento, multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para a União Federal, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro.

Por conseguinte, também condenou o Diretor do Departamento de Gestão Hospitalar do Ministério da Saúde no Rio de Janeiro, o Subsecretário de Atenção à Saúde da SES/RJ, o Subsecretário de Atenção Hospitalar, Urgência e Emergência da SMS/RJ, a Superintendente de Regulação do Estado do Rio de Janeiro, o Superintendente de Regulação, Controle e Auditoria da Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro, e o Diretor Geral do Hospital Federal de Bonsucesso a multa no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais) por dia que não for mantido o atendimento dentro do número de leitos fixos regulares da emergência.

E, ainda que a União Federal promova o início da execução das obras de reforma do setor de emergência do HFB, construindo uma estrutura física permanente e adequada no prazo máximo de 1 ano, a partir do qual incidirá multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia de atraso.

Portanto, é incontestável a eficácia da ação civil pública no controle das omissões administrativas, pois oferta ferramentas únicas de coercibilidade para a execução de suas decisões de maneira a também responsabilizar o administrador político.



Ademais, sustenta Guilherme Peña de Moraes<sup>25</sup> que “no tocante aos meios de coerção, as omissões administrativas na implementação de direitos sociais podem ensejar além do pagamento de multa a decretação de prisão civil pela prática de ato atentatório à dignidade e autoridade da justiça.

Por fim, tem-se que a omissão na implementação dos direitos sociais, além de configurar crime de responsabilidade, consoante os arts. 4º, incisos VII e LXXIV da Lei 1079/50 e art. 4º Dec-Lei 20167, ainda submete o ente público à responsabilidade civil, inquéritos civis e Termos de Ajustamento de Condutas (TAC), bem como às sanções penais previstas tanto artigo 330 do Código Penal, por crime de desobediência em caso de descumprimento de decisão, quanto no artigo 319 do mesmo diploma, por prevaricação e ato atentatório à administração pública.

## CONCLUSÃO

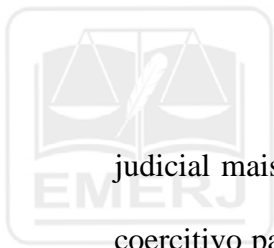
Diante do exposto, restou demonstrada a possibilidade e necessidade de intervenção jurisdicional quando verificada a omissão do Poder Público na implementação de direitos sociais, em especial a saúde, tendo em vista a imperatividade das normas constitucionais e sua aplicação verticalizada e irradiante a todo o ordenamento jurídico.

Outrossim, demonstrou-se que o direito à saúde, por ser um desdobramento natural do direito à vida, faz parte do núcleo básico do princípio da dignidade humana, denominado mínimo existencial, que, portanto, não pode ser afastado pela cláusula da reserva do possível e pela indisponibilidade orçamentária da administração.

Nesse sentido, tendo como premissa que o direito à saúde se trata de um direito transindividual, consignou-se no presente trabalho que a ação civil pública é o instrumento

---

<sup>25</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro. MPRJ, n. 39. Jan/mar. 2011. p 55.



judicial mais eficaz para sua proteção e promoção, tendo em vista que possibilita o controle coercitivo patrimonial e qualitativo das ações administrativas, o desafogamento do judiciário, em razão da possibilidade de habilitação dos demandantes individuais à ACP, a responsabilização político-administrativa, civil e penal do Ente político e seu administrador pelas omissões ou escolhas trágicas e, ainda, a abrangência elástica de suas decisões, em razão de seu efeito *ultra partes*, podendo, contudo, através de decisão do Supremo Tribunal Federal, adquirir efeito *erga omnes*.

Por tais razões o tema abordado é de extrema relevância, tornando-se assunto central e fomentando no cenário jurídico, que diante da precariedade da saúde pública faz-se necessário um judiciário mais ativo, como protetor da ordem constitucional, através de medidas efetivas para a implementação dos direitos sociais, qual seja, a Ação Civil Pública, aos destinatários do Poder Constituinte Originário, isto é, ao povo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm). Acesso em 08 de março de 2016

\_\_\_\_\_. Lei n. 7347/85, de 24 de julho de 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm). Acesso em 12 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. EDRsp n. 1.331.675/DF. Relator: Mauro Campbell Marques. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1258661&num\\_registro=201201346409&data=20130904&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1258661&num_registro=201201346409&data=20130904&formato=PDF). Acesso em 30 mar. 2016.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.319.232-DF. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41596756&num\\_registro=201200771573&data=20141216&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41596756&num_registro=201200771573&data=20141216&tipo=5&formato=PDF). Acesso em 30 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 200302138486. Relator: Ministro Francisco Falcão. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1761129&num\\_registro=200302138486&data=20050502&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1761129&num_registro=200302138486&data=20050502&tipo=5&formato=PDF). Acesso em 30 mar. 2016

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ARE 727864/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: [www.stf.jus.br/processo/verprocessoandamento.asp?incidente=4346937](http://www.stf.jus.br/processo/verprocessoandamento.asp?incidente=4346937). Acesso em 31 mar de 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. ACP n. 0046286-47.2012.4.02.5101. Disponível em: <http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>. Acesso em 31 mar. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del estado del derecho*. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso completo do novo processo civil*. 3. ed. Niterói, RJ. Impetus: 2016.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Martins Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. *Revista do Ministério Público*. n. 39. Jan/mar. 2011

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 mar.2016



## ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS: APLICABILIDADE DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Juliana Mamede Wiering de Barros

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ.  
Advogada.

**Resumo:** Analisa-se o instituto dos alimentos compensatórios e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro a partir do estudo comparado com a França, a Espanha e o Chile, países que já possuem regulamentação sobre o tema. Para tanto, o primeiro capítulo do artigo discorrerá sobre as regras alienígenas. No segundo capítulo, serão demonstradas as particularidades dos alimentos compensatórios, comparando-o com a modalidade de alimentos já existente no Brasil e traçando as possíveis dificuldades da sua aplicação. O terceiro capítulo terá o condão de concluir essa análise, demonstrando quais regras estrangeiras poderão ser importadas ao país, por se adequarem ao ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito Civil (Direito de Família). Alimentos compensatórios. Direito comparado.

**Sumário:** Introdução. 1. Das características que peculiarizam o instituto nos ordenamentos alienígenas. 2. Da possível compatibilidade entre os alimentos do Código Civil de 2002 e os alimentos compensatórios. 3. Da viabilidade da inclusão do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo expor a controvérsia da possibilidade de inclusão do instituto do alimento compensatório no ordenamento jurídico brasileiro. Como o Brasil não possui legislação referente ao tema, as normas estrangeiras deverão ser interpretadas e adotadas nos casos concretos, no que couber.

O Direito de Família é ramo complexo e dinâmico do direito, devendo ser compatível com as necessidades atuais da sociedade. Com o fim do casamento, todo casal tem um



decréscimo patrimonial. Em alguns relacionamentos, contudo, somente um dos cônjuges sofre com a disparidade econômica causada pelo divórcio. Em contrapartida, o outro cônjuge, normalmente o que já tinha uma carreira profissional consolidada, permanece com a mesma situação financeira anterior ao fim da união.

Nesse sentido, surge a figura dos alimentos compensatórios. A sua discussão é relevante, uma vez que visa indenizar o cônjuge prejudicado com o fim da relação, especialmente quando casado no regime da separação total de bens, já que não será feita partilha ou meação dos bens adquiridos na constância do casamento.

O direito brasileiro não trata do assunto. Dessa forma, é necessário analisar o instituto sob a ótica de outros países. No primeiro capítulo do trabalho serão abordadas as regras de alguns ordenamentos jurídicos alienígenas, a partir da análise do Código Civil Francês, Espanhol e Chileno.

Além disso, entende-se fundamental conceituar e apresentar as principais características dessa modalidade de alimentos, o que será visto no segundo capítulo deste artigo. Para melhor compreensão do tema, será feito um paralelo entre o alimento compensatório e os alimentos previstos no Código Civil de 2002, visando atestar que o primeiro não se confunde com as possibilidades já existentes no país, principalmente por conta da natureza indenizatória do alimento compensatório.

Por fim, no terceiro capítulo, será analisada a viabilidade de inclusão do alimento compensatório no ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração o contexto jurídico e social do Brasil. Com isso, será feita uma comparação do direito nacional com as disposições estrangeiras estudadas. Serão destacadas, ainda, a jurisprudência e as posições doutrinárias acerca do tema.



O presente trabalho busca uma pesquisa qualitativa, cujo objetivo é descrever e explicitar o instituto dos alimentos compensatórios. O tema será abordado por meio bibliográfico e comparado.

## **1. DAS CARACTERÍSTICAS QUE PECULIARIZAM O INSTITUTO NOS ORDENAMENTOS ALIENÍGENAS**

Os alimentos compensatórios são instituto previsto em ordenamentos estrangeiros, não tendo sido positivado no Brasil. Dessa forma, faz-se necessário estudar as regras referentes ao tema em outros países, especialmente França, Espanha e Chile, respectivamente, para que se possa analisar quais normas poderão ser adotadas pelo Brasil e quais são incompatíveis com o contexto jurídico e social no qual o país está inserido.

O Código Civil Francês<sup>1</sup>, também conhecido como Código Napoleônico, trata da matéria em seus artigos 270 a 281. Os alimentos compensatórios se tratam de alimentos devidos por um dos cônjuges ao outro com o fim do casamento, tendo como objetivo o de compensar a perda patrimonial que uma das partes sofreu.

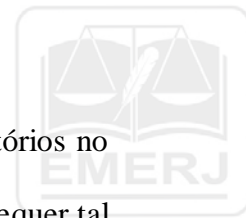
O juiz será o responsável por fixar tal montante, devendo levar em conta a idade do cônjuge que pede os alimentos, o tempo que ficaram casados, as escolhas profissionais feitas pelas partes, o valor de aposentadoria futura e o binômio necessidade e possibilidade. Tal pagamento será feito em uma única parcela ou em uma periodicidade já pré-fixada, não acima de 08 anos, ou, excepcionalmente, de forma vitalícia.

As partes poderão fazer um acordo, fixando pessoal e diretamente o valor devido ao cônjuge prejudicado com o final do casamento. Esse acordo, todavia, deverá ser homologado pelo juiz, que poderá modificar o valor acordado com base nos critérios já citados.

---

<sup>1</sup> FRANÇA. Promulgado em 21 de março de 1804. Disponível em < <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 03 out. 2015.





A legislação francesa prevê a recusa do pagamento dos alimentos compensatórios no caso do fim do relacionamento ter sido causado por culpa exclusiva do cônjuge que requer tal prestação.

O Código Civil Espanhol<sup>2</sup>, por sua vez, prevê os alimentos compensatórios em seu artigo 97, acrescentado pela Lei nº 15/2005. A lei espanhola determina que serão devidos esses alimentos no caso do divórcio acarretar um desequilíbrio econômico entre os cônjuges, compensando a situação econômica a qual o cônjuge prejudicado passou a ter com o fim do relacionamento. Deve-se levar em consideração, portanto, o patrimônio e o estilo de vida que o casal tinha durante e após o casamento.

Na Espanha, as partes podem fixar livremente o valor devido. Ao juiz caberá apenas a delimitação no caso das partes não chegarem a um acordo, utilizando critérios semelhantes ao do Código Francês, como a duração do casamento, a idade e o estado de saúde dos cônjuges, a profissão e a situação econômica de ambos.

O Código Espanhol não recusa os alimentos para o cônjuge que der fim ao casamento. Em contrapartida, o juiz, ao fixar o valor dos alimentos, usará como critério a dedicação que o cônjuge prejudicado teve e continuará tendo com a família.

A pensão fixada, que poderá se tratar de um valor unitário ou periódico, não será mais devida caso o motivo que levou o cônjuge prejudicado a requerer os alimentos se extinga, assim como no caso deste cônjuge contrair novo casamento.

