



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

Volume 7 - nº 2 - Tomo I (A/K) - jul.-dez. 2015



Elaborado no 2º Semestre 2015

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

Volume 7 - nº 2 - Tomo I (A/K) - jul.-dez. 2015



Elaborado no 2º Semestre 2015



© 2016 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

Semestral

ISSN 2179-8575

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

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

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

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

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br

EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ

2º Semestre de 2015

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)

José Renato Teixeira Videira

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/DIBIB - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Néli Luiza Cavalieri Fetzner
- Nelson Carlos Tavares Junior.



Alessandra Gorito Rezende

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: VELHOS E NOVOS PARADIGMAS..... 13

Ana Carolina Ferreira Figueiredo

A (IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL ... 32

André Galvão Pereira

RESERVAS DE ADMINISTRAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DE LEIS POR DECRETOS 51

Anne Caroline Delgado Miana

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS ELETRÔNICOS ANTE A LITERALIDADE DO ART. 150, VI, “D” DA CRFB/88..... 64

Barbara Silva de Albuquerque

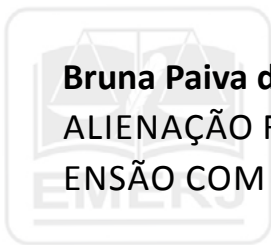
EFETIVIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DIANTE DA NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE TENDO EM VISTA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES..... 82

Bianca Kölling Turano

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: A INTEGRAÇÃO DOS DETENTOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... 99

Bianca Magalhães e Silva

O INTERROGATÓRIO JUDICIAL DO RÉU: A DICOTOMIA ENTRE O PROCEDIMENTO COMUM E O DA LEI 11.343/2006 À LUZ DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA EM OPOSIÇÃO AO DA ESPECIALIDADE..... 115



Bruna Paiva de Oliveira

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS EM GARANTIA QUANTO À BUSCA E APREENSÃO COM O ADVENTO DA LEI N. 13.043/2014..... 131

Carolina da Costa Diegues

A REPERCUSSÃO PENAL DA DIVULGAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE CONTEÚDO OFENSIVO ATRAVÉS DA INTERNET 150

Carolina Menezes Ferreira

TUTELA DE EVIDÊNCIA COMO MEIO DE GARANTIR CELERIDADE E EFETIVIDADE JURISDICIONAL 169

Catherine Martins de Souza Franco

O DANO MORAL PELA PERDA DO TEMPO ÚTIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO ... 183

Cesar Augusto Pereira de Castro Junior

O INQUÉRITO POLICIAL E A ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A INVESTIGAÇÃO PENAL 199

Cristiane Reis Fonseca

A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANÁLISE DE POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES NOS TRIBUNAIS ATRAVÉS DA AMPLIAÇÃO DO USO DO INSTITUTO 214

Daniel Rapozo Jannotti

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO MUNICÍPIO PUTATIVO NOS CASOS DOS MUNICÍPIOS CRIADOS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 15/1996 E A INCONSTITUCIONALIDADE DA SOLUÇÃO CONFERIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 57/2008 228

Danielle Morais Bourguignon Sparta

O DIREITO À MORADIA, A OCUPAÇÃO URBANA E A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COM DESAFIO PARA O PODER JUDICIÁRIO 251

Danielle Vaz Bitton

SEGURANÇA JURÍDICA E IMPREVISIBILIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS: UM DESAFIO AOS MAGISTRADOS..... 270

David de Vasconcelos Silva

NOVO PARADIGMA NA JUSTA INDENIZAÇÃO EM DESAPROPRIAÇÃO 285



Débora do Carmo Moreira

O RATEIO ENTRE LOJISTAS DAS DESPESAS COM AÇÕES TRABALHISTAS NOS CONTRA-
TOS DE SHOPPING CENTER..... 302

Debora Faria Louback

ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO RURAL NAS REGIÕES NORTE, NORDESTE E
CENTRO OESTE DO BRASIL 321

Débora Rodrigues Azevedo

A TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS: ASPECTOS PROCESSUAIS 339

Débora Vieira Macedo

ACESSIBILIDADE E A BUSCA PELA INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....354

Erika Cristina de Albuquerque Magioli

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DAS CONDUTAS DECORRENTES
DE FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS..... 370

Evandro Rosa Coelho de Souza

A ISENÇÃO PREVISTA NO DECRETO-LEI 1.804/80 E A ILEGALIDADE DA PORTARIA MF
Nº 156/99..... 386

Fabiola Laércio de Andrade

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DANO MORAL PUNITIVO NAS RELAÇÕES DE CON-
SUMO..... 404

Fernanda Vieira Alteirado

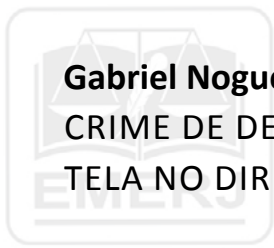
A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL: UMA
CRÍTICA À SÚMULA 231 DO STJ 421

Francisco Emílio de Carvalho Posada

TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO: CARACTERIZAÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO DO TER-
CEIRO CÚMPLICE 440

Frederico Oliveira Franco

CONCESSÃO DO AEROPORTO DO GALEÃO: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIA-
RIEDADE E O NOVO MARCO REGULATÓRIO AEROPORTUÁRIO BRASILEIRO 455



Gabriel Nogueira Cammarota

CRIME DE DESCAMINHO E OS LIMITES PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO 470

Gerson dos Santos

CONSENTIMENTO INFORMADO COMO MEIO DE PROVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA 488

Guilherme Eduardo Martins Kellner - MANDADO DE INJUNÇÃO: AS DIFICULDADES DECORRENTES DA ADOÇÃO DA POSIÇÃO CONCRETISTA EM FACE DA SEPARAÇÃO DOS PODERES..... 503

Helena Menezes Ricardo Coelho

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE A IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA..... 520

Ingrid Alencar de Castro Dias Vieira

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO 535

Ingrid Jesus Peleteiro Fentanes

ANÁLISE SOBRE A UTILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA SANCIONATÓRIA 553

Isabela Brasil de Andrade Lagoeiro Jorge

OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL 569

Isabel Cristina de Araujo Amorim

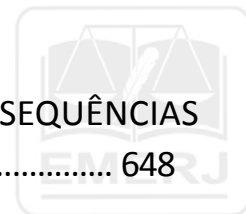
ESPECIFICIDADES E DIVERGÊNCIAS ORIUNDAS DA LEI N. 12.850/13..... 586

Isabelle Conti de Almeida

O INQUÉRITO POLICIAL E O SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI 609

Izabel de Araújo Penna Duarte

OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS. UMA ANÁLISE ACERCA DA OBRIGATORIEDADE, OU NÃO, DE SUA DILUIÇÃO ENTRE AVÓS PATERNOS E MATERNOS 631



Joana Barros Neto Barbosa de Barros

A AMPLITUDE DO CONCEITO DA EXPRESSÃO “ATO LIBIDINOSO” E SUAS CONSEQUÊNCIAS QUANTO À DELIMITAÇÃO DA INFRAÇÃO PRATICADA E A RESPECTIVA PENA..... 648

João Paulo Nagime Barros Lobo

DIREITO PÚBLICO À SAÚDE 665

Jonathan Hugo Cortinas Marin

PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO À LUZ DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO..... 686

Jorge Ricardo de Souza Ferreira Martins

A POLÊMICA DA CRIMINALIZAÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL 701

Juliana Motta de Barros

LEI N. 12.737: A NOVA TIPIFICAÇÃO CRIMINAL DE DELITOS INFORMÁTICOS 718

Karen Regina Silva de Oliveira

A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS: OBJEÇÕES E DESAFIOS..... 739

Karina Correa Bargiona

APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, PREVISTA NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, COMO MEIO PARA EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 754





O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: VELHOS E NOVOS PARADIGMAS

Alessandra Gorito Rezende

Graduada em Direito pela IBMEC. Advogada.

Resumo: O princípio *nemo tenetur detegere* está relacionado ao modelo acusatório, tanto no procedimento administrativo como no judicial, no qual já não se considera o acusado como objeto de prova. O princípio em questão integra as assim chamadas liberdades negativas: por meio dele se assegura esfera de liberdade ao indivíduo, que não deve sofrer vulnerações por parte do Estado. Dessa forma, o Estado não pode compelir o acusado a cooperar na produção das provas; a recusa do acusado não configura crime de desobediência; e não se permite extrair da sua recusa a veracidade da imputação, nem presunção de culpabilidade. Esse é o cenário que inspirou a elaboração deste artigo, um tema jurídico que estará sempre em voga, devido à precariedade da aplicação do direito processual penal e direito penal no Brasil. O artigo tem por escopo abordar a origem histórica do princípio no direito comparado e no direito brasileiro, analisando ainda as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação no direito processual penal. O trabalho também analisa como a jurisprudência tem se manifestado acerca do tema, beneficiando-se, brevemente, do direito comparado.

Palavras-chave: Princípio *Nemo Tenetur Detegere*. Direito Constitucional. Direito Processo Penal. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da não autoincriminação. Direito Comparado. Casos Concretos.

Sumário: Introdução. 1. Origem do Princípio da não autoincriminação no direito comparado e sua origem no direito brasileiro. 2. O princípio da não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Análise do caso concreto da obrigatoriedade do teste do bafômetro sob o viés do princípio da não autoincriminação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema explorado no presente estudo consubstancia-se na análise do princípio da não autoincriminação em seus aspectos históricos, legislativos e nos desafios na aplicação do referido princípio no campo do direito processual penal brasileiro, tanto na esfera administrativa como na esfera judicial.

Nesta seara, o princípio da não autoincriminação não é uma novidade no mundo jurídico, porém sua aplicação é recente no direito brasileiro. O exercício do direito contra a autoincriminação deve ser oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, e não legítima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a *persecutio criminis*, pois o



princípio de não produzir prova contra si, *nemo tenetur se detegere*, é garantia e um direito fundamental para aquele que está sendo acusado.

O direito de não autoincriminação possui variadas dimensões, manifestando-se através do direito ao contraditório e à ampla defesa, pelo direito de permanecer calado e, sobretudo, pelo primado da presunção de inocência. Nesse sentido, uma vez que o acusado no interrogatório tem a seu favor o direito de permanecer calado sem que isto lhe acarrete qualquer prejuízo, tal conduta não pode ser considerada como confissão.

Essa perspectiva sobre a delimitação do princípio da não autoincriminação é apresentada no artigo 5º, inciso, LXVIII, da Constituição Federal, no tocante às garantias fundamentais, e está previsto também no Pacto de São José de Costa Rica, que foi incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto- Lei 678/92 e, mesmo que não fosse ratificado, seria considerado norma supra legal, pois os direitos nele previstos dispõem sobre direitos humanos. Na legislação ordinária, têm previsão no artigo 186 no Código de Processo Penal, que foi modificado pela Lei 10.792 de 1/12/2003, a qual positivou a dita garantia.

Nesse sentido, este trabalho tem por objetivo principal abordar o princípio da não autoincriminação em todos os seus aspectos e no tocante à forma como é aplicado no cenário da sociedade brasileira. Em outras palavras, busca-se discutir como dirimir os conflitos entre direitos fundamentais, cada vez mais comuns na atualidade e, mais importante, busca-se debater um dos maiores desafios enfrentados pelos aplicadores do direito, qual seja, como conseguir efetivá-los.

Como exposto, uma das questões mais tormentosas dessa temática diz respeito à possibilidade, na prática, da aplicação do princípio da não autoincriminação sem mácula alguma para o acusado. Para alcançá-la, deverá o aplicador do direito - seja juiz, promotor, advogado, delegado - rever seus conceitos, retirar os preconceitos e se voltar para a realidade processual penal brasileira.



A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, e histórica, visando sopesar a viabilidade da proposta em questão.

1. Origem do Princípio da não auto- incriminação no direito comparado e sua origem no direito brasileiro.

Para compreender a evolução histórica do princípio do presente trabalho, se faz necessário conhecer o significado de sua denominação *nemo tenetur se detegere*, que se traduz: ninguém é obrigado a se descobrir. A nomenclatura do princípio pode sofrer diferentes denominações latinas, como por exemplo: *nemo tenetur edere contra se*¹, *nemo tenetur se accusare*², *nemo tenetur se ipsum prodere*³, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*⁴ e *nemo testis contra se ipsum*⁵. E atualmente, no direito anglo- americano, o princípio é expresso pelo *privilege against self- incrimination*.

Pode-se perceber que o referido princípio recebeu diferentes denominações ao longo dos anos, assim como diferentes interpretações, as quais variaram, ao longo do tempo, de acordo com o local (país) em que aplicado.

Para que se possa entender sua finalidade, deve buscar suas origens, bem como as razões de enquadrá-lo nos ordenamentos jurídicos como uma garantia para o acusado.

A autora Maria Elizabeth Queijo⁶ faz uma análise cronológica acerca do princípio do *nemo tenetur se detegere*, a qual examina os vestígios de quando esse surgiu, uma vez que não existe uma concordância sobre quando o princípio surgiu. Assim, a autora remete à época

¹ Limitação de sua aplicação à produção de documentos e outros elementos de relevância probatória para o processo.

² Ninguém é obrigado a se acusar.

³ Nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesma em público.

⁴ Ninguém é obrigada a revelar sua própria vergonha.

⁵ Ninguém é obrigada a produzir prova contra si mesmo.

⁶ QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28-50.



da Antiguidade, na qual traz algumas leis da época como o Código de Hamurabi, que não previa a oitiva formal do acusado, somente em casos excepcionais em que aquele poderia ser ouvido sob juramento, nos casos em que não houvesse outras provas que corroborassem o fundamento da acusação.

Nas leis de Manu⁷, ao contrário, não admitiam que o acusado se calasse ou mentisse, caso fizesse era tido como culpado. No Egito, o acusado tinha direito ao interrogatório, mas eram utilizados métodos de tortura, como uso de rodas e golpes de bastão. E no direito hebreu, admitia-se o interrogatório do acusado sem juramento como regra, e caso o mesmo quisesse provar sua inocência poderia optar por realizar seu interrogatório, sob o juramento.

Nas Civilizações Clássicas⁸, como na Grécia e no direito romano, o entendimento era pela negação da aplicação do princípio, pois no interrogatório aplicava-se tortura, para obtenção da confissão e da delação dos cúmplices.

No processo inquisitório da Idade Média, não havia lugar para o direito ao silêncio do acusado em seu interrogatório. Para o alcance da culpabilidade do acusado, justificava-se o emprego da tortura, como meio de obtenção da confissão daquele. Esta época foi marcada por diversas atrocidades cometidas contra um número incontável de pessoas inocentes que, em razão da prática de tortura empregada, foram obrigadas a confessar crimes dos quais sequer participaram. Dessa forma, para os bárbaros, invasores do Império Romano, não havia lugar para o princípio do *nemo tenetur se detegere*, e então considerava-se, assim como os medievais, que o interrogatório era um objeto de prova e não meio de defesa do acusado.

Somente com advento da Idade Moderna e, após, Contemporânea, com o ápice do Iluminismo, que o princípio *nemo tenetur se detegere* começou a ser aplicado juntamente com o interrogatório do acusado, transmudando-se a imagem do acusado de um mero e exclusivo objeto de prova, para um ser digno de defesa, vez que, então, o homem passou a ser visto

⁷ QUEIJO, op. cit. p. 59

⁸ QUEIJO, ibid., p. 60



como o centro do universo e não como objeto dele. Deste período datam as embrionárias reflexões sobre determinadas garantias e direitos dos homens frente ao poder do Estado, que, mais tarde, iriam recrudescer. Portanto, no Iluminismo, esse princípio ganhou força, pois a nova mentalidade combatia o uso da tortura e o protegia o juramento feito pelo acusado no interrogatório.

Apesar dos rumores de que a construção teórica e aplicação do princípio da não auto incriminação aconteceu na época do Iluminismo, não havia um consenso sobre como o referido princípio deveria ser aplicado e quais direitos ele alcançaria. Beccaria⁹, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, era contraditório, pois ao mesmo tempo em que defendia a aplicação do princípio, restringia seu alcance, pautando-se na crença de que, caso o acusado recusasse a se pronunciar em seu interrogatório, deveria ser apenado de forma grave por constituir ofensa à justiça.

Em outras legislações¹⁰, como na Rússia e na França, em meados dos anos de 1700 a 1840, o direito ao silêncio era admitido ao acusado durante o seu interrogatório, mas esse direito não era respeitado de forma integral, pois, caso o acusado permanecesse em silêncio, isso poderia ser considerado em seu desfavor no momento de aplicação de sua pena ou de sua condenação, o que tornava inócua tal garantia.