O Código Espanhol não prevê apenas essa possibilidade de alimentos ao cônjuge, como também a pensão convencional, respeitando a situação financeira do alimentante e a necessidade do alimentado (artigo 147). Em 2008, com a Lei nº 40/2007, passou a existir, ainda, a “pensão de viúvo” (chamado no país de *pensión de viudedad*), que corresponde à pensão devida a um dos cônjuges com o falecimento do outro, desde que o cônjuge falecido já

---

<sup>2</sup> ESPANHA, Decreto real de 24 de julho de 1889. Disponível em <<http://civil.udg.es/NORMACIVIL/estatal/CC/RD25071889.htm>>. Acesso em: 03 out. de 2015.



fosse obrigado a pagar os alimentos compensatórios ao cônjuge sobrevivente. Assim, esta modalidade depende de uma prévia fixação dos alimentos compensatórios.

Por fim, deve ser estudado o Chile. Esse país, em 2004, promulgou uma lei regulamentando as regras do casamento e do divórcio<sup>3</sup>. O artigo 21 determinou que os cônjuges poderão fixar uma pensão alimentícia ao final do casamento, assim como será devida uma pensão aos filhos em comum. Em falta de acordo, caberá ao juiz fixar o valor devido.

Além desse alimento, poderá o cônjuge requerer uma compensação pelo fim do casamento, na forma do artigo 61 da referida lei. Essa compensação econômica será devida sempre que um dos cônjuges auferir renda superior a do outro, uma vez que o cônjuge prejudicado não pode se dedicar tanto à carreira profissional por ter sido responsável pelos cuidados dos filhos e/ou lar comum.

As partes poderão fixar diretamente o valor, assim como poderá o juiz fazê-lo, caso não cheguem a um acordo. De qualquer forma, ao fixar os alimentos, deverão ser analisados os seguintes critérios: a idade dos cônjuges, a duração do casamento, a situação econômica de cada um, a saúde deles, as profissões escolhidas e a colaboração que o cônjuge prejudicado teve com a carreira do cônjuge com maior renda.

O valor fixado terá natureza de alimentos, devendo, portanto, serem utilizadas as regras e procedimentos especiais previstos para os alimentos comuns.

---

<sup>3</sup> CHILE. Lei 19.947, de 17 de maio de 2004. Disponível em <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>>. Acesso em: 03 out. 2015.



## 2. DA POSSÍVEL COMPATIBILIDADE ENTRE OS ALIMENTOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

O Código Civil de 2002<sup>4</sup> prevê a possibilidade de um dos cônjuges pagar alimentos para o outro, na forma do artigo 1.694. Uma parcela da doutrina nomeia essa modalidade de alimentos transitórios<sup>5</sup>, pois, apesar de não haver disposição expressa no código, as decisões judiciais os fixam, na maior parte dos casos, por prazo determinado.

O objetivo dos alimentos transitórios seria o de garantir a subsistência de um dos cônjuges por um determinado período, até que retorne ou progrida no mercado de trabalho e passe, assim, a auferir renda própria. Para a fixação desses alimentos, deve-se adotar o binômio necessidade e possibilidade, de modo que deverá pagá-los quem detém possibilidade financeira para tanto e somente fará jus a eles quem necessita deles para sobreviver.

Os alimentos compensatórios, por sua vez, não foram positivados no Brasil e podem ser conceituados como uma indenização que é devida a um dos cônjuges com o fim do casamento. Por essa razão, Maria Berenice Dias entende que a nomenclatura mais adequada seria verba ressarcitória, prestação compensatória ou alimentos indenizatórios.<sup>6</sup>

O fim do casamento, normalmente, ocasiona um desequilíbrio econômico ao ex-casal, podendo essa disparidade financeira ser mais acentuada em alguns casos. Há casais que se organizam de forma que um deles permanecerá mais tempo em casa, administrando o lar comum e cuidando dos filhos, enquanto o outro se dedicará com mais afinco à vida profissional.

---

4 BRASIL. Lei 10.406/2002 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016

5 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: família*, v. 6. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 743.

6 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 595.



No caso de divórcio, o cônjuge que não se dedicou à profissão acaba por sair prejudicado, uma vez que não tem uma carreira consolidada para garantir a sua subsistência. Nesse caso, o Código Civil já trouxe a solução de que o cônjuge poderá pedir alimentos transitórios para o seu ex marido/mulher, garantindo, assim, uma renda até que possa se restabelecer no mercado de trabalho.

A discussão surge quando esse mesmo cônjuge tem uma queda em sua qualidade de vida, comparando-a com a vida que desfrutava anteriormente, especialmente quando casado no regime da separação total de bens. Trata-se de situação em que o cônjuge pode até auferir renda necessária para a sua sobrevivência, mas não suficiente à manutenção da posição financeira que detinha no casamento. Apesar de não existir regra expressa acerca do tema, a doutrina e a jurisprudência vêm permitindo a fixação de alimentos compensatórios nesses casos, como forma de garantir o dever de mútua assistência decorrente do casamento, previsto no artigo 1.566, inciso III, do Código Civil.

O objetivo desses alimentos é, portanto, o de compensar o cônjuge prejudicado, fixando um valor a ser pago a ele, podendo essa verba ser determinada por período certo<sup>7</sup> ou incerto, bem como em parcela única ou em prestações. O instituto não busca retomar a situação financeira que o cônjuge detinha durante o casamento, mas sim minorar os efeitos causados pelo divórcio.<sup>8</sup>

O tema já existia em outros países, mas ganhou força no Brasil ao ser aplicado pela jurisprudência, a partir das lições da doutrina, em especial do jurista Rolf Madaleno<sup>9</sup>. Em 2013, chegou ao Superior Tribunal de Justiça recurso interposto por um político brasileiro, discutindo a fixação de tais alimentos em decisão do Tribunal de Justiça de Alagoas, já que

---

7 Nelson Rosenthal e Cristiano Chaves entendem que prevalece a transitoriedade desses alimentos, já que “se destina à correção de uma situação de desequilíbrio” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: família*, v. 6. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 701).

<sup>8</sup> DIAS, op. cit., p. 596.

<sup>9</sup> MADALENO, Rolf. *Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos compensatórios*. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=23156](http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=23156)>. Acesso em: 24 mar. 2016.



esses sequer haviam sido pedidos pela sua ex-mulher. Na ocasião, o Tribunal da Cidadania entendeu que a requerente tinha direito aos alimentos, ainda que não os tenha pedido diretamente. O argumento foi o de que o juiz não está adstrito ao pedido quando se tratar de ação de alimentos, já que se trata de direito fundamental.

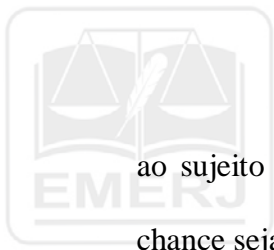
Ademais, tratou-se da primeira decisão da Corte Superior sobre o assunto. O STJ reconheceu a aplicação do instituto, com o intuito de compensar as perdas sofridas pela mulher, que, antes do divórcio, residia entre três imóveis, inclusive um no exterior, e detinha uma alta qualidade de vida, mas perdeu tudo com a separação, já que era casada no regime de separação de bens.<sup>10</sup>

Uma parcela da doutrina e da jurisprudência entende que o fundamento legal dos alimentos compensatórios é a perda de uma chance.<sup>11</sup> Segundo essa teoria, cabe indenização

---

<sup>10</sup> PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PENSÃO ALIMENTÍCIA. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. ART. 1.694 DO CC/2002. TERMO FINAL. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS (PRESTAÇÃO COMPENSATÓRIA). POSSIBILIDADE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CÔNJUGES. JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA. 1. A violação do art. 535 do CPC não se configura na hipótese em que o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se sobre a questão controvertida nos autos, não incorrendo em omissão, contradição ou obscuridade. Ademais, a ausência de manifestação acerca de matéria não abordada em nenhum momento do iter processual, salvo em embargos de declaração, não configura ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Na ação de alimentos, a sentença não se subordina ao princípio da adstrição, podendo o magistrado arbitrá-los com base nos elementos fáticos que integram o binômio necessidade/capacidade, sem que a decisão incorra em violação dos arts. 128 e 460 do CPC. Precedentes do STJ. 3. Ademais, no caso concreto, uma vez constatada a continência entre a ação de separação judicial e a de oferta de alimentos, ambas ajuizadas pelo cônjuge varão, os processos foram reunidos para julgamento conjunto dos pedidos. A sentença não se restringiu, portanto, ao exame exclusivo da pretensão deduzida na ação de oferta da prestação alimentar. 4. Em tais circunstâncias, a suposta contrariedade ao princípio da congruência não se revelou configurada, pois a condenação ao pagamento de alimentos e da prestação compensatória baseou-se nos pedidos também formulados na ação de separação judicial, nos limites delineados pelas partes no curso do processo judicial, conforme se infere da sentença. 5. Os chamados alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, tal como ocorre com a pensão alimentícia regulada pelo art. 1.694 do CC/2002, senão corrigir ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação. 6. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem, em regra, ser fixados com termo certo, assegurando-se ao alimentando tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter, pelas próprias forças, o status social similar ao período do relacionamento. 7. O Tribunal estadual, com fundamento em ampla cognição fático-probatória, assentou que a recorrida, nada obstante ser pessoa jovem e com instrução de nível superior, não possui plenas condições de imediata inserção no mercado de trabalho, além de o rompimento do vínculo conjugal ter-lhe ocasionado nítido desequilíbrio econômico-financeiro. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para fixar o termo final da obrigação alimentar. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.290.313/AL. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 12 de novembro de 2013).

<sup>11</sup> DIAS, op. cit., p. 598.



ao sujeito que perdeu uma chance de ter lucro ou de se evitar uma perda, desde que essa chance seja real, não podendo se tratar de um fato meramente hipotético<sup>12</sup>.

No caso do direito de família, a chance que foi perdida é com relação ao cônjuge que, no decorrer do relacionamento, por uma escolha do casal, não teve a oportunidade de ter uma carreira como a do seu parceiro. Assim, cabe a ele continuar com o padrão de vida financeiro semelhante ao que detinha, como forma de compensar pela chance que perdeu. Essa posição, porém, não é pacífica<sup>13</sup>.

Há, ainda, quem confunda os alimentos compensatórios com os alimentos provisórios. O artigo 4º da Lei nº 5.478/68<sup>14</sup> prevê os alimentos provisórios, que serão fixados antes da decisão definitiva da ação de alimentos. No caso do cônjuge casado no regime da comunhão total de bens, poderá o juiz requerer que seja entregue mensalmente parte dos frutos do imóvel em comum que está na posse do outro cônjuge, a título de alimentos provisórios (artigo 4º, §único, da Lei nº 5.478/68).

Com recorrência, a jurisprudência confunde as duas formas de prestação de alimentos<sup>15</sup>. Todavia, conforme visto, os alimentos compensatórios não são uma antecipação da partilha de bens, já que eles são devidos como forma de indenização e, normalmente, o casamento foi realizado sob o regime em que não há meação.

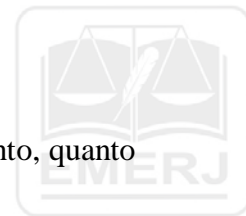
Observa-se, assim, que os alimentos compensatórios não se confundem com os transitórios nem com os provisórios. A jurisprudência e a doutrina entendem que não há

<sup>12</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 77.

<sup>13</sup> Apelação Cível. Alimentos Compensatórios. Sentença que julgou procedente o pedido. Inconformismo de ambos os litigantes. A obrigação alimentar entre ex-cônjuges decorre do dever de mútua assistência. Os alimentos compensatórios se destinam a restaurar o equilíbrio econômico-financeiro rompido com a dissolução do casamento. In casu, a autora não logrou êxito em demonstrar que o desequilíbrio no seu padrão sócio-econômico tenha ocorrido no momento da separação de fato do casal, o que lhe incumbia, como determina o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Teoria da perda de uma chance que não justifica a concessão dos alimentos pleiteados. Nega-se provimento ao primeiro recurso e dá-se provimento ao segundo, para o fim de julgar improcedente o pedido. (Brasil. Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0074823-20.2012.8.19.0001. Relator: Des. Georgia de Carvalho Lima. Julgado em 20 de março de 2014).