Na Inglaterra, o princípio *nemo tenetur se detegere*, foi reconhecido bem antes do que nos países continentais europeu, assim como na América Latina. O próprio direito brasileiro, recentemente, não faz nem 40 anos, introduziu o princípio do direito à não auto- incriminação, no ordenamento jurídico, que está previsto na Constituição Federal desde 1988 e em 2003 foi inserido no Código de Processo Penal, em seu artigo 186. Na Inglaterra, nas cortes eclesiásticas, no final da Idade Média e na Renascença, foi onde o princípio do *nemo tenetur prodere se ipsum no ius commune*, teve sua origem e a regra que vedava compelir alguém à

⁹ Maria Elizabeth Queijo apud BECCARIA, Cesare, *Dei Delliti e dele pene*, cit., p. 87.

¹⁰ QUEIJO, op. cit. p. 61



autoincriminação foi expressa no mais popular manual processual medieval *do ius commune*, o *Speculum iudiciale*, compilado por William Durantis, em 1296, que previa o princípio *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, que significava que ninguém pode ser compelido a ser testemunha contra si mesmo, porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha.

Nessa época, o princípio não era tido como uma garantia fundamental, mas como uma forma de proteção contra as intromissões do Poder Público, assim, no âmbito externo, homens e mulheres tinham o direito a invocar o princípio do *nemo tenetur se detegere* e no âmbito interno, que trata da relação diretamente com Deus, somente com Ele e com mais ninguém, os homens deveriam contar suas faltas.

Entretanto, o princípio somente tinha aplicação quando a prática do crime era desconhecida, logo, caso o crime fosse de conhecimento público, não vigorava o princípio. Além de outras exceções, que não admitiam a aplicação do princípio, como no caso dos crimes de heresia, que tinha como fundamento para a sua não aplicação a gravidade do crime.

Cabe ressaltar, que apesar do direito canônico ser um dos primeiros a apresentar aspectos do princípio do *nemo tenetur se detegere*, sua aplicação era limitada. E foi no século XVI, na Inglaterra, que a invocação do princípio nos julgamentos se tornou mais frequente.

O autor Helmholz¹¹ aponta que nas cortes de *common law*, na Inglaterra, com o resultado dos advogados de defesa, começou a surgir o princípio do *privilege against self-incrimination*, mas durante o século XVI, o direito fundamental dos acusados não era de silenciar, mas de ter a oportunidade de falar no processo criminal. Inclusive, porque durante a referida época não era permitida a constituição de advogado, as pessoas realizavam sua própria defesa. A vedação de constituir advogado foi cedendo entre os anos de 1696 até 1837, que contribuiu para que o acusado pudesse silenciar, mas foi decisiva a adoção da defesa

¹¹ Maria Elizabeth Queijo apud HELMHOLZ, R, H et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Universidade de Chicago, 1977. p. 1.



técnica, que se iniciou a partir dos anos de 1730, que trazia para o processo elaboração de teses defensivas e testemunhas para depor acerca dos fatos.

É importante mencionar, que o *privilege against self-incrimination* se desenvolveu mais rapidamente nos Estados Unidos, nos anos de 1770, tornando-se um direito constitucional, enquanto na Inglaterra se desenvolveu no século XVIII, quando começou a utilizar a defesa técnica.

Nos Estados Unidos¹², o *privilege against self-incrimination* não foi reconhecido, inicialmente, como um direito autônomo, mas como partes de garantias, mesmo que o direito de ser representado por advogado ainda não tivesse sido consolidado naquele momento, o referido princípio já era utilizado nas autos-defesas.

O *privilege against self-incrimination*¹³, na Inglaterra, no século XIX, tornou-se efetivo, garantindo o direito ao silêncio aos acusados e testemunhas e se desenvolveu com a aplicação de outras regras semelhantes como *witness privilege* e a *confession rule*, além da *disqualification for interest*. Diante da aplicação dessas outras garantias, o *privilege against self-incrimination* começou a ser desenvolver de forma integral, e passou a ser aplicado e usado em sua máxima, respeitando o direito do silêncio do acusado.

O desenvolvimento desse princípio de forma integral nos Estados Unidos começou a ser aplicado pela Suprema Corte, na Pensilvânia, nos anos de 1881, no *leading case* *Horrstaman v. Kaufaman*, em que restou demonstrada a utilização de outras garantias como *witness privilege* e a *confession rule*.

Mais tarde, no século XX, em outro *leading case* famoso sobre o assunto, *Miranda v. Arizona*, a Suprema Corte Americana sublinhou os limites do Estado frente a seus cidadãos, enfatizando que o Estado tem que produzir as provas de forma independente, sem contar com

¹² Maria Elizabeth Queijo apud HELMHOLZ, R, H et al., op.cit. p. 62

¹³ Ibid., p. 68.



a colaboração do réu. Ressalta-se que o princípio *privelege against self-incrimination*, até os dias atuais, vem sofrendo modificações em sua utilização pela Suprema Corte, não sendo aplicado de forma uniforme para todos os casos.

Em 1948, nos anos iniciais após o fim da 2ª Guerra Mundial, foi elaborada e assinada pela Comunidade Internacional a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que tem como objetivo principal prevenir e combater quaisquer das situações que ocorreram durante a guerra, para que as atrocidades cometidas não viessem mais a ocorrer. Portanto, a partir da promulgação dessa Declaração, o ser humano passou a ser considerado sujeito de direitos, implicando numa série de direitos e garantias, dentre os quais o princípio da presunção de inocência e não utilização de tortura, mas não foi mencionado o princípio *nemo tenetur se detegere*.

No Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, o princípio do *nemo tenetur se detegere* foi incluído no artigo 8º, parágrafo 2º, alínea "g", que diz que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se declarar culpado. O Brasil por ter feito parte desta conferência e ter se comprometido a cumprir os direitos nela previstos, ratificou o tratado, o qual foi incorporado no direito brasileiro pelo Decreto-lei 678/92. Em 1976, entrou em vigor o Pacto internacional sobre Direito Civil e Políticos, que foi abrangido pela Assembleia Geral das Nações Unidas, estabelecendo que todo aquele que for acusado de prática de um crime não é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se confessar culpado, com base no artigo 14, parágrafo 3º, alínea "g", do referido diploma.

2. O princípio da não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do *nemo tenetur se detegere* possui status constitucional, no qual está inserido no artigo 5º, inciso, LXVIII, da Constituição



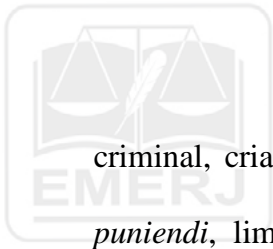
Federal, no tocante às garantias fundamentais. Como foi mencionado, o Pacto de São José de Costa Rica foi incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto- Lei 678/92 e, mesmo que não fosse ratificado, seria considerado norma supra legal, pois os direitos nele previstos dispõem sobre direitos humanos. Na legislação ordinária, têm previsão no artigo 186 no Código de Processo Penal, que foi modificado pela Lei 10.792 de 1/12/2003, inserindo assim tal garantia.

Os direitos fundamentais ostentam no Direito Contemporâneo uma natureza principiológica. Consequentemente, esses direitos não são absolutos, e encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados na CRFB/88.

De acordo com o autor Pedro Lenza¹⁴, os direitos fundamentais são classificados em gerações de direitos, nas quais são divididas em quatro gerações. Os direitos fundamentais de primeira geração dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade e proteger o indivíduo das arbitrariedades do Estado. Os direitos fundamentais de segunda geração privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade, marcados após a Primeira Guerra Mundial. Os direitos fundamentais de terceira geração surgem por meio dos novos problemas e preocupações mundiais, tais como a noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para a proteção dos consumidores, positivando com status constitucional os direitos da solidariedade. E por fim, os direitos fundamentais, da quarta geração, que tutelam os direitos da própria existência humana para que haja equilíbrio dos avanços no campo da engenharia genética.

Portanto, o princípio *nemo tenetur detegere* é um direito constitucional fundamental subjetivo que tem como finalidade proteger aqueles que estejam respondendo a uma confissão manipulada, arbitrária, provocada por um determinado processo ou inquérito na esfera

¹⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 225.



criminal, criando um dever-limite ao direito subjetivo de punir do Estado denominado *ius puniendi*, limitando sua atuação e criando o ônus deste provar todas as alegações que estejam sendo feitas ao acusado. Dessa forma, o princípio da igualdade é respeitado tanto no seu âmbito formal quanto no seu âmbito substancial, o qual junto com o princípio da não autoincriminação são princípios que estão inseridos dentro do princípio da ampla defesa.