<sup>14</sup> BRASIL. Lei nº 5.478/68 de 25 de julho de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2016.

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Agravo 4000489-08.2013.8.12.000 Relatora: Des. Tânia Garcia de Freitas Borges. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4978/novosite>>. Acesso em: 08 fev. 2016.



limitação do instituto, de modo que ele poderá ser aplicado tanto no fim do casamento, quanto da união estável.

Eles poderão incidir em qualquer regime de bens, mas, na prática, a incidência mais comum é na separação convencional de bens. Isso porque, com a separação, o cônjuge que for proprietário ficará com todos os bens que a família usufruiu durante o relacionamento, enquanto o outro cônjuge sairá da relação sem qualquer ou com poucos bens próprios, necessitando recomeçar a vida por completo. No caso da comunhão de bens, os dois cônjuges são co-proprietários dos bens adquiridos na constância da união. Por conta disso, é mais frequente que ocorra disparidade financeira naqueles casos, sendo mais remota a possibilidade na comunhão de bens.

Outrossim, percebe-se que o simples fato do casamento ter sido celebrado no regime da separação de bens não acarreta, por si só, a concessão dos alimentos compensatórios. O juiz deverá analisar a situação financeira dos cônjuges antes e depois do relacionamento, bem como a idade deles, a carreira e o tempo de casamento. A análise é casuística.

### **3. DA VIABILIDADE DA INCLUSÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Analisadas as particularidades do instituto, cabe examinar se ele seria aplicável no Brasil, usando como parâmetro as características da sociedade brasileira e as regras nacionais. Deve-se, também, observar quais normas alienígenas deveriam ser adaptadas ao ordenamento vigente no país.

Inicia-se a comparação com o sistema francês. O Código Napoleônico coloca como requisito para a fixação de tais alimentos a necessidade de um dos cônjuges e a oportunidade financeira do outro. Essa condição, contudo, no Brasil, acaba por se confundir com os



alimentos transitórios, já que estes exigem o binômio necessidade e possibilidade para a sua configuração.

Dessa forma, surge a primeira incompatibilidade do regramento francês. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias adaptam essa espécie de alimento ao Brasil, entendendo ser o fundamento não o binômio citado, mas sim a boa-fé objetiva, “quando o comportamento do outro, durante a convivência, gerou uma justa expectativa da manutenção mesmo no caso de uma dissolução”<sup>16</sup>. Em síntese, os alimentos seriam uma maneira de compensar o cônjuge pela frustração dessa justa expectativa.

Além desse fato, o Código Napoleônico também traz outra regra que não parece se enquadrar no direito brasileiro. Segundo esse código, não serão devidos os alimentos quando o requerente tiver sido o culpado pelo fim do casamento.

O Código Civil brasileiro de 1916<sup>17</sup> trazia a culpa como fator relevante para o fim do casamento. O cônjuge culpado não podia ficar com a guarda dos filhos (artigo 326) e a mulher somente podia pleitear alimentos do marido se fosse inocente (artigo 320). Em qualquer caso de “desquite”, a mulher não poderia permanecer com o sobrenome do marido (artigo 324), independentemente da análise de culpa.

Com o Código Civil de 2002, foram minoradas as conseqüências jurídicas da culpa. Ainda assim, o artigo 1.578 determina que o cônjuge culpado perde o direito de utilizar o sobrenome do outro, salvo exceções trazidas pelo próprio artigo. O artigo 1.702, por sua vez, determina que, na separação judicial, o cônjuge inocente terá direito aos alimentos, preenchidos os requisitos legais. O cônjuge culpado poderá pleitear alimentos, mas há uma limitação do seu *quantum*, sendo apenas o indispensável à sua subsistência, e desde que o culpado não tenha aptidão para o trabalho (artigo 1.694, §2º e artigo 1.704 §único).

<sup>16</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: família*, v. 6. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 701.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.





Para uma parcela da doutrina, tal discussão deixou de ter importância no país com a Emenda Constitucional 66 de 2010<sup>18</sup>, responsável por permitir o divórcio direto no Brasil. Com a possibilidade da decretação do divórcio sem necessidade de prévia separação judicial, deixou de ser essencial perquirir o motivo da dissolução conjugal, não sendo mais relevante analisar qual ou quais cônjuges descumpriram com os deveres do casamento.

O fim de um relacionamento acarreta frustração nos ex-parceiros, que, em uma tentativa de justificar o insucesso da união, acabam por culpar o outro. Um casamento é feito de concessões, parceria e mútuo respeito, sendo difícil analisar se há de fato um culpado pelo seu fim, ou se ele foi apenas uma consequência do desejo tácito dos dois. Uma infidelidade, por exemplo, não é necessariamente a culpa do divórcio, podendo ser apenas uma exteriorização de problemas que o casal já enfrentava em sua vida conjugal. Nesse sentido, entende-se acertada a posição doutrinária mais moderna.

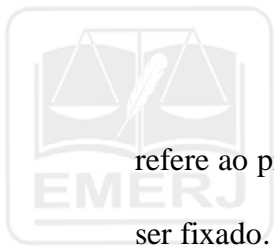
Com isso, é possível observar que a culpa deixou de ser fundamental no Brasil, inclusive no que toca aos alimentos<sup>19</sup>. Eles serão devidos sempre que preenchidos os requisitos legais, não tendo mais aplicação os artigos 1.694 §2º, 1.702 e 1.704 do CC/02. Tal lógica se estende aos alimentos compensatórios, diferentemente do que dispõe a legislação francesa.

A terceira particularidade do instituto no Código Francês é a de que a concessão dos alimentos de forma vitalícia é excepcional, sendo, em regra, o alimento fixado por prazo determinado, de até 08 anos. No Brasil, no que toca aos alimentos transitórios, a regra, vista no capítulo anterior, é a de que eles serão fixados por prazo determinado, em período compatível com a necessidade do alimentado. Aplica-se a mesma lógica para os compensatórios. Assim, as normas brasileiras se assemelham à regra francesa, salvo no que se

---

18 BRASIL. Emenda Constitucional 66 de 13 de julho de 2010. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>19</sup> DIAS, op. cit., p. 85/575.



refere ao prazo máximo de 08 anos, uma vez que a lei brasileira é silente quanto a um limite a ser fixado.

Com relação à legislação espanhola e à chilena, as duas não fazem distinção quanto ao responsável pelo fim do casamento, nem trazem um prazo máximo para a fixação desses alimentos. Em contrapartida, elas também apresentam características próprias, cuja compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro deve ser estudada.

No caso da lei espanhola, há uma regra de que o novo casamento do cônjuge indenizado ocasionará o fim das prestações compensatórias. No Brasil, no caso dos alimentos transitórios, o artigo 1.708 do Código Civil de 2002 afirma que cessará o dever de prestar alimentos com o casamento, a união ou o concubinato do credor.

Os alimentos compensatórios, entretanto, não possuem natureza alimentar, não se aplicando, a princípio, a lógica do artigo 1.708. Essa questão do novo matrimônio ainda não foi enfrentada pela jurisprudência, não existindo uma posição majoritária. De um lado, parece sensata a regra de que o novo casamento cessaria a obrigação de pagar os alimentos. Em outra visão, nota-se que esses alimentos possuem natureza indenizatória, de modo que somente deixarão de ser devidos no caso de ocorrer a integral compensação do dano, que, no caso, é a disparidade financeira causada pelo divórcio.

A legislação chilena, por fim, dispõe que será aplicada a regra dos alimentos transitórios/convencionais sempre que for omissa a dos alimentos compensatórios. Conforme visto, por conta da natureza indenizatória desses alimentos, essa sistemática não parece se aplicar integralmente ao Brasil. Em caso de omissão, não só deverá ser aplicada de forma subsidiária a regra dos alimentos transitórios, como também a da responsabilidade civil.

Apesar dessas diferenças, as leis estrangeiras reconhecem a possibilidade de fixação dos alimentos compensatórios sempre que houver uma disparidade econômica causada pelo



divórcio, permitindo que os próprios cônjuges estabeleçam o valor devido. Em caso de conflito, caberá ao juiz fixar o montante.

Todos os sistemas estudados possuem a modalidade de alimentos compensatórios e a de alimentos convencionais, também chamados transitórios, o que demonstra a possibilidade de coexistência das duas espécies no Brasil. Como são institutos com objetivos diferentes, não há prejuízo na sua cumulação.

A dificuldade se encontra justamente no que se refere à compatibilização e aplicação das regras dos alimentos transitórios aos alimentos compensatórios. Como exemplo, há a dúvida quanto à prisão civil como forma de coação para o caso de dívida de alimentos compensatórios, como ocorre nos transitórios.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu não ser possível essa prisão por conta da natureza indenizatória e não alimentícia do instituto<sup>20</sup>. Em que pese haja esse precedente, o tema ainda é pouco discutido e aplicado no país, sem ser possível prever a posição futura da jurisprudência.

Outra dificuldade é a de estabelecer o prazo prescricional para se pleitear tais alimentos. O artigo 206 do Código Civil fixa os prazos prescricionais, sendo de 02 anos o prazo para pleitear prestações alimentares (§2º) e de 03 anos a reparação civil (§3º, inciso V). Como os alimentos compensatórios têm natureza indenizatória, o prazo de 03 anos parece ser o mais adequado para o instituto, mas, novamente, não há posição firmada na jurisprudência.

Por esses motivos, a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à aplicação do instituto no Brasil. José Simão nomeia o instituto de desvio de categoria e um engano

---

20 BRASIL. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI nº 70060142320. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 17 de julho de 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130647934/agravo-de-instrumento-ai-70060142320-rs>>. Acesso em: 23 mar. 2016.



perigoso, demonstrando a sua desconfiança com os alimentos compensatórios e a sua falta de legislação expressa<sup>21</sup>.

## CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi demonstrar a compatibilidade dos alimentos compensatórios com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não existe espécie semelhante no país.

A importância da matéria tratada nesse trabalho reside no fato de ser fundamental a diminuição das consequências patrimoniais causadas pelo fim de um casamento ou de uma união estável, especialmente quando os cônjuges haviam escolhido o regime da separação absoluta de bens. Deve-se buscar, sempre que possível, a manutenção da situação financeira que os cônjuges detinham quando do casamento, evitando-se, com isso, novas mudanças bruscas na vida dos recém-separados.

O instituto complementa os alimentos transitórios, previstos no Código Civil brasileiro vigente, sem com eles se confundir. Os alimentos compensatórios possuem natureza diversa dos transitórios, visto que não se tratam propriamente de alimentos, mas sim de uma indenização para compensar a disparidade financeira causada pelo fim do relacionamento.

O Brasil não possui regra expressa quanto aos alimentos compensatórios, ficando à cargo da doutrina e jurisprudência regulamentar a matéria. A França, a Espanha e o Chile possuem legislação própria acerca do tema, devendo ser importada ao ordenamento jurídico brasileiro. No presente trabalho, foi possível fazer uma comparação entre esses três países e o Brasil, afirmando-se a possibilidade de aplicação das regras estrangeiras, quando compatíveis.

---

<sup>21</sup> SIMÃO, José Fernando. *Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/alimentos-compensatorios-desvio-de-categoria-e-um-engano-perigoso/10797>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

Por não possuir regras próprias, deve-se ter cautela ao empregar o instituto, para que não haja um *bis in idem* desses alimentos com os já existentes no Brasil. Ademais, por possuir natureza diversa da alimentícia, é necessário que sejam interpretadas as regras da responsabilidade civil, aplicando-as aos alimentos compensatórios.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.478/68 de 25 de julho de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406/2002 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional 66 de 13 de julho de 2010. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.290.313/AL. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 12 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/150167220/recurso-especial-n-1290313-al-do-stj>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0074823-20.2012.8.19.0001. Relator: Des. Georgia de Carvalho Lima. Julgado em 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300158333>>. Acesso em: 24 de mar. de 2016.