Nesse sentido, o ilustre Ministro do STF Celso de Mello¹⁵, alude ao princípio *nemo tenetur se detegere*, que “trata-se de “direito público subjetivo revestido de expressiva significação político-jurídica que impõe limites bem definidos à própria atividade persecutória exercida pelo Estado. Essa prerrogativa jurídica, na realidade, institui um círculo de imunidade que confere, tanto ao indiciado quanto ao próprio acusado, proteção efetiva contra a ação eventualmente arbitrária do poder estatal e de seus agentes oficiais”.

A Constituição da República Federativa Brasileira, em seu título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, em seu capítulo I, o qual versa sobre direitos e deveres individuais e coletivos, faz constar como direitos e garantias fundamentais a todos os indivíduos inclusive os estrangeiros não residentes no Brasil, os seguintes direitos e garantias: 1º “da cláusula da ampla defesa (CF, art. 5º, LV)”;

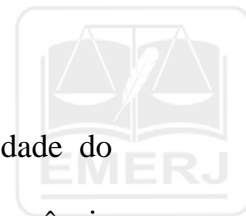
2º “do direito de permanecer calado (CF, art. 5º, LXIII)”;

3º “da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII)” e 4º “do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV)” que tem como base central a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 3º, III, da CF, uma vez que quando essas garantias são devidamente aplicadas e respeitadas, preservado está o núcleo da dignidade humana.

O doutrinador Luiz Flávio Gomes¹⁶, analisa o princípio *nemo tenetur degetre* em seus diversos aspectos, dentre os quais afirma que o princípio da não autoincriminação faz parte da

¹⁵ HAIDAR, Rodrigo. Garantia Constitucional: Justiça cassa decisão que obrigou réu a fazer prova contra si. *Consultor Jurídico*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2005-jul-27/trf-4_cassa_decisao_manda_reu_prova_si?pagina=5> Acesso em: 11 dez. 2015.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.2008.



autodefesa, pois não existe pena sem comprovação da responsabilidade/culpabilidade do agente (garantia fundamental assegurada na Constituição, artigo 5º LIV) e como consequência não existe comprovação da culpabilidade sem processo, que deverá ser realizado por meio do devido processo legal (outra garantia fundamental assegurada na Constituição, artigo 5º LV); não existe o devido processo criminal sem garantias.

Conforme exposto por Luiz Flávio Gomes¹⁷, dentre as garantias do devido processo legal criminal está a ampla defesa, na qual deverá ser considerada em duas vertentes, na defesa técnica e na auto- defesa.

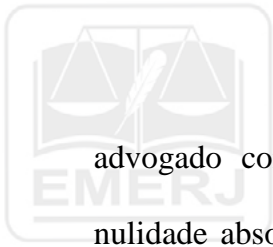
Assim, o princípio da não autoincriminação ao mesmo tempo que se apresenta como uma garantia/direito fundamental constitucional autônoma do indivíduo que esteja respondendo ao um processo criminal, também faz parte da ampla defesa outra garantia fundamental constitucional, devendo fazer parte do desdobramento da autodefesa para que essa não seja maculada.

O doutrinador Renato Brasileiro¹⁸ elucida o tema, discorrendo que a defesa técnica processual específica “É aquela exercida por profissional da advocacia, dotada de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado ou defensor público. Para ser ampla como impõe a constituição federal, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor.”

Dessa forma, a defesa técnica possui três desdobramentos, o primeiro deles é a defesa técnica necessária e irrenunciável, que possui previsão constitucional no artigo 5º, LXII e 133, na legislação ordinária nos artigos 261, 564, inciso III, alínea c do CPP e nos enunciados de Súmula de nº 523 e 708 do STF, que garantem ao acusado o direito a ser defendido por

¹⁷ GOMES. op. cit. p. 209-210.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p.352.



advogado com capacidade postulatória ou por defensor público, constituindo causa de nulidade absoluta em caso de ausência de defesa; o segundo desdobramento é o direito de escolha do defensor, o qual é assegurado ao acusado escolher sua defesa, direito refletido na Constituição em seu artigo 5º, LXII, na legislação ordinária nos artigos XX do CPP e no enunciado de Súmula de nº 708 do STF e no artigo 8º do Pacto de São José de Costa Rica, é um direito inerente de quem está respondendo ao processo criminal, qual seja o de interagir com seu defensor ou advogado, informando os fatos dos quais está sendo acusado, portanto, é imprescindível essa relação de confiança entre o acusado e sua defesa, o que possibilita uma defesa mais completa com análise minucioso dos fatos; por fim o terceiro desdobramento é a defesa técnica e efetiva, a qual também se enquadra nas garantias e artigos mencionados, mas que tem como finalidade principal garantir ao acusado uma defesa plena, atribuindo o dever da defesa de manifestar em todos os atos processuais e estar presente fisicamente nos atos essenciais do processo, como na audiência e nos julgamentos.

A outra vertente é o direito a autodefesa, o qual Renato Brasileiro¹⁹ define em seu livro como:

“É aquela exercida pelo próprio acusado em momentos cruciais do processo. Diferencia-se da defesa técnica porque, embora não possa ser desprezada pelo juiz é renunciável, já que não há como compelir o acusado a exercer seu direito ao interrogatório, nem tampouco acompanhar os atos da instrução processual.”.

Dessa forma, o direito à autodefesa possui três desdobramentos, o primeiro deles é o direito de audiência, que estabelece que deve ser garantido ao acusado apresentar sua versão sobre o fato do qual está sendo processado e é também nesse aspecto que é inserido o direito de não produzir prova contra si mesmo ou caso o acusado decida manter-se em silêncio não lhe ocasionando nenhum prejuízo; o segundo desdobramento é o direito da presença, no qual garante ao acusado o direito de participar de todos os atos processuais referentes ao processo

¹⁹ LIMA. op.cit. p. 355-356



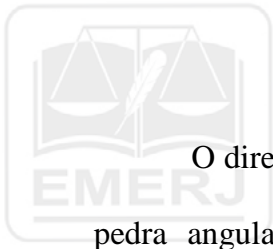
que está respondendo; por fim o último desdobramento é o direito de postular pessoalmente, que permite ao acusado apresentar sua defesa em determinados casos, que não são regras e sim exceções, tais como Habeas Corpus e Apelação, conforme dispõe o artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal e o artigo 577, caput do Código de Processo Penal.

Conclui-se que o direito de não autoincriminação, como se vê, integra a autodefesa, sendo parte da garantia constitucional da ampla defesa, que é uma das garantias do devido processo legal.

O direito de não autoincriminação, no qual faz parte do direito à autodefesa no tocante ao direito de audiência também possui várias dimensões, tais como: direito ao silêncio, direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; direito de não declarar contra si mesmo, direito de não confessar, direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica. Inclusive o direito da não autoincriminação consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo, gerando o direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e o direito de não ceder seu corpo, total ou parcialmente, para a produção de prova incriminatória.

De acordo com o Ministro do STF Gilmar Mendes²⁰, em sua decisão cautelar em sede de *Habeas Corpus* no caso da CPI na qual figurava como acusado Daniel Dantas “Medida Cautelar em Habeas Corpus 86724-3 – DF”, esse entende que a complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se envidem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

²⁰ HAIDAR, Rodrigo. Garantia Constitucional: Justiça cassa decisão que obrigou réu a fazer prova contra si. *Consultor Jurídico*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2005-jul-27/trf-4_cassa_decisao_manda_reu_prova_si?pagina=5> Acesso em: 11 dez. 2015.



O direito ao silêncio, que assegura a não produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, na sua acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). Assim, o princípio do *nemo tenetur degetere* não poderá ser abolido da Constituição e qualquer ato que tenha como finalidade retirar a eficácia de sua aplicação deverá ser declarado como ilegítimo.

3. Análise do caso concreto da obrigatoriedade do teste do bafômetro sob o viés do princípio da não autoincriminação

Além do complexo procedimento a ser enfrentado pelos juristas para saber se o direito de não produzir prova contra si mesmo, é absoluto ou deve ser sopesado, os aplicadores do direito devem enfrentar ainda outro grande problema, que é a forma como se deve efetivar esse direito.