\_\_\_\_\_. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI 70060142320. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 17 de julho de 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130647934/agravo-deinstrumento-ai-70060142320-rs>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Agravo 4000489-08.2013.8.12.0000. Relatora: Des. Tânia Garcia de Freitas Borges. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4978/novosite>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHILE. Lei 19.947, de 17 de maio de 2004. Disponível em <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>>. Acesso em: 03 out. 2015.



DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ESPAÑA, Decreto real de 24 de julho de 1889. Disponível em <<http://civil.udg.es/NORMACIVIL/estatal/CC/RD25071889.htm>>. Acesso em: 03 out. de 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: família*, v. 6. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA. Promulgado em 21 de março de 1804. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 03 out. 2015.

MADALENO, Rolf. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos compensatórios. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=23156](http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=23156)>. Acesso em: 24 mar. 2016.

SIMÃO, José Fernando. *Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/alimentos-compensatorios-desvio-de-categoria-e-um-engano-perigoso/10797>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

## EMBARGOS INFRINGENTES E A SUSPENSÃO AUTOMÁTICA DE ACÓRDÃOS NÃO UNÂNIMES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Juliana Souza Farias

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo a análise da implementação da técnica de suspensão automática dos julgamentos não unânimes, e a consequente extinção do recurso de embargos infringentes. Busca-se fazer uma abordagem inicial sobre a transição entre o código de processo civil de 1973 e o de 2015 no que diz respeito aos dois institutos, destacando os possíveis problemas de ordem prática e processual. No texto será feita uma análise crítica sobre o novo instituto, sobretudo no que diz respeito a justiça da decisão e falta de preparo dos tribunais para a correta aplicação da técnica.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Recursos. Novo Código de Processo Civil.

**Sumário:** Introdução. 1. Dos embargos infringentes sob sistemática do CPC de 1973 e suas alterações ao longo da vigência do código. 2. Dos embargos infringentes como técnica de julgamento: novas perspectivas. 3. Possíveis problemas em razão da nova técnica de julgamento à luz do novo CPC. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo a análise do mecanismo da técnica de suspensão automática de julgamento de acórdãos não unânimes trazida pelo novo Código de Processo Civil, comparando-o com os embargos infringentes do Código de 1973, bem como apontar os possíveis problemas decorrentes do novo instituto, suas implicações frente aos princípios da razoável duração do processo, celeridade e segurança jurídica.

O novo código decorre de um processo de amadurecimento do ordenamento jurídico pátrio inaugurado pela Constituição Federal de 1988. A necessidade de edição de um novo código decorre não só da adequação a uma nova ordem constitucional, mas também da adaptação dos mecanismos processuais aos anseios da sociedade moderna.



O novo Código de Processo Civil possui enfoque nos meios mais adequados de resolução de conflitos, primando sobre tudo pela segurança jurídica e qualidade das decisões. É nesse novo contexto que se insere a sistemática da técnica de suspensão automática de acórdãos não unânimes, servindo, praticamente, com um substituto do recurso de embargos infringentes.

No primeiro capítulo será feito um comparativo entre os dois institutos com base nas hipóteses de cabimento e o procedimento adotado em cada um deles. Bem como abordar as alterações feitas nos Embargos infringentes ao longo do tempo para adaptá-lo ordenamento jurídico brasileiro.

Após, será estabelecida, no segundo capítulo a diferença entre os institutos tomando como base a natureza jurídica de cada um e a análise as possíveis controvérsias, sobre a o procedimento a ser seguido no Novo Código de Processo Civil a correta utilização da técnica.

Por fim, serão abordados os benefícios e complicações decorrentes de uma decisão proferida um maior número de julgadores, evitando julgamentos divergentes sobre a mesma matéria decorrentes de um mesmo órgão. Bem como analisar os impactos que o instituto trará ao regular andamento do processo, levando em consideração que muitas vezes será necessário que a continuação do julgamento se dará na sessão seguinte, o que poder acabar por atrasar o julgamento não só da ação que se discute, mas também de outras que tramitam naquele órgão.

O trabalho em epígrafe busca uma abordagem qualitativa dos dados acerca da técnica de suspensão automática dos julgamentos não unânimes, cujo objetivo é explicar e descrever o instituto, resultado que se alcançará por meio de pesquisa bibliográfica.

## **1. DOS EMBARGOS INFRINGENTES SOB SISTEMÁTICA DO CPC DE 1973 E SUAS ALTERAÇÕES AO LONGO DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO.**





O instituto dos Embargos Infringentes tem origem no direito Português e segundo Araken de Assis<sup>1</sup> evoluíram de um pedido de reconsideração feito aos próprios juízos prolores das sentenças. Em razão de terem sido usados com caráter iminentemente protelatório, foram excluídos do ordenamento português pelo Código de Processo Civil de 1939. Assim, atualmente, o instituto que teve origem no direito luso, não encontra um similar no direito comparado.

Embora a doutrina divirja quanto à permanência do instituto no direito brasileiro, certo é que, ele já era previsto no Código de Processo Civil de 1939 e foi mantido no CPC de 1973, ainda que sob os protestos de alguns juristas. Citando diversos doutrinadores Jardim<sup>2</sup> sintetiza bem essa ausência de consenso:

A inclusão ou permanência dos embargos infringentes no Código de Processo Civil sempre foi motivo de inúmeras críticas. A doutrina diverge muito sobre a necessidade de sua existência: para Pedro Batista Marfins era um recurso que tenderia a desaparecer: Fadei o classifica como recurso de grande importância nos tribunais; Lavenhagen, apesar de não elogiar o instituto, manifestou-se pela sua inclusão no Código; Carlos Silveira Noronha o considera sucedâneo da apelação nas causas julgadas em única instância, quando há competência originária dos tribunais; Athos Gusmão Carneiro explica sua existência pela extinção do recurso de revista; Sérgio Bermudes e Moniz de Aragão sugerem o seu desaparecimento.

Independentemente da divergência doutrinária existente, o instituto permanece vigente em nosso ordenamento e é amplamente utilizado nos tribunais como forma de dar mais segurança à prestação jurisdicional. A discussão existente em torno do recurso fez com ele sofresse alterações ao longo do tempo. Todas essas alterações tiveram como objetivo acelerar o julgamento do recurso<sup>3</sup> ou reprimir a proliferação de feitos nos tribunais<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos cíveis*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p. 580.

<sup>2</sup> JARDIM, Leidiane Mara Meira Jardim. *Embargos infringentes*. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7851.#\\_edn2](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7851.#_edn2)>. Acesso em: 03 out 2015.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O novo regime dos Embargos Infringentes*. In: NERY JUNIOR, Nelson (Org.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2003, p. 610.

<sup>4</sup> BOCHIO, Fernando Ferraz Monte. *A interpretação dos “novos” embargos infringentes interpostos de julgamento de apelação*. In: NERY JUNIOR, Nelson (Org.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2003, p. 240.



A redação inicial do recurso no CPC de 1973 previa que ele seria cabível contra acórdãos não unânimes proferidos em julgamento de apelação ou de ação rescisória<sup>5</sup>. A antiga redação do artigo 530 CPC abria espaço para muitas discussões, tendo em vista a amplitude de situações abarcadas pelo dispositivo. Nesse sentido retrata Marinoni<sup>6</sup>:

Até a vigência da Lei 10.352/2001, discutia-se o cabimento dos embargos infringentes em outros dois casos: em agravo de instrumento, quando a decisão nele tomada por tribunal, ao provê-lo extingue o processo sem julgamento do mérito (acolhendo, por exemplo, preliminar peremptória que o primeiro grau rejeitara), e em agravo retido, por ser ele considerado como preliminar recurso de apelação.

Com a alteração promovida pela Lei 10.352/2001, os embargos infringentes somente são cabíveis contra acórdão não unânime que houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Desse modo, é possível dizermos que com a nova redação a interposição de embargos infringentes passou a ter com requisitos: a existência de um voto divergente e acórdão que tenha reformado a sentença de mérito ou julgado procedente a ação rescisória. Isto é, a principal mudança trazida pela Lei de 2001 é a ausência da dupla conformação. Por ausência dupla conformação podemos entender a prolação de decisões em sentidos opostos por instâncias distintas em um mesmo processo sobre o mesmo conteúdo. Assim, se o acórdão prolatado for no mesmo sentido da decisão recorrida não há falar no cabimento de embargos infringentes.

Além destes requisitos, no tocante ao cabimento do recurso abordado contra a apelação, será necessário que a sentença tenha discutido o mérito, portanto, não serão cabíveis embargos infringentes de apelações em sentenças terminativas. Segundo Alexandre Câmara<sup>7</sup> o cabimento dos infringentes nessa situação decorre do fato de que, há um empate entre as decisões dos magistrados, pois dois terão se manifestado em um sentido (magistrado de

---

<sup>5</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em 04 out 2015.

<sup>6</sup> MARINONI. Luiz Guilherme; ARENHART. Sergio Cruz. *Processo de Conhecimento*. v. 2. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 549.

<sup>7</sup> CÂMARA. Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v.2. 23. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2014. p. 116.

primeiro grau e o magistrado prolator do voto vencido em sede de apelação) e dois em outro (prolatores do voto do voto vencedor em sede de apelação), servido o recurso aqui abordado como modo de desempate.

No que concerne à ação rescisória o cabimento do recurso tem como escopo dar maior segurança jurídica tendo em vista a relativização da coisa julgada, já que se estará possibilitando a revisão de tema já discutido pelo tribunal. É em razão disso que, se a decisão pela rescisão for por maioria, abre-se espaço para o cabimento dos embargos infringentes.

Assim, a alteração promovida pela Lei de 2001 teve como principal objetivo restringir o alcance do recurso, diminuindo as demandas nos tribunais e acelerando a prestação judicial, especialmente porque sendo o desacordo referente ao mérito, não poderia o interessado deixar de interpor os embargos, para só então poder interpor os Recursos Especial e Extraordinário, caso contrário haveria uma supressão de instância. Além disso, bastava que houvesse divergência no julgamento da apelação, pouco importando a ausência de dupla conformação ou que a matéria tratada se referisse ao mérito<sup>8</sup>.

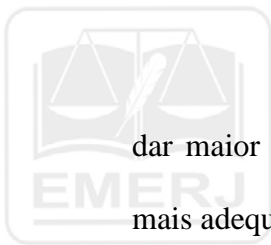
A discussão a ser levada a julgamento em embargos infringentes deve se limitar a diferença existente entre o voto vencedor e o vencido, havendo um abrandamento na jurisprudência para permitir que, as razões do recurso sejam com base em fundamentos diversos daqueles contidos no voto vencido, desde que limitado à conclusão que a ali se chegou<sup>9</sup>.

Uma vez interposto o recurso ele seguirá o tramite previsto no regimento interno de cada tribunal. A liberdade do procedimento adotado no julgamento dos embargos também decorre da alteração promovida pela Lei 10.352/2001. Antes da novação legislativa o próprio CPC se encarregava de dispor minuciosamente o procedimento a ser seguido no julgamento dos embargos. Assim como as demais alterações promovidas pela referida Lei, o objetivo é

---

<sup>8</sup> ALVIM, J.E. Carreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 7. 3. ed. Paraná: Juruá. 2014. p. 146

<sup>9</sup> *Ibidem.*, p. 150.



dar maior celeridade à prestação jurisdicional, fazendo com que cada tribunal adote o rito mais adequado a sua realidade.

Ainda que considerado um instrumento de aperfeiçoamento da Justiça, tendo em vista a possibilidade de rediscussão da matéria de direito e principalmente de fato no âmbito das instâncias ordinárias. Certo é que a pressão exercida por renomados doutrinadores fez com que o recurso fosse retirado do projeto de lei do Novo Código de Processo Civil. Nesse sentido se posiciona Araken de Assis<sup>10</sup> segundo o qual o recurso aqui tratado não se justifica na atual sistemática recursal no CPC de 1973. Conclui o autor que a existência de um voto vencido por si só não deve ser suficiente para autorizar a existência de um recurso; caso contrário, deveríamos admitir um segundo recurso de embargos toda vez que houvesse mais de um voto vencido. O que poderia levar a um ciclo vicioso que arrastaria por um longo tempo o desfecho da Lei, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão.

Desse modo, seguindo a tendência do direito estrangeiro, bem como os anseios da doutrina processualista, o recurso aqui em exame foi retirado do Novo Código de Processo Civil. Todavia, em razão do apelo feito por renomados juristas foi introduzido no projeto de lei a técnica substitutiva de embargos infringentes, que embora não possa ser considerada um recurso já é chamado pela doutrina de embargos infringentes cover.

## **2. DOS EMBARGOS INFRINGENTES COMO TÉCNICA DE JULGAMENTO: NOVAS PERSPECTIVAS.**

Como dito anteriormente, a técnica de julgamento vem no CPC de 2015 com o objetivo de substituir os embargos infringentes, sendo basicamente um meio termo entre a supressão e a manutenção, do agora, extinto recurso. No texto inicial, elaborado pelo Senado,

---

<sup>10</sup> ASSIS, op.cit., p. 580.



os embargos infringentes haviam sido sumariamente retirados do processo civil brasileiro. Todavia, diante ausência de consenso entre os juristas integrantes da comissão de elaboração do código e das implicações práticas de sua supressão, foi inserido em uma sessão especial, na versão elaborada pela Câmara dos Deputados, a técnica de complementação de julgamento<sup>11</sup>.

Diferentemente dos embargos infringentes, a técnica de julgamento não terá natureza de recurso, sendo esse o motivo para a sua colocação em uma sessão em apartado, no capítulo que versa sobre a ordem dos processos nos tribunais<sup>12</sup>. A realocação topográfica se fez necessária diante da alteração da natureza da medida, já que por se tratar de uma técnica a ser aplicada de ofício, perdeu a voluntariedade, característica intrínseca dos recursos.

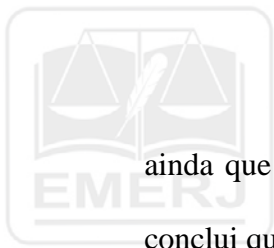
A necessidade de alteração da natureza da medida decorreu da preocupação dos elaboradores do novo código em criar um mecanismo que prestigiasse a justiça da decisão, mas que ao mesmo tempo não atravancasse os tribunais. Assim, o novo procedimento se tornou, aparentemente, mais célere, ao dispensar a abertura de prazo para a interposição do recurso e de suas contrarrazões, bem como para realização do juízo de admissibilidade, isso se deve a fato de que, não é necessário qualquer tipo de provocação pela parte sucumbente para reanálise da matéria.

Contudo, com relação às hipóteses de cabimento da nova técnica é possível dizer que houve um alargamento, foram suprimidos alguns requisitos, o que ampliou a incidência do mecanismo, e criada uma nova situação para a sua utilização. Foi mantida a aplicação do mecanismo de desempate diante do julgamento não unânime da apelação, com a diferença de que não se exige mais que a decisão seja de reforma da sentença, isso é, basta que tenha havido divergência entre os desembargadores para que seja aplicada a técnica de julgamento,

---

<sup>11</sup> NERY JÚNIOR. Nelson; NERY. Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1870

<sup>12</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em 04 out 2015.



ainda que a decisão tenha sido pela manutenção da sentença. Sobre o tema Nelson Nery<sup>13</sup> conclui que:

A divergência que justifica a instauração do procedimento deve ser ligada a sentença de mérito. A sentença fundamentada no CPC 485 não está sujeita a ele. Muito embora o CPC 942 não consigne expressamente essa exigência, como fazia o CPC/1973 530, ela é dedutível do contexto, porquanto admite a instauração do procedimento em caso de agravo de instrumento, quando a decisão interlocutória houver parcialmente decidido o mérito e for reformada.

Todavia, cabe ressaltar que, este posicionamento não é unânime. Segundo o Alexandre Câmara<sup>14</sup>, ainda que haja certa lógica no entendimento acima retratado, não cabe ao interprete criar restrições que não foram trazidas pelo legislador, de modo que, se a Lei se manteve silente quanto a necessidade de a decisão estar ligada ao julgamento do mérito não caberia ao julgador restringir a aplicação da técnica de julgamento automático somente à esta situação (informação verbal). Assim, o jurista conclui que, a aplicação do novo mecanismo terá espaço tanto nas situações ligadas ao mérito, quanto nas demais hipóteses.

Novidade trazida pelo CPC de 2015 foi o cabimento do mecanismo de desempate na decisão tomada em sede agravo de instrumento. A técnica de julgamento automático terá espaço nessa situação quando, a decisão contra a qual se interpõe o agravo for relacionada ao mérito, e em seu julgamento a maioria dos votos for pela reforma. Caso a decisão se refira à matéria de cunho preliminar, ou seja, pela manutenção daquela que se busca alterar, não terá espaço para a aplicação da técnica de complementação de julgamento.

No tocante à ação rescisória, foi mantida a sua aplicação diante da decisão não unânime de rescisão da sentença. Entretanto, se a divergência se referir à matéria distinta da rescisão ou for pela manutenção da sentença que se busca rescindir, não terá cabimento o novo mecanismo.

---

<sup>13</sup> Ibidem, p. 1870

<sup>14</sup> Informação fornecida por Alexandre Freitas Câmara em aula ministrada na Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, em fevereiro de 2016.

Assim, ocorrendo alguma das hipóteses acima elencadas, não poderá o presidente do órgão colegiado, proclamar o resultado. Será necessária a convocação de outros julgadores, em número suficiente a possibilitar a inversão do resultado. A convocação ocorrerá nos termos do regimento interno de cada tribunal, sendo possível em determinadas situações que o julgamento ocorra na mesma sessão, como é o caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que cada um dos órgãos fracionários é formado por cinco magistrados<sup>15</sup>. Desse modo, inicialmente a apelação e o agravo serão julgados por três magistrados<sup>16</sup>, e diante da não unanimidade da decisão, passa-se a aplicação da técnica de complementação, que a depender do regimento interno do tribunal poderá se dar na mesma sessão ou na sessão seguinte.

Cabe ressaltar que, diferentemente do que ocorre na aplicação da técnica na ação rescisória, quando se está diante do agravo e da apelação o julgamento e o mecanismo de desempate ocorrerão no mesmo órgão, ainda que seja necessária a convocação de novos magistrados para a aplicação da técnica de complementação de julgamento. Já no caso da rescisória a aplicação da técnica dependerá da transferência para outro órgão de maior composição previsto no regimento interno, assim explica Alexandre Câmara<sup>17</sup>:

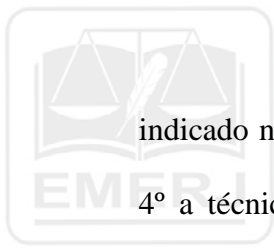
Figura-se, por exemplo, caso de o julgamento ter sido iniciado em uma das turmas do STJ, prevendo o seu regimento interno que a competência será transferida, nesta hipótese para a Sessão. Ora, como os integrantes da Turma também compõe a Sessão, bastará tomar os votos faltantes. Pode acontecer, porém, de o regimento interno determinar a transferência da competência para órgão com formação distinta (por exemplo, seria possível que o regimento interno de um Tribunal de Justiça previsse que a competência seria transferida de uma Câmara para o Órgão Especial, sendo possível que nenhum integrante daquela seja membro deste). Nesta hipótese, o julgamento deve ser reiniciado, e os votos proferidos no órgão de menor composição não deverão ser computados.

Na situação final abordada por Câmara, ao julgar a ação rescisória os magistrados deverão lavrar o acórdão, no qual farão constar votos divergentes e a remessa ao órgão

<sup>15</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v 2. 23. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2014.p. 446-447.

<sup>16</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 09 fev 2016.

<sup>17</sup> CÂMARA, op. cit., p. 448.



indicado no regimento interno. Cabe ainda ressaltar que, nos termos do artigo 492 parágrafo 4º a técnica de julgamento não será aplicada no julgamento de incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, bem como no julgamento de remessa necessária e nos julgamentos não unânimes proferidos pelo Plenário ou pelo Órgão Especial dos tribunais.

Sobre as inovações trazidas pela técnica de suspensão automática Rodrigo Becker e Guilherme Nóbrega<sup>18</sup> concluem:

O CPC/2015, é bem verdade, extinguiu os embargos infringentes como espécie recursal, mas inseriu dispositivo no artigo 942 que impediu a extinção da essência daquele recurso. Em verdade, o novo CPC foi além, elasticendo, em relação aos CPC/1973, as hipóteses em que haverá necessária ampliação do julgamento: o caput do artigo 942, diferentemente dos embargos infringentes, não restringe a “técnica de ampliação do julgamento” à apelação que haja reformado a sentença, o que abre brecha para que a apelação julgada de forma não-unânime para manter a sentença também atraia o julgamento por colegiado ampliado; também se prevê no mesmo artigo 942, de forma inovadora, julgamento ampliado no caso de agravo de instrumento quando houver reforma da decisão agravada que haja enfrentado mérito.

Explicada a sistemática de funcionamento do novo mecanismo é impossível não pensarmos nas implicações de ordem prática que ele trará, especialmente em razão do princípio da celeridade, pois embora tenham sido tomadas medidas para que se diminuísse o prazo de tramitação, certo é que a técnica de julgamento representará um significativo aumento de demandas nos tribunais, atravancando o julgamento de recursos e ações originárias, especialmente naqueles em que a aplicação da técnica ocorrerá em outra sessão.

### **3. POSSÍVEIS PROBLEMAS EM RAZÃO DA NOVA TÉCNICA DE JULGAMENTO À LUZ DO NOVO CPC**

Embora a criação da técnica tenha fortes argumentos, especialmente no fato de haver um alto índice de provimento dos Embargos Infringentes e de que a morosidade processual

---

<sup>18</sup> BECKER, Rodrigo Frantz; NOBREGA, Guilherme Pupe da. *Artigo 942 do novo CPC pode massacrar a divergência nos julgamentos*. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2015-mar-27/artigo-942-cpc-massacrar-divergencia-julgamentos](http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/artigo-942-cpc-massacrar-divergencia-julgamentos)>. Acesso em: 09 fev 2016.





causada pelo recurso é praticamente irrelevante, certo é que, a aceitação da nova técnica encontra muita resistência entre os operadores do direito. Problemas de ordem processual e prático são levantados a todo o momento.

Argumento relevante na implementação da técnica de suspensão automática de julgamentos não unânimes foi a de valorização da divergência nos tribunais. Contudo, muitos juristas alertam para a possibilidade de a suspensão automática dos julgamentos levar à sua diminuição, bem como para o fato de que a divergência já estaria salvaguardada pela possibilidade de o voto vencido poder ser utilizado para fins de prequestionamento (art. 941, §3º NCPC)<sup>19</sup>. Teme-se que, para garantir maior celeridade no julgamento dos processos, os julgadores aumentem o número de decisões unânimes, evitando, assim, os votos com conclusões distintas, pois nem todos os tribunais do país possuem estrutura para continuação do julgamento na mesma sessão<sup>20</sup>. Neste sentido explicam Guilherme Nóbrega e Rodrigo Becker<sup>21</sup>:

Não é exagero então imaginar que, por ocasião do julgamento da ação rescisória, da apelação ou do agravo de instrumento os colegiados, por uma questão de preservação da viabilidade dos trabalhos, passem a preferir a prolação de decisões unânimes, ainda que com ressalva de entendimento pessoal diverso, apenas para evitar a necessidade de ampliação do colegiado e postergação do julgamento definitivo.

Em se tratando de uma técnica de aplicação automática, ou seja, que independe de qualquer manifestação das partes, se cria uma espécie de remessa necessária, de modo que a eficácia da decisão não unânime fica condicionada à reanálise da matéria. Assim, até o

---

<sup>19</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em 04 out 2015.

<sup>20</sup> STRECK. Lênio Luiz; HERZL. Ricardo Augusto. *O que é isto - Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra...* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>>. Acesso em: 10 mar 2016.