A Constituição Federal do Brasil²¹ é baseada em princípios basilares que tratam dos direitos e garantias do indivíduo. Sendo assim, o sistema foi construído em uma base segundo a qual o indivíduo é presumidamente inocente. Logo sua culpa, deve ser comprovada mediante o devido processo legal.

²¹ GONÇALVES, Baptista Antonio. O bafômetro e a embriaguez no volante: análise constitucional e aspectos penais. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/423/331> Acesso em: 15 dez. 2015



No caso do exame do bafômetro, o motorista não pode ser considerado presumidamente alcoolizado, muito menos fazer prova contra si, segundo o princípio *nemo tenetur se detegere*. Há todo um sistema protetivo nesse sentido no Brasil, com previsão na Constituição, em tratados e na legislação ordinária.

Nesse sentido, Maria Elizabeth Queijo²², diz que em relação ao princípio *nemo tenetur detegere*, como anteriormente observado, foi ele expressamente previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, diplomas que foram ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados, por força dos respectivos decretos legislativos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada em 1992, e virou realidade jurídica no ordenamento brasileiro pelo Decreto de nº 678/92.

No mesmo sentido, se posiciona Fábio Konder Comparato²³, que afirma que a tendência predominante, hoje, é no sentido de considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições, posteriores a 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai –se firmando na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito de regras de internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre há mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

Então, qual será a solução no caso do indivíduo realizar o exame do bafômetro sem assumir a culpa, mas respeitando o princípio da não autoincriminação? Caso fosse obrigatória

²² QUEIJO, op. cit. p. 65.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3d. São Paulo: Saraiva, 2003, p.48-49



a realização do exame, essa garantia e direito fundamental previsto na Constituição não estaria sendo respeitado e sua aplicação restaria esvaziada.

O processualista penal Aury Lopes Jr²⁴, no mesmo sentido aborda que com a superação da coisificação do réu e assunção de seu *status* de sujeito de direito, funda-se o mais sagrado de todos os direitos: o direito de não produzir prova contra si mesmo. Desse verdadeiro princípio, não há a obrigatoriedade na execução do exame por parte do motorista, surgindo importantes vertentes, como direito ao silêncio e a autodefesa negativa.

A doutrina majoritária tem como posição, a não obrigatoriedade do exame do bafômetro. Senão vejamos:

O doutrinador Luiz Flávio Gomes²⁵, é claro ao afirmar que em matéria de prova da embriaguez há, de qualquer modo, uma premissa básica que é o princípio da não autoincriminação, o qual deverá ser observado. No mesmo sentido, fundamentam os doutrinadores Flávia Cristina Piovesan²⁶, Antônio Scarence Fernandes²⁷ e Maurício Antônio Ribeiro Lopes²⁸.

Assim, entre a realização do exame do bafômetro e a aplicação do princípio da não autoincriminação, esse deverá ser aplicado em detrimento da realização do exame, pois trata de direitos e garantias constitucionais previstos no ordenamento jurídico brasileiro e em tratados internacionais, dos quais o Brasil faz parte. Ademais, o artigo 277 do Código Brasileiro de Trânsito possui outras penalidades e medidas administrativas para quem se recusar a realizar o exame do bafômetro e ainda, a autoridade policial poderá utilizar de

²⁴ LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Direito Processual Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 592.

²⁵ GOMES. op. cit. p.2008.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3.d. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.254.

²⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.303-304.

²⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 223-224.



outros elementos probatórios quando o condutor apresentar suspeita ou sinais claros de embriaguez.

CONCLUSÃO

O princípio da não autoincriminação, longe de se tratar de uma novidade na doutrina jurídica, ganhou relevância, recentemente, no direito brasileiro. A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se envidem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

O direito ao silêncio, que assegura a não produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

É considerado de suma importância o estudo do princípio do *nemo tenetur se detegere*, no ordenamento jurídico brasileiro sendo fundamental esse princípio para proteção do indivíduo que está sofrendo uma investigação em âmbito administrativo ou judicial.

Ao analisar o princípio do *nemo tenetur se detegere* no Código de Processo Penal deve-se destacar o artigo 260 e artigo 186 do Código Penal brasileiro e observar que o acusado tem o direito de se pronunciar ou não no interrogatório sem que haja qualquer tipo de prejuízo em sua defesa.

Conclui-se que o direito de não produzir prova contra si mesmo é direito público subjetivo, revestido de expressiva significação político-jurídica, que impõe limites bem definidos à própria atividade persecutória exercida pelo Estado. Essa prerrogativa jurídica, na realidade, institui um círculo de imunidade que confere, tanto ao indiciado quanto ao próprio



acusado, proteção efetiva contra a ação eventualmente arbitrária do poder estatal e de seus agentes oficiais.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GONÇALVES, Baptista Antonio. O bafômetro e a embriaguez no volante: análise constitucional e aspectos penais. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/423/331> Acesso em: 15 dez. 2015

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Haidar, Rodrigo. Garantia Constitucional: Justiça cassa decisão que obrigou réu a fazer prova contra si. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jul-27/trf-4_cassa_decisao_manda_reu_prova_si?pagina=5> Acesso em: 11 dez. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Niterói. Impetus. 2014.

LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Direito Processual Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.



A (IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.

Ana Carolina Ferreira Figueiredo

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O controle de constitucionalidade brasileiro abarca os sistemas concreto e abstrato, sendo denominado de híbrido ou misto, efetivando-se com base nos princípios da supremacia e da rigidez da Constituição. A seu turno, a mutação constitucional é como uma alteração informal da norma constitucional, não sendo alterado o seu texto expresso, mas apenas lhe conferindo uma nova interpretação. Nesse panorama, emerge a possibilidade ou não do controle de constitucionalidade em uma norma que sofreu uma mutação constitucional, sendo esse controle exercido, de fato, não sobre um texto expresso, mas sim sobre um novo sentido conferido a essa norma constitucional.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Mutação Constitucional. Princípio da Rigidez Constitucional.

Sumário: Introdução. 1. O fenômeno da mutação constitucional e a geração de uma nova interpretação constitucional. 2. O âmbito de incidência do controle de constitucionalidade: norma legal e norma constitucional. 3. O controle de constitucionalidade na mutação constitucional: à luz do princípio da rigidez constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico pretende enfrentar a questão da possibilidade ou impossibilidade de incidência do controle de constitucionalidade em uma norma que sofreu uma mutação constitucional. Tendo em vista ser o tema polêmico na medida em que a análise da rigidez constitucional é imprescindível em sede de controle de constitucionalidade.

A Constituição da República de 1988 caracteriza-se como rígida, possuindo um procedimento de reforma solene, formal, mais complexo e dificultoso que as normas infraconstitucionais. Nesse contexto, emerge a mutação constitucional como uma reforma informal da Constituição sem expressa modificação de seu texto. Sendo o controle de constitucionalidade exercido para aferir a compatibilidade entre uma norma jurídica e a norma constitucional com base na hierarquia normativa.



O tema possui destacada relevância jurídica, política, econômica e social, pois o controle de constitucionalidade das leis afeta todo o ordenamento jurídico, e, por conseguinte a sociedade, que vê uma lei perder a sua validade e eficácia, em decorrência de seu conflito com a Carta Magna. E, ainda, se tem o fenômeno da mutação constitucional, de modo a responder aos anseios políticos e sociais de uma nova interpretação normativa, que melhor se amolda a solucionar conflitos jurídicos.

No intuito de analisar esse fenômeno, o primeiro capítulo do trabalho verificará se a alteração por mutação constitucional, diante da rigidez da Constituição da República Federativa do Brasil, gera uma norma constitucional verdadeiramente nova textualmente.

Prosegue-se no segundo capítulo examinando se o controle de constitucionalidade é cabível apenas quanto a norma legal, ou seja, tendo por objeto a legislação infraconstitucional, ou, ainda quanto à norma constitucional, tendo como objeto e parâmetro o texto constitucional.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de uma norma constitucional que sofreu mutação constitucional tendo alterado o seu sentido, recebendo uma nova interpretação constitucional, poder ser objeto de controle de constitucionalidade pelo modelo de Constituição rígida adotada pelo Brasil.

De forma geral, a pesquisa versará sobre a incidência do controle de constitucionalidade em uma norma que sofreu uma mutação constitucional, não tendo o seu texto normativo sido alterado, mas sim a interpretação jurídica que lhe é conferida, podendo essa estar em dissonância com a Constituição, embora a integre formal e materialmente.

O presente trabalho será desenvolvido com base na metodologia bibliográfica, utilizando as contribuições dos autores relevantes sobre o tema, especialmente com base nos livros de doutrina e artigos científicos, e decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. Ainda será descritiva, na medida em que se buscará compreender o fenômeno da



mutação constitucional em sede de controle de constitucionalidade, sem, no entanto, buscar uma solução aparente. Bem como, qualitativa, pois serão considerados os traços subjetivos do fenômeno e do instituto jurídico, assim como suas particularidades.

1. O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A GERAÇÃO DE UMA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em um primeiro momento, deve-se verificar se a alteração por mutação constitucional, diante da rigidez da Constituição da República Federativa do Brasil, gera uma norma constitucional verdadeiramente nova textualmente. Para tanto, imprescindível analisar o processo de formação e alteração da Carta Magna em um Estado Democrático de Direito como a República Federativa do Brasil.

O Estado Democrático de Direito une a democracia com o Estado de Direito. No que tange à democracia a acepção que só interessa no presente estudo é o governo do povo; desse modo, a vontade popular deve fundamentar as decisões públicas, possuindo o povo a supremacia do poder decisório, com fulcro na soberania popular, por meio do voto, momento em que o povo legitima o Poder Legislativo de representação popular concedendo a este o poder decisório. Quanto ao Estado de Direito, o Estado passa a ser regido pelo direito e pelas leis, sendo estas expressões da vontade popular, e o direito um freio ao Estado, ou seja, a soberania popular legitima a criação das leis que impõe limites ao poder estatal.

Desse modo, o Estado Democrático de Direito visa a tutelar os direitos fundamentais, a separação dos poderes, a democracia e a hierarquia normativa. Este último analisado pela pirâmide de Hans Kelsen, que explicita a supremacia constitucional.

De modo a se proceder a análise do fenômeno da mutação constitucional é necessário observar a existência de duas características na atual Constituição da República Federativa do Brasil: a supremacia e a rigidez constitucionais.



A primeira, supremacia constitucional, deriva de uma estrutura escalonada de normas no ordenamento jurídico, na qual a Constituição encontra-se no topo, como norma suprema, superior em hierarquia a todas as demais normas de um ordenamento jurídico. Sendo esta hierarquia normativa, como já mencionada, uma característica do Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil no art. 1º da Carta Magna.

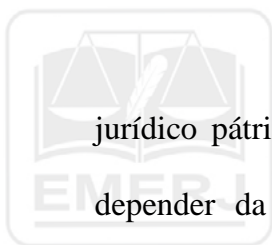
A rigidez constitucional, por outro lado, versa acerca do processo que modifica uma Constituição, por meio, por exemplo, de emendas, reformas ou revisões constitucionais, sendo este um processo mais rigoroso que o processo legislativo comum, que altera, por exemplo, uma lei infraconstitucional.

Nesse sentido, supremacia e rigidez constitucionais entrelaçam-se, pois a Constituição encontra-se em uma posição de hierarquia superior as demais normas, leis e atos, regulando a validade e, em alguns casos, o modo de elaboração destes. O que propicia o processo legislativo constitucional rígido, mais complexo, característico da rigidez constitucional.

Afinal, após a Constituição ser criada pelo poder constituinte originário, apenas poderá ser reformada, de modo formal e solene, pelo poder constituinte derivado reformador, sendo este último exercido pelo Poder Legislativo, que detém poder decisório por meio da legitimidade popular.

Quando o Poder Legislativo exerce o poder constituinte derivado reformador há uma alteração não apenas no sentido ou na interpretação da norma constitucional, mas em seu próprio texto escrito, uma vez que o exercício de tal poder observa os mecanismos de alteração formal e rígida do texto normativo constitucional, exigidos pela rigidez constitucional, vindo a produzir uma norma constitucional textualmente nova.

No entanto, pela dinâmica social que evolui cotidianamente, a sociedade anseia por respostas jurídicas mais rápidas aos problemas e questões habituais, pois o ordenamento



jurídico pátrio engessa em normas jurídicas, seja constitucionais ou infraconstitucionais, a depender da matéria tratada, tornando-as estáticas, não evoluindo o direito na mesma velocidade que a sociedade; de modo que, a resposta jurídica não atende prontamente aos anseios da sociedade.

Em razão da característica constitucional da rigidez, a norma constitucional evolui mais lentamente ainda que a norma infraconstitucional, por conta de toda a dinâmica de seu processo legislativo, de modo a conferir maior segurança jurídica à sociedade, em contrapartida, retirando a celeridade e pronta resposta.

Nesse cenário, emerge a mutação constitucional que ocorre como fruto das mudanças na sociedade em decorrência de circunstâncias sociais, políticas, econômicas; bem como, pelos usos e costumes, que acabam por propiciar alterações informais na Carta Magna, por meio de novos sentidos e conteúdos que são agregados ou omitidos do texto constitucional possibilitando uma nova interpretação do dispositivo da Carta Magna¹. Em outras palavras, seria como uma reforma informal da Constituição da República sem modificação do texto e sem cumprir os procedimentos expressamente previstos para alterá-lo, como revisões ou emendas.

A autora Oriana P. A. M. Pinto define de forma clara o fenômeno da mutação constitucional, motivo pelo qual, cita-se um parágrafo de seu artigo “O Inquietante Fenômeno da Mutação Constitucional”:

O ato de interpretar pode levar a mutações constitucionais sem vulnerar a letra do Texto Maior. Todos os métodos de interpretação podem produzir mudanças difusas na Constituição, que afetam o sentido, o significado e o alcance de algum de seus dispositivos. Tais modificações são informais e silenciosas e têm por finalidade atualizar e adequar a constituição à dinâmica da realidade social, o que se evidencia

¹ BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, v.33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. de 1996. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176380/1/000506397.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2013. p. 27. De modo a caracterizar o fenômeno da mutação constitucional, transcrevo um parágrafo, do citado artigo de Uadi Lamêgo Bulos: “Assim, denomina-se mutação constitucional, o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.”



em épocas em que foram atribuídos sentidos novos a determinado preceito da constituição.²

Dessa forma, tem-se a mutação constitucional como um instrumento que pode ser exercido por diversos órgãos, em especial pelo Poder Judiciário, sendo um meio de alteração informal das normas da Constituição da República de 1988.

No entanto, deve-se observar que a alteração da norma constitucional por meio de mutação constitucional por não ser realizada pelo poder constituinte derivado reformador, através do Poder Legislativo, apenas a interpreta o texto normativo constitucional de modo a atender aos anseios sociais, sem, no entanto ter legitimação democrática popular para alterar formalmente o texto normativo constitucional, uma vez que o responsável por esta alteração não foi eleito pelo povo.

Por essa razão, a mutação constitucional não produz uma nova norma constitucional, não havendo alteração do texto normativo constitucional, mas apenas no seu significado, na interpretação constitucional, atendendo aos anseios sociais sem ferir o princípio da rigidez constitucional que exige um procedimento formal e rígido de alteração textual da norma constitucional por meio do poder constituinte derivado reformador.

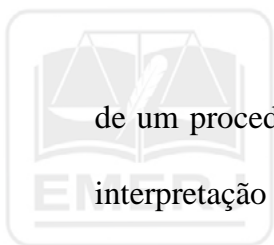
De modo a corroborar todo o exposto e defendido neste capítulo, menciona-se a obra de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, 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 as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.³

Portanto, o intuito deste primeiro capítulo foi analisar o fenômeno da mutação constitucional no ordenamento jurídico pátrio, de modo a demonstrar que esta opera por meio

² PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *O inquietante fenômeno da mutação constitucional*. Disponível em < http://www.enm.org.br/?secao=mostra_biblioteca&bib_id=104&top=6>. Acesso em: 15 jan. 2013. p. 14.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152.



de um procedimento de alteração informal da norma constitucional apenas uma mudança na interpretação constitucional da referida norma e não uma reforma textual.

2. O ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: NORMA LEGAL E NORMA CONSTITUCIONAL

O presente capítulo tem por escopo a análise do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, com vias de seu exercício sobre a norma legal, que advém da lei infraconstitucional e sobre a norma constitucional, oriunda da Constituição, nesse último caso ambas as normas, parâmetro e objeto, detém o mesmo nível hierárquico.