<sup>21</sup> BECKER, op.cit., Disponível em: <[www.conjur.com.br/2015-mar-27/artigo-942-cpc-massacar-divergencia-julgamentos](http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/artigo-942-cpc-massacar-divergencia-julgamentos)>. Acesso em: 09 fev 2016

inadimplemento desta condição inviabiliza-se a execução definitiva e oposição de eventuais embargos de declaração<sup>22</sup>.

Não se pode deixar de mencionar que, na maioria das vezes a decisão proferida em sede de Embargos Infringentes não é definitiva, pois pode dar ensejo a interposição de Recurso Extraordinário e Especial, o que torna inócua a decisão anteriormente proferida. Também não se pode esquecer que decisão unânime não é sinônimo de uma decisão justa.

Por fim, cumpre destacar que, a problemática trazida pela técnica de suspensão automática dos julgamentos não unânimes ultrapassa questões processuais e chega à estrutura do judiciário, pois muitos tribunais não possuem número suficiente de Desembargadores a possibilitar a continuação do julgamento na mesma sessão, o que demanda a convocação de outros magistrados e, conseqüentemente o adiamento da solução da questão.

Segundo levantamento realizado pelo, agora Ministro do STJ, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas<sup>23</sup>, dos trinta e dois tribunais de justiça existentes no país, apenas nove tem estrutura para aplicação da técnica tal como idealizado pelos elaboradores do novo Código de Processo Civil. Ou seja, desses trinta e dois, somente nove possuem câmaras compostas por cinco julgadores.

Com relação àqueles que levantam a possibilidade de um simples aumento do número de julgadores em cada uma das câmaras o Ministro<sup>24</sup> esclarece que:

Dirá algum desavisado: então, basta aumentar todas as turmas ou câmaras para cinco membros.

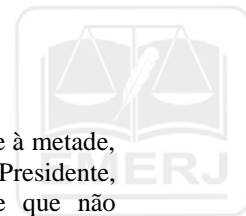
Ora. Isso não resolverá nada. Antes, criará novos problemas, porque aumentando o número de integrantes de cada órgão divisionário mínimo (turma ou câmara), evidentemente diminuirá o número deles, e, por conseguinte, a capacidade de julgamento do Tribunal, o que implicará desaceleração da Justiça, maior tempo para os julgamentos e menor eficácia da jurisdição!

Num tribunal como, por exemplo, o que integro — Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de quinze Desembargadores — que tem quatro turmas de três membros, só

<sup>22</sup> STRECK. op.cit., Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>>. Acesso em: 10 mar 2016.

<sup>23</sup> DANTAS. Marcelo Navarro Ribeiro. *Alteração nos infringentes traz mais danos do que vantagens*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-25/marcelo-dantas-alteracao-infringentes-traz-danos-vantagens>>. Acesso em: 09 mar 2016.

<sup>24</sup> Ibidem.



poderá haver duas de cinco, reduzindo o potencial de julgamento da Corte à metade, porque seria inviável fazer três turmas de cinco, com a participação do Presidente, Vice e Corregedor, que têm múltiplas atividades administrativas de que não conseguiriam se desincumbir, participando das turmas. E, ainda que o pudessem fazer, elas cairiam de quatro para três, reduzindo o potencial de julgamento em um quarto.

Assim, apesar de os embargos infringentes terem sido supridos do ordenamento pátrio, certo é que, a nova técnica trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 em muito se assemelha ao extinto recurso, e que muitas mudanças deverão ser feitas para a sua correta aplicação, de modo a não causar prejuízo as partes. Nesse sentido conclui Lenio Streck e Ricardo Herzel<sup>25</sup>:

Justiça (verdade) e (tentativa de obtenção de) consenso são coisas bem diferentes e a segunda não é nem de perto receita de obtenção da primeira. Assim, ao invés de buscar (ou forçar) a unanimidade (ou o senso comum jurisprudencial), é imprescindível que haja responsabilidade política (democrática) no ato de julgar, por meio de fundamentações bem fundamentadas, o que só será possível a partir da integridade e coerência no Direito.

A verdade é que, o legislador de 2015 no anseio de preservar a divergência nos tribunais e a justiça da decisão acabou se esquecendo das questões ordem prática que envolvem a criação de um novo mecanismo de julgamento, bem como do fato de que uma decisão unânime muitas vezes pode não ser justa.

## CONCLUSÃO

Foi visto que, a criação de um novo código de processo civil decorreu da necessidade de adequação dos mecanismos processuais à nova ordem constitucional. A Constituição de 1988 impõe um código que faça valer os direitos nela consolidados, dentre os quais é possível extrair, ainda que implicitamente, o da justiça da decisão, principal fundamento para a criação da técnica de suspensão automática dos julgamentos não unânimes.

---

<sup>25</sup> STRECK. op.cit., Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>>. Acesso em: 10 mar 2016.



Considerada uma substituta para o extinto embargos de divergência, a nova técnica andou na contramão das alterações legislativas realizadas ao longo dos anos para diminuir as hipóteses de cabimento do recurso. O legislador de 2015 supriu requisitos de aplicação e criou nova hipótese de incidência, o que alargou as situações em que deverá ser utilizada a técnica de suspensão automática.

Diferentemente do mecanismo previsto no Código de Processo Civil de 1973 que possuía natureza jurídica de recurso, o novo instituto é uma técnica de julgamento que deve ser aplicada de ofício sempre que preenchidos os requisitos previstos em Lei. A imperatividade na aplicação da técnica decorre da necessidade de criação de um procedimento mais célere, que dispensa a abertura de prazo para a interposição do recurso, apresentação das contrarrazões e para a realização do juízo de admissibilidade, o que se contrapõe ao aumento das hipóteses de incidência.

Ainda que a intenção do legislador tenha sido a de preservação da justiça da decisão, certo é que problemas de ordem prática e processual impedem a correta aplicação do mecanismo. A ausência de número adequado de magistrados para o prosseguimento do julgamento na mesma sessão, inviabiliza a celeridade do procedimento e ameaça a existência de decisões divergentes entre os membros do tribunal.

Dessa forma, o que se quer chamar atenção é para fato de que, embora dotado de boa intenção, o legislador se esqueceu das implicações trazidas pela inclusão de uma nova técnica no ordenamento e de que decisões unânimes podem não ser sinônimo de justiça da decisão, principalmente se tomadas apenas para evitar o deslinde da controvérsia.

## REFERÊNCIA

ALVIM. J.E. Carreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 7. 3. ed. Paraná: Juruá. 2014.

BECKER. Rodrigo Frantz; NOBREGA. Guilherme Pupe da. *Artigo 942 do novo CPC pode massacrar a divergência nos julgamentos*. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2015-mar-27/artigo-942-cpc-massacrar-divergencia-julgamentos](http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/artigo-942-cpc-massacrar-divergencia-julgamentos)>. Acesso em: 09 fev 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 04 out 2015.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 09 fev 2016.

CÂMARA. Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 2. 23. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2014.

\_\_\_\_\_. Alexandre Freitas. Aula ministrada na Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, em fevereiro de 2016.

DANTAS. Marcelo Navarro Ribeiro. *Alteração nos infringentes traz mais danos do que vantagens*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-25/marcelo-dantas-alteracao-infringentes-traz-danos-vantagens>>. Acesso em: 09 mar 2016.

JARDIM. Leidiane Mara Meira. *Embargos infringentes*. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7851.#\\_edn2](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7851.#_edn2)>. Acesso em 02 de out de 2015.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *O novo Código de Processo Civil: breve contextualização*. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI208493,11049-O+novo+Codigo+de+Processo+Civil+breve+contextualizacao>>. Acesso em: 02 set 2015.

MARINONI. Luiz Guilherme; ARENHART. Sergio Cruz. *Processo de Conhecimento*. v. 2. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

NERY JÚNIOR. Nelson; NERY. Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

STRECK. Lênio Luiz; HERZL. Ricardo Augusto. *O que é isto - Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra...* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>>. Acesso em: 10 mar 2016.



## DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL NAS AÇÕES INDIVIDUAIS NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Karen Calábria Alves

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho.

**Resumo:** O presente estudo pretende trazer reflexões sobre a necessidade e possibilidade de indenização por dano social nas relações de consumo, os legitimados para pleiteá-la, critérios de fixação e destinação dos valores, diante das práticas reiteradas de condutas socialmente reprováveis por parte de grandes empresas.

**Palavras-chave:** Direito Consumidor. Direito Civil. Dano Moral Social. Indenização. Ações Individuais.

Sumário: Introdução. 1. Conceito e Panorama Social. 2. Necessidade e Viabilidade da Indenização por Dano Social 3. Indenização por Dano Social: Reparação, Parâmetros e Destinação. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo discute a possibilidade de indenização por dano social nas ações individuais, notadamente no âmbito das relações de consumo.

Com base no princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, o trabalho busca demonstrar a necessidade de reparação dessa natureza, no intuito de reprimir e punir comportamentos socialmente indesejados, que acarretam queda na qualidade de vida da população, além de um sentimento coletivo de insatisfação e desrespeito.

Nessa esteira, ainda que o tema esteja afeto ao Direito Consumidor e ao Direito Civil, é necessária uma leitura do instituto da responsabilidade sob a ótica do direito privado constitucional.

Para tanto, serão abordadas doutrina e jurisprudência a respeito do tema.



Para o Superior Tribunal de Justiça, o dano social só deve ser estipulado em ações coletivas. Apesar dessa orientação, este trabalho irá analisar a possibilidade de indenização com fundamento no dano social, sobretudo nas ações individuais, cujo principal fundamento é a reiteração de comportamento inadequado de grandes empresas.

No primeiro capítulo, será destacado o conceito de dano social, sua natureza, finalidade e um breve panorama histórico. Modernamente, tendo em vista a ampliação das relações privadas e a horizontalização dos direitos, os conceitos e os princípios constitucionais tornaram-se essenciais para solidificar valores da sociedade. Nesse contexto, o dano social será apresentado como instrumento de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, será analisada a indenização por dano social e sua aplicação nos casos de atos abusivos nas relações de consumo. Quanto à sua viabilidade, será estudado o fundamento jurídico e sua compatibilidade com o ordenamento brasileiro. De modo delimitado, os aspectos do dano social serão tratados no âmbito do direito do consumidor, justificando o balizamento do tema.

Em um terceiro capítulo, será abordada a possibilidade de fixar o dano social nas ações individuais e a destinação dos valores fixados. Uma vez demonstrada a possibilidade do dano social e contextualizado o tema no escopo das relações de consumo, defende-se a admissibilidade da indenização nas ações individuais.

Como metodologia, optou-se pela pesquisa jurisprudencial e bibliográfica de natureza descritiva e qualitativa.

## 1. CONCEITO E PANORAMA SOCIAL

O dano social é tema estudado em Responsabilidade Civil e surge em um contexto de crescente demanda da sociedade por comportamentos e posturas pautadas no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CRFB/88)<sup>1</sup>.

De acordo com a tendência atual do Direito, o sistema jurídico deve ser considerado uno. Significa que a dicotomia entre o público e o privado passa a dar lugar a uma outra visão: a de que os bens jurídicos tidos como relevantes para a sociedade é que devem nortear todo o conjunto de normas.

Do princípio da dignidade da pessoa humana são extraídos os mais importantes direitos fundamentais que são oponíveis *erga omnes*, em consonância com a tendência identificada.

A intervenção do Estado, tal como apontada, é chamada de horizontalização dos direitos nas relações privadas, evidente alteração na concepção jurídica do Direito segmentado (verticalizado). A esfera das relações privadas não pode ser mais interpretada de forma segregada. Isso permite que os valores fundamentais constitucionais, antes somente oponíveis ao Estado, possam agora guiar as relações privadas.

Nesse contexto, foi editado o Código Civil de 2002<sup>2</sup>, que, seguindo a orientação e valores da Carta Maior, buscou dar diretrizes gerais para orientar a aplicação, produção e interpretação de outras fontes legais e jurisprudenciais.

---

<sup>1</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>2</sup>BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2016.