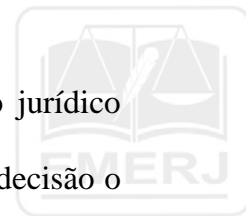
O controle de constitucionalidade exercido em um ordenamento jurídico que adote uma Constituição rígida, como o brasileiro, é fruto da hierarquia normativa, pois o princípio da supremacia da Constituição se interliga com a rigidez constitucional propiciando este controle⁴.

No entanto, o cerne da discussão gira em torno das normas constitucionais que possam ser passíveis de controle de constitucionalidade, uma vez que as normas tidas como objeto possuem a mesma hierarquia das normas constitucionais que serão o parâmetro para o exercício do referido controle.

De modo a entender o mecanismo do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, é imprescindível a análise dos modelos que foram adotados pela Carta Magna após uma longa evolução das Constituições, além do aprimoramento da doutrina e da jurisprudência acerca do tema, bem como do contexto histórico da época.

O primeiro a ingressar no ordenamento jurídico pátrio, com o advento da república, foi o modelo norte-americano do controle de constitucionalidade difuso, isto é, um controle

⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 168. E justamente em razão da supremacia jurídica da constituição, decorrente da necessidade, existentes nas constituições rígidas, de que os diplomas normativos sejam compatíveis com os comandos constitucionais, é que se pode pensar em controle de constitucionalidade das normas, já que não haveria sentido falar-se em referido controle caso a constituição pudesse ser alterada pela simples edição de uma lei infraconstitucional, caso não houvesse uma hierarquia entre normas constitucionais e infraconstitucionais.



exercido por qualquer órgão do poder judiciário de um determinado ordenamento jurídico quando este venha a decidir acerca das causas de sua competência, produzindo esta decisão o efeito *inter partes* da declaração de inconstitucionalidade, pois declara-se na fundamentação e não no dispositivo da sentença.

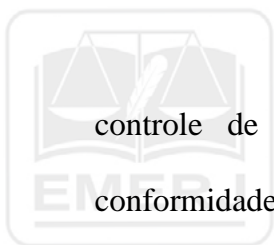
O modelo de controle abstrato de constitucionalidade ingressou posteriormente, por influência do modelo europeu de controle de constitucionalidade. Trata-se de um sistema no qual apenas um órgão do judiciário tem competência para exercer o controle, por isso também denominado controle concentrado, e, no Brasil este órgão é o Supremo Tribunal Federal, conhecido como guardião da Constituição. Por este modelo, a decisão produz eficácia erga omnes, sendo em regra exercido sobre a lei em tese, por meio das ações diretas de inconstitucionalidade, que são: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação de descumprimento de preceito fundamental e representação interventiva⁵.

Passaram, então, a conviver os dois modelos de controle judicial de constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988, pois essa adotou o sistema híbrido ou misto de controle de constitucionalidade.

De um modo amplo, sem distinção de modelo, pode-se conceituar o controle de constitucionalidade das leis como um mecanismo correccional, pelo qual se verifica a compatibilidade entre uma norma da Constituição, tida como norma parâmetro, e uma norma infraconstitucional, a norma objeto, sendo esta uma lei ou um ato normativo, a partir da análise dos requisitos formais e materiais da Carta Magna.

Todavia, o exercício desse controle sobre as normas legais apenas é possível ante a presunção relativa de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, isto é, presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário. Sendo essa prova produzida por meio do exercício do

⁵ MENDES, op. cit., p. 1099-1101.



controle de constitucionalidade, que analisa se uma lei infraconstitucional está em conformidade com a Carta Magna, se não estiver afasta-se a presunção declarando o texto normativo expresso inconstitucional.

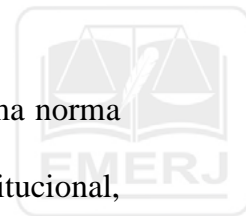
Por esse, depreende-se que para o exercício do controle de constitucionalidade é imprescindível que se esteja diante de uma hierarquia normativa, e por isso, a notoriedade de uma Constituição rígida admiti-lo, uma vez que esta só poderá ser alterada por um processo mais rigoroso que o das leis infraconstitucionais.

Contudo, a divergência emerge quanto ao cabimento do exercício do controle de constitucionalidade em face de uma norma constitucional, e é justamente essa questão que se busca analisar neste segundo capítulo.

Neste estudo, faz-se mister observar que a presunção de constitucionalidade das normas constitucionais originárias é absoluta, não sendo possível o controle de constitucionalidade entre duas normas constitucionais originárias, ante a necessidade de uma Constituição rígida que contenha uma norma parâmetro superior hierarquicamente a norma objeto que será passível do controle de constitucionalidade, sendo esta inclusive a orientação do Supremo Tribunal Federal.⁶

Em outros termos, por possuírem o mesmo nível hierárquico e por terem sido constituídas pelo mesmo poder constituinte originário, não há como haver a prevalência de

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 815 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Data de Julgamento: 28/03/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14702237/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-815-df>>. Acesso em: 22 ago. 2015. Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.



uma sobre a outra. Pois, o quando se esta diante do poder constituinte originário uma norma constitucional não seria inconstitucional quando comparada com outra norma constitucional, cabendo ao intérprete do texto constitucional proceder a compatibilização de duas normas constitucionais aparentemente conflitantes entre si, permanecendo ambas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Existem ainda as normas constitucionais que não emergem no momento de elaboração da Carta Magna, ou seja, são frutos do exercício pelo Poder Legislativo do poder constituinte derivado, por meio do qual a Constituição é passível de sofrer emendas constitucionais ou revisão constitucional, meios formais de alteração do texto constitucional.

Sendo as emendas constitucionais exercidas hodiernamente, desde que preenchidos os requisitos do art. 60 da CRFB. Enquanto que a reforma constitucional, prevista no art. 3º do ADCT, foi realizada após cinco anos da promulgação da Carta Magna.

No que concerne às emendas constitucionais, essas não podem tender a reduzir ou abolir os direitos e garantias fundamentais insculpidos como cláusulas pétreas, assim como a forma federativa de Estado; o voto direito, secreto, universal e periódico; e, a separação dos Poderes, na forma do art. 60, §4º CRFB.

O controle de constitucionalidade sobre as emendas constitucionais oriundas do poder constituinte derivado é viável e existe na prática jurídica hodierna, consoante expressou-se de forma clara e precisa o ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence:

No campo das ações diretas, nós sabemos, como diz a constituição, era inevitável que praticamente a cada emenda constitucional, se possa dizer hoje, siga-se uma ação direta, com a qual as forças políticas vencidas no processo de elaboração da emenda constitucional, suscitem perante o Supremo Tribunal, dada a amplitude das cláusulas pétreas do art. 60, a existência ou não de violação dos limites materiais, ou mesmo dos limites formais ao poder de reforma constitucional.⁷

⁷ PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *O controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência*. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/material/2009_2S/marcelo_novelino/Int1_DConst_Novelino_aula03_18190809_matprof2.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015. p. 9-10.



Portanto, pelo analisado no decorrer deste capítulo, depreende-se que o controle de constitucionalidade exercido pelo direito pátrio abrange as normas infraconstitucionais pela supremacia e rigidez da Carta Magna; bem como, as normas constitucionais decorrentes do poder constituinte derivado, fruto de emendas constitucionais, quando não adequadas aos preceitos e princípios constitucionais mantendo em unidade o texto constitucional. Não sendo cabível o controle de constitucionalidade sobre as normas constitucionais originárias, podendo essas normas apenas figurarem como norma parâmetro em sede de controle de constitucionalidade.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: À LUZ DO PRINCÍPIO DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Este capítulo visa a examinar a possibilidade de uma norma constitucional que sofreu mutação constitucional tendo alterado o seu sentido, recebendo uma nova interpretação constitucional, poder ser objeto de controle de constitucionalidade pelo modelo de Constituição rígida adotada pelo Brasil.

Em princípio, registra-se pelo já examinado que seja a norma constitucional originária ou derivada, seja a norma infraconstitucional, essas estão expressamente previstas no texto escrito. Ademais qualquer alteração do texto normativo constitucional fruto do poder constituinte derivado procede-se por meio de uma alteração formal da norma constitucional, não apenas sendo alterado o seu sentido, embora por um processo legislativo mais complexo que o de alteração do texto expresso de uma norma infraconstitucional.