Quanto à Responsabilidade Civil, o Código Civil de 2002<sup>3</sup> tratou o tema de forma mais aprofundada que o Código de 1916<sup>4</sup>. Seguindo a ótica de constitucionalização das relações privadas, solidificou o dano moral, difundindo seu uso e aplicação.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC<sup>5</sup>) melhorou muito o cenário jurídico brasileiro, conceituando e delimitando direitos e deveres nesse aspecto. Com o advento da Lei 9099/95<sup>6</sup>, o acesso ao judiciário ficou mais popular em razão da simplificação operacional e financeira do exercício do direito de ação. Como resultado, o consumidor ficou mais consciente e passou a reclamar mais por seus direitos nas esferas cotidiana, administrativa e jurídica.

Apesar de todo progresso, tal evolução pode ser considerada inexpressiva diante da quantidade de pessoas atingidas por práticas inadequadas das corporações. Todas as referidas inovações legislativas são menos eficientes quando analisamos seu impacto perante grandes empresas. Apesar de haver inúmeras demandas no judiciário, que tem como objeto os procedimentos lesivos praticados reiteradamente por tais empresas, é financeiramente melhor para elas pagar um grande volume de pequenas indenizações, ao invés de rever seus métodos operacionais lesivos ao consumidor.

No âmbito das relações de consumo são recorrentes os episódios de falha na prestação dos serviços, fornecimento de produtos que não satisfazem ao público e falta de informação. Tal realidade cresce de modo inversamente proporcional ao valor da contraprestação, gerando um sentimento coletivo de insatisfação e desrespeito.

A indenização por dano social surge, assim, como um possível instrumento de

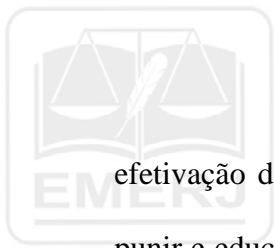
---

<sup>3</sup>BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>4</sup>BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>5</sup>BRASIL. Lei n. 8.078. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 15 mar 2016.

<sup>6</sup>BRASIL. Lei n. 9.099. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 15 mar 2016.



efetivação do ordenamento jurídico e de justiça social. Quando utilizada com finalidade de punir e educar fornecedores de produtos e prestadores de serviço, tal indenização serve como ferramenta de contenção de condutas socialmente reprováveis por parte dos que violam, sistematicamente, a dignidade dos consumidores. A Responsabilidade Civil e a reparação do dano estão previstas na combinação dos artigos 186, 187, 927 e 404, parágrafo único, todos do Código Civil de 2002<sup>7</sup>.

De modo geral, conceitua-se dano como sendo a lesão causada à pessoa em sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial. A lesão pode ser causada à pessoa de forma individual, social, coletiva ou individual homogênea.

No tocante ao dano social, o conceito mais difundido na doutrina e jurisprudência é o de Antônio Junqueira de Azevedo<sup>8</sup>. Para esse autor, o dano social é uma lesão à sociedade, por resultar em degradação do seu nível de vida, em virtude de rebaixamento de seu patrimônio moral e na diminuição na qualidade de vida.

Uma das grandes novidades do Código Civil de 2002 foi o art. 944<sup>9</sup> que determina que a indenização deva ser mensurada pela extensão do dano. Nos dizeres de Antônio Junqueira de Azevedo, essa limitação contida no art. 944 não impede que o juiz fixe o dano social junto com o patrimonial e o moral.

Tal entendimento é corroborado pelo Enunciado 456, da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ<sup>10</sup>, que reconhece a existência dessa espécie de dano. Segue o verbete: "A expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados

<sup>7</sup>BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>8</sup>AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>9</sup>BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

pelos legitimados para propor ações coletivas".

Portanto, o ato lesivo pode causar dano patrimonial ou extrapatrimonial tanto ao indivíduo, quanto à sociedade, gerando o direito de indenização.

É possível dizer que o dano social é instrumento que tem por finalidade concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e as diretrizes do Código Civil de 2002<sup>11</sup>. Ao punir e inibir condutas socialmente inadequadas, a indenização com base no dano social, protege e resgata a dignidade da população lesada.

## **2. NECESSIDADE E VIABILIDADE DA INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL**

Reconhecida a existência do dano social como faceta do dano moral e configurado seus elementos e pressupostos, surge a necessidade de elaborar mecanismos de resposta para punir e coibir o comportamento indesejado. A responsabilidade civil é uma das formas de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana e o da boa-fé no âmbito das relações de consumo.

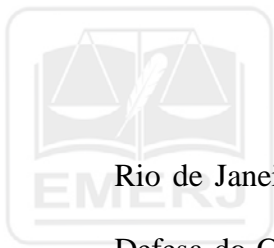
No Brasil, configura-se um cenário claro em que empresas de grande porte, de forma reiterada e em larga escala, violam normas constitucionais como o art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana), o art. 5º, XXXII combinado com o art. 170, V (tutela a defesa do consumidor), todos da CRFB/88<sup>12</sup>. Há uma banalização da má prestação de serviços e fornecimento de produtos. Uma forçosa naturalização do descaso, praticamente uma formação de um cartel de ineficiência.

É possível constatar a realidade brasileira de flagrante descumprimento da Constituição por meio do levantamento estatístico feito pelo Tribunal de Justiça do Estado do

---

<sup>11</sup>BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>12</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2016.



Rio de Janeiro (TJRJ) e pelo Ministério da Justiça, através do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON). No TJRJ, a pesquisa classificou as trinta empresas com mais demandas judiciais, entre 2012 e 2016, tanto nos Juizados Especiais Cíveis quanto nas Varas Cíveis<sup>13</sup>. Os dados permitem orientar e informar os consumidores sobre fornecedores que são litigantes habituais.

Do trabalho feito pelo Ministério da Justiça resultou o Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas. Trata-se de um banco de dados formado por queixas feitas ao PROCON de cada Estado da Federação<sup>14</sup>.

Após a coleta de dados de todo o território nacional, nos anos de 2010 e 2011, foram divulgados estudos detalhados das principais empresas reclamadas e mapeadas as principais queixas por região, seguimento e por problema/assunto. Os números são referentes às reclamações que repercutiram em processos administrativos.

É possível verificar que, do total das reclamações feitas aos PROCONS, uma parte é resolvida de plano, enquanto a outra é convertida em procedimentos administrativos. Dos procedimentos administrativos não resolvidos, um grupo de consumidores não dá seguimento à reclamação e arca com o prejuízo, enquanto apenas uma parte das pessoas leva sua reivindicação ao Poder Judiciário, conforme destacado no Relatório de 2011:

Do total de 153.094 reclamações registradas pelos Procons, 63% das Reclamações Fundamentadas foram atendidas pelos fornecedores e 37% não foram atendidas (...). Chama atenção a proporção de fornecedores que deixaram de atender às reclamações dos consumidores, pois ela revela a incidência da situação em que, mesmo tendo duas ou mais oportunidades de resolver o problema (na tentativa de acordo preliminar e na audiência que, em geral, ocorre no processo administrativo), ainda assim o fornecedor não atende a reclamação do consumidor.<sup>15</sup>

Ao cruzar informações do Ministério da Justiça e do TJRJ, verifica-se que a maioria dos nomes das empresas reclamadas são coincidentes, ou seja, o problema se repete sem que

<sup>13</sup>"Top 30 " Lista das empresas Mais Acionadas no TJRJ. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/noticia.jsp>>. Acesso em 15 março de 2016.

<sup>14</sup>BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas 2010: Relatório Analítico / Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). – Brasília: DPDC, 2011.

<sup>15</sup>Ibid. p. 07.

as empresas alterem suas práticas. Com o passar dos anos, a despeito do esforço do PROCON em solucionar administrativamente os conflitos, o número de processos que chega ao Judiciário (último recurso do consumidor), aumenta ano após ano.

A reflexão permite três conclusões: 1) o consumidor brasileiro está cada vez mais consciente e em busca de seus direitos; 2) as medidas corporativas adotadas por essas empresas são pouco eficientes, até mesmo ineficazes, para melhorar a prestação do serviço e o fornecimento de produtos e 3) pagar a soma dos valores das condenações em demandas judiciais é mais vantajoso economicamente do que investir em mudanças substanciais no *modus operandi* dessas empresas.

Diante desse quadro, o problema merece resposta proporcional à indiferença ao consumidor. Como destacado por Daniel Arthur Quaresma da Costa:

Nas relações de consumo, o aspecto punitivo do dano social é fundamental. Conforme já afirmado, o motivo que movimenta alguns fornecedores à prática do ato abusivo que enseja o dano social é econômico. Enquanto o custo das conseqüências das práticas abusivas for menor que o custo de providências que tenham por objetivo sanar a estrutura que dá origem ao dano social, o problema persistirá.<sup>16</sup>

Na prática, que ocorre é a multiplicação de condenações por danos morais, em caráter individual, com valores irrisórios. A análise dos casos de modo isolado, como se fossem uma exceção, não traduz a verdadeira dimensão do problema e minimiza a prática perniciosa de empresas e empresários no mercado.

Mais uma vez, Daniel Arthur Quaresma da Costa esclarece em sua Dissertação:

Se uma empresa aérea vende mais passagens que vagas disponíveis no mesmo vôo, ela dificilmente o faz esporadicamente e em casos isolados. Da mesma forma, se o sistema de inscrição de nomes de devedores nos serviços de proteção ao crédito mantido pelas empresas não funciona bem e, por isso mantém ou inclui o nome de quem não deve em seus quadros, esse evento não atinge uma ou outra pessoa isoladamente. Na mesma linha, sabe-se que dificilmente apenas uma instituição financeira, num caso isolado incluiria no contrato de adesão de um de seus clientes uma cláusula que permite à ela reter o valor correspondente ao salário do mesmo para fins de pagar um financiamento contratado entre os dois. Ainda que seja um ou outro caso isolado que chegue às portas do poder judiciário, o jurista não pode

---

<sup>16</sup>COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. *Dano Social nas Relações de Consumo*. 2007. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro. 2007, p. 109.



ignorar que a prática, por ser padronizada, tem efeitos muito maiores que os que se apresentam na demanda específica. É preciso desestimular as práticas abusivas<sup>17</sup>.

Para tanto, é necessária uma forma efetiva de repreensão que seja capaz de desestimular tal comportamento. Como a questão econômica é a principal razão da política do descaso, é com o mesmo mote que deve ser combatida.

No contexto de identificação de práticas abusivas, o dano social configura-se, portanto, como a possibilidade de se fixar indenização de forma mais justa e adequada. A má conduta deve representar um efetivo prejuízo, conduzindo à conclusão de que é necessário rever a postura indesejada.

Os dispositivos que reconhecem dano social em nosso ordenamento jurídico estão no Código Civil de 2002, nos artigos 186 (reparação do dano moral puro), conjugado com os artigos 402 a 404<sup>18</sup>.

Nos dizeres de Flávio Tartuce “(...) a idéia de dano social, como categoria jurídica, além de ser aplicada às condutas socialmente reprováveis, pode surgir para indenizar situações até então não indenizáveis”<sup>19</sup>.

O art. 884 do CC/02, que veda o enriquecimento sem causa, juntamente com o art. 944 do CC/02, que afirma que a indenização se mede pela extensão do dano, respaldam o entendimento de que é possível a fixação de indenização por dano social.

Como já mencionado, o Enunciado 456 V da Jornada de Direito Civil do CJF/STJ<sup>20</sup>, reconheceu que o dano social está contido na expressão “dano” do art. 944 do CC/02.

Uma vez reconhecida a existência dessa espécie de dano, seu fato gerador deve ser rechaçado da sociedade, e, quando detectado, punido de modo proporcional. Ora, não faz

---

<sup>17</sup>Ibid. p. 101.

<sup>18</sup>BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>19</sup>SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Reflexões sobre o dano social. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3537](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537)>. Acesso em set 2016.

<sup>20</sup>Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 18 fev 2016.

nenhum sentido o reconhecimento do dano social como categoria de dano moral sem que seja permitido estipular a adequada indenização quando ele for verificado.

No mesmo sentido, leciona Antônio Junqueira de Azevedo:

Portanto, a nossa tese é bem clara: a responsabilidade civil deve impor indenização por danos individuais e por danos sociais. Os danos individuais são os patrimoniais, avaliáveis em dinheiro, - danos emergentes e lucros cessantes -, e os morais, - caracterizados por exclusão e arbitrados como compensação para a dor, para lesões de direito de personalidade e para danos patrimoniais de quantificação precisa impossível. Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral - principalmente a respeito da segurança - quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.<sup>21</sup>

Ou seja, o enriquecimento gerado através de um comportamento indesejado e que atinge a sociedade como um todo dá ensejo à indenização, calculada com base em valores proporcionais ao transtorno social que aquele comportamento acarreta.

Desse modo, a indenização por dano social, notadamente aquele praticado no âmbito do Direito do consumidor, além de não ter impedimento legal, é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nos dizeres de Flávio Tartuce:

Diante dessa triste realidade contemporânea, parece-nos que a idéia de dano social pode servir para um novo dimensionamento à responsabilidade civil do Estado (no caso do Estado Oficial). Ora, se a responsabilidade civil tem um intuito pedagógico – ou punitivo como querem alguns -, deve trazer impacto àquele que não está fazendo a lição de casa<sup>22</sup>.

É possível perceber, portanto, que as penalidades pecuniárias são a forma mais eficaz para reparar os ilícitos que transcendem as relações individuais. No âmbito jurídico, a indenização é ferramenta imprescindível para desestimular práticas abusivas de algumas empresas, coibir o enriquecimento sem causa, gerar justiça social e impedir a perpetuação do desrespeito institucionalizado.

---

<sup>21</sup>AZEVEDO, op. cit., p. 382.

<sup>22</sup>SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Reflexões sobre o dano social. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008. Disponível em: < [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3537](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537)>. Acesso em set 2016.

### 3. INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL: REPARAÇÃO, PARÂMETROS E DESTINAÇÃO

Superada a análise da possibilidade da fixação da indenização por dano social, surge a necessidade de verificar alguns aspectos procedimentais para a reparação.

O dano social deve ser tutelado de forma ampla. Portanto, todo aquele que pretenda resguardar o interesse da coletividade é considerado legitimado para buscar, em juízo, todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, nos termos do art. 83 do CDC<sup>23</sup>.

Nesse sentido, o Ministério Público é legitimado para requerer a indenização por dano social em demandas que tutelam direitos difusos, coletivos ou transindividuais, como desdobramento lógico da ação e da própria natureza da função ministerial de defender os interesses sociais (art. 127 da CRFB/1988<sup>24</sup>).

Para o Superior Tribunal de Justiça (Reclamação 12.062 – GO<sup>25</sup>), essa espécie de dano somente poderia ser pleiteada nas ações coletivas por seus legitimados legais.

RECLAMAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS. RESOLUÇÃO STJ N. 12/2009. QUALIDADE DE REPRESENTATIVA DE CONTROVÉRSIA, POR ANALOGIA. RITO DO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO. DANOS SOCIAIS. AUSÊNCIA DE PEDIDO. CONDENAÇÃO EX OFFICIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CONDENAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO ALHEIO À LIDE. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA DEMANDA (CPC ARTS. 128 E 460). PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. NULIDADE. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. 1. Na presente reclamação a decisão impugnada condena, de ofício, em ação individual, a parte reclamante ao pagamento de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide e, nesse aspecto, extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda, na medida em que confere provimento jurisdicional diverso daqueles delineados pela autora da ação na exordial, bem como atinge e beneficia terceiro alheio à relação jurídica processual levada a juízo, configurando hipótese de julgamento extra petita, com violação aos arts. 128 e 460 do CPC. 2. A eg. Segunda Seção, em questão de ordem, deliberou por atribuir à presente reclamação a qualidade de representativa de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, por analogia. 3. Para fins de aplicação do art. 543-C do CPC, adota-se a seguinte tese: "É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais

<sup>23</sup>BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 15 mar 2016.





em favor de terceiro estranho à lide". 4. No caso concreto, reclamação julgada procedente. (Rcl 12.062/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014).

No entanto, há outro posicionamento que se coloca pela possibilidade de o indivíduo pleitear o dano social em processo que tutela direito entre as partes, o que parece mais adequado.

O fundamento legal para a reparação do dano social nas demandas individuais consumeristas tem base no art. 81, do CDC<sup>26</sup>. O dispositivo permite que a defesa dos interesses possa ser exercida em juízo, de modo individual. No Código Civil de 2002, a autorização está no espírito do art. 404, parágrafo único<sup>27</sup>.

Para o STJ, a hipótese de indenização por dano social nas demandas individuais seria de decisão *extra petita* por conter provimento diverso do que foi requerido pelo autor e por beneficiar terceiro estranho ao processo.

Uma crítica ao entendimento do STJ é que esse Tribunal não pondera um dado relevante da realidade nacional: a ausência da cultura do ajuizamento de ações coletivas. Ao ignorar esse elemento, essa Corte minimiza a efetividade do instituto do dano social.

Melhor a doutrina<sup>28</sup> que defende ser possível nas ações individuais e/ou ao juiz (de ofício) reconhecer o dano social e fixar a indenização. Quanto ao magistrado, a possibilidade está respaldada pelo art. 84 do CDC<sup>29</sup> que permite ao magistrado tomar as providências necessárias para assegurar o resultado prático, independentemente de pedido do autor, tais como a imposição de multa diária ao réu, determinação de busca e apreensão, dentre outras

<sup>24</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>25</sup>Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=12062&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>26</sup>BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 15 mar 2016.

<sup>27</sup>BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>28</sup>AZEVEDO, op.cit., p. 377.

<sup>29</sup>BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 15 mar. 2016.



No tocante aos parâmetros para o cálculo do valor do dano, o fundamento legal está no art. 944 do CC/02<sup>30</sup>, que diz que a indenização se mede pela extensão do dano. Quanto ao dano social, é preciso ponderar que as condutas lesivas e reiteradas por parte das grandes empresas extrapolam as relações individuais, merecendo uma resposta da mesma amplitude.

Para Mauro Cappeletti<sup>31</sup>, é necessária uma reparação como a do *fluid recovery* (ressarcimento fluído), para que o ilícito seja reprimido integralmente, não se restringindo, pois, apenas ao aspecto dos interesses individuais. Ou seja, o juiz condena o réu de forma que a coletividade seja reparada, mesmo que não seja possível verificar, na prática, quantas pessoas foram lesadas.

Ainda que seja uma demanda individual, o dano não deve ser mensurado de modo isolado. As pesquisas e dados estáticos já mencionados (TJRJ e PROCON) são ferramentas eficientes e isentas para verificar as dimensões do dano, já que trazem informações de órgãos públicos e foram feitas com base em dados oficiais.

Sobre a destinação da indenização, a maneira mais eficaz de atingir o espírito do dano social é a destinar os valores para órgão ou instituição que albergue o interesse tutelado na demanda. Seria a maneira correta de concretizar a finalidade do instituto, sem gerar enriquecimento sem causa, por se tratar de demanda individual.

O art. 883, parágrafo único do Código Civil de 2002<sup>32</sup>, permite que a indenização seja destinada às pessoas que não sejam parte no processo. No caso, esse terceiro poderia ser o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo art. 13 da Lei 7.347/85<sup>33</sup>, e aplicável

---

<sup>30</sup>BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>31</sup>CAPPELETTI apud MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Dano Social e sua Reparação*. Disponível em: [http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/o\\_dano\\_social\\_e\\_sua\\_repara%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/o_dano_social_e_sua_repara%C3%A7%C3%A3o.pdf). Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>32</sup>BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>33</sup>BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L)



também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC<sup>34</sup>.

A decisão proferida no processo nº 71001251412, a 3ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, em 2007, considerada emblemática, corrobora o entendimento:

TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. O Direito deve ser mais esperto do que o torto, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa-fé. (Recurso Cível Nº 71001251412, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/03/2007 - Data de Julgamento: 27/03/2007 - Publicação: Diário da Justiça do dia 12/04/2007).

De modo diverso, Antônio Junqueira entende que a indenização deva ser dada para o autor do processo e somente destinada a um fundo, como ressarcimento à sociedade, quando a ação for proposta pelo Ministério Público. Nesse caso, tanto na tutela individual quanto na coletiva, a indenização deve ser destinada à algum fundo (como já ocorre nos casos de danos ambientais), ou, até mesmo para ONGS e/ou entidades sem fins lucrativos que tenham como objeto a proteção de interesses dos direitos do consumidor.

7347orig.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>34</sup> BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 15 mar. 2016.



## CONCLUSÃO

O dano social é instituto que visa à defesa dos interesses da coletividade perante o exercício indevido da livre iniciativa. Os princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico devem balizar as práticas capitalistas, de modo a conduzir ao exercício responsável do livre mercado.

O fornecedor ou prestador de serviços que não observa regras mínimas de boas práticas de mercado e se vale da fragilidade do consumidor descumpre a função social da empresa. As condutas que desrespeitam os preceitos constitucionais devem ser rechaçadas e punidas de modo efetivo.

A indenização por dano social é o instrumento adequado de coibição às práticas abusivas por meio das quais se consolida e perpetua uma mentalidade equivocada de desrespeito às normas consumeristas com vistas ao proveito econômico.

A punição do comportamento inadequado, a retribuição pela lesão e o caráter educativo/preventivo da indenização são medidas necessárias para impedir o ato abusivo e o enriquecimento sem causa, bem como a tutela dos direitos da coletividade no plano constitucional e infraconstitucional sejam respeitados.

O interesse da coletividade pode e deve ser tutelado por todos. Assim, o Ministério Público, as entidades de proteção ao direito do consumidor e o indivíduo configuram-se como partes legítimas para pleitear o dano social. Também é possível ao magistrado fixar a indenização de ofício, com fundamento no art. 84 do CDC.

O fato de o comportamento indesejado extrapolar as relações individuais, não sendo possível verificar, na prática, quantas pessoas foram lesadas, não significa que não seja possível estabelecer um valor proporcional ao dano. Como a indenização deve observar a extensão do dano, é viável que tal aferição se realize com base na quantidade de demandas

que determinada empresa sofre, sopesando o número de condenações. Eis um dado objetivo, capaz de direcionar e embasar o “*quantum*” indenizatório.

Para que a indenização por dano social atenda de modo efetivo sua finalidade, o montante deve ser direcionado a órgão, instituição ou fundo destinados à tutela do interesse da coletividade demandante, os consumidores. Destinar os valores do dano social a projetos que militam para aprimorar as relações de consumo é solução que, ao mesmo tempo, é eficaz para inibir o comportamento danoso e não estimula o enriquecimento sem causa. Essa medida seria a forma correta para dar efetividade ao instituto, impedindo o enriquecimento sem causa de um particular, ainda que se trate de ação individual.

Cumprido salientar, por fim, que adotar o entendimento do STJ (Reclamação 12.062 – GO), que somente reconhece a possibilidade de indenizar o dano social em ações coletivas, pode acarretar a ineficácia do instituto, pois, a sociedade brasileira ainda não vive a cultura das demandas coletivas de modo pleno.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 15 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 15 mar. 2016.



Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm). Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas 2010: Relatório Analítico / Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). – Brasília: DPDC, 2011.

BRASIL. Enunciado 456 do CJF/STJ. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 18 fev 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 12.062/GO. Relator Ministro Raul Araújo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=12062&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 15 mar. 2016.


BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Terceira Turma Recursal. Processo: 71001251412. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71001251412&num\\_processo=71001251412&codEmenta=1821012&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71001251412&num_processo=71001251412&codEmenta=1821012&temIntTeor=true)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

CAPPELETTI apud MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Dano Social e sua Reparação*. Disponível em: [http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/o\\_dano\\_social\\_e\\_sua\\_repara%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/o_dano_social_e_sua_repara%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. *Dano Social nas Relações de Consumo*. 2007. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro. 2007.

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. *Reflexões sobre o dano social*. Disponível em: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3537](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537)>. Acesso em set 2015.

Top 30" Lista das empresas Mais Acionadas no TJRJ. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/noticia.jsp>>. Acesso em 15 março de 2016.

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