Ao passo que, quando uma norma constitucional sofre o fenômeno da mutação constitucional, ocorre uma alteração informal dessa norma, sendo-lhe conferida uma interpretação que é distinta do exposto textualmente, ou seja, a norma constitucional prevê de forma expressa um sentido, e a mutação constitucional possibilita que informalmente lhe seja atribuído outro sentido.

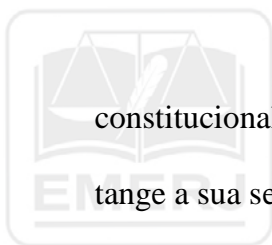


Dessa forma, o objeto de análise deste capítulo, como questão norteadora central, é o de entender se o controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro pode ser exercido em face de uma nova interpretação constitucional conferida à norma constitucional sem alterar em nada o seu texto expresso, ou apenas pode ser exercido em face de previsões textualmente expressas, como as acima referidas, quando se trata de uma norma infraconstitucional como objeto que tem uma norma constitucional como parâmetro comparativo para o exercício do controle de constitucionalidade, ou ainda sobre normas constitucionais oriundas do poder constituinte derivado.

O princípio da rigidez constitucional presente numa Constituição rígida como a da República Federativa do Brasil, caracteriza-se, como já analisado no primeiro capítulo, por um processo mais dificultoso, formal e solene de alteração das normas constitucionais, exigindo quórum mais elevado e o exercício do poder constituinte derivado reformador, propiciando uma maior hierarquia das normas constitucionais, estando intrinsecamente relacionado com a supremacia da Constituição frente as demais normas infraconstitucionais.

Por todo esse procedimento legislativo confere-se mais segurança jurídica ao ordenamento jurídico pátrio com a rigidez constitucional, conferindo maior credibilidade ao direito perante a sociedade. E, para se manter de forma plena e real esta rigidez, faz-se mister o exercício do controle de constitucionalidade, de modo a se resguardar as normas constitucionais frente a possibilidade de conflitos e antinomias ante as normas infraconstitucionais e até mesmo entre as normas constitucionais originárias e as normas constitucionais que não sejam originárias.

No entanto, existem normas constitucionais que sofrem alterações informais, isto é, resultam de mutações constitucionais, que implicam numa mudança de sentido da norma, sem alteração expressa de seu texto normativo. De modo que a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade em face de uma interpretação constitucional e não de um texto



constitucional expressamente previsto poderia abalar o ordenamento jurídico pátrio, no que tange a sua segurança jurídica.

Pois, se estaria diante de uma situação em que a norma objeto seria fruto de uma mutação constitucional, não sendo conflitante com outra norma constitucional o seu texto normativo expresso, mas sim a nova interpretação constitucional conferida a esta norma como resultado de uma mutação constitucional. O que tornaria muito mais complexo e dificultoso o exercício efetivo do controle de constitucionalidade.

O Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, defende a possibilidade da inconstitucionalidade superveniente nessa hipótese, pois haveria uma evolução na jurisprudência dos Tribunais ocasionado a mutação constitucional, decorrente de uma mudança fática na realidade social circundante, que propiciaria a alteração informal da norma antes considerada constitucional, tornando-se inconstitucional⁸.

Essa posição deve ser compatibilizada com a teoria da nulidade admitida para o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, que considera a norma inconstitucional como sendo nula, tendo a declaração de inconstitucionalidade natureza declaratória, pois a norma nasce com o vício insanável da inconstitucionalidade, logo, inválida, havendo apenas a declaração de que a mesma não mais será eficaz, produzindo efeitos que retroagem a criação da norma.

No entanto, a adoção desta teoria da nulidade não é feita de forma inflexível. Portanto, em alguns casos excepcionais e fundamentados, em geral, na boa-fé, justiça e segurança jurídica,⁹ admite-se uma relativização da nulidade como sanção, por meio da alteração de seu efeito retroativo, uma vez que esta é a melhor forma de preservação das relações jurídicas reguladas pela norma posteriormente declarada inconstitucional. Exemplo

⁸ MENDES, op. cit., p. 1122. "[...]No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas."

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.



de atenuação é modulação temporal dos efeitos, que segundo Luís Roberto Barroso foi expressamente prevista no art. 27 da Lei 9868/99.¹⁰

Com essa relativização, tornou-se viável em sede de controle de constitucionalidade a posição defendida pelo eminente Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, pois não haveria a declaração de nulidade com efeitos *ex tunc* no caso de inconstitucionalidade superveniente, conferindo maior segurança jurídica as decisões judiciais previamente estabelecidas.

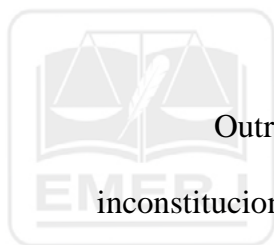
A análise da inconstitucionalidade superveniente realizada por Gilmar Ferreira Mendes, assim como por Guilherme Peña de Moraes¹¹ sob a ótica da questão da mutação constitucional que não incide sobre o exposto textualmente no texto normativo constitucional, mas no novo sentido conferido a norma constitucional fruto de alterações na realidade fática e social, não é abarcada pela doutrina pátria, bem como pela jurisprudência da Corte Suprema.

Pois, o Supremo Tribunal Federal entende que o ordenamento jurídico pátrio não adota a tese da constitucionalidade superveniente, tendo a norma emergido sob a peja da inconstitucionalidade não é possível que venha a ser considerada constitucional, pois o vício é insanável. Todavia, esta análise realizada pela Corte Suprema incide sobre a norma constitucional objeto de emenda à Constituição, não sendo analisada quanto a mutação constitucional.¹²

¹⁰ Ibid., p. 46. Exemplo de atenuação a modulação temporal dos efeitos, que pela Lei 9868 de 1999, segundo Luís Roberto Barroso: “Nela se permitiu, de forma expressa, pela primeira vez, a atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, admitindo-se, por exceção, que a declaração de inconstitucionalidade não retroagisse ao início da vigência da lei. O art. 27 do novo diploma assim dispôs: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

¹¹ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.152. "A inconstitucionalidade superveniente é exteriorizada em momento posterior à produção de norma subjugada ao controle de constitucionalidade, em decorrência de mutação constitucional ou reforma constitucional."

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 390840, Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15-08-2006 PP-00025 EMENT VOL-02242-03 PP-00372 RDDT n. 133, 2006, p. 214-215. Disponível em <



Outra interpretação conferida a inconstitucionalidade superveniente seria aquela inconstitucionalidade declarada quando da compatibilização da nova Constituição com a norma infraconstitucional anterior a sua edição, explicitada por José Afonso da Silva¹³ e o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso¹⁴. Contudo, o Supremo Tribunal Federal também não adota essa tese, entendendo que o ato normativo infraconstitucional não foi recepcionado pela Carta Magna vigente, tratando-se de hipótese de revogação.¹⁵

Por todo o exposto, depreende-se que a doutrina e a jurisprudência pátria, ainda, são incipientes quanto ao controle de constitucionalidade exercido sobre a mutação constitucional, havendo apenas posições vanguardistas que encampam uma tese, inconstitucionalidade superveniente, que não é adotada pelo sistema jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Em face da análise do sistema jurisdicional brasileiro, a partir da evolução do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, se procedeu a um mapeamento do fenômeno da mutação constitucional, de modo a demonstrar que esse opera

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+390840%2E+EMEN%2E%29+OU+%28RE%2E+ACMS%2E+ADJ2+390840%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a4ky4s8> >. Acesso em: 08 set. 2015.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Controle de Constitucionalidade*: variações sobre o mesmo tema. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana%20Carolina/Downloads/Dialnet-ControleDeConstitucionalidade-1975554.pdf>. Acesso em: 08 set. 2015.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62-63.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2 DF, Relator: Ministro Paulo Brossard, Data de Julgamento: 06/02/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 09 set. 2015. Ementa: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.



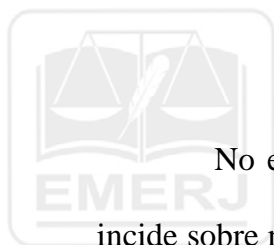
por meio de um procedimento de alteração informal da norma constitucional, ocorrendo apenas uma mudança na interpretação constitucional da referida norma e não uma reforma textual.

Os princípios da rigidez e da supremacia constitucionais influem no exercício do controle de constitucionalidade, alavancando de forma indireta esse fenômeno da mutação constitucional, na medida em que o processo de alteração e reforma das normas constitucionais é mais solene e dificultoso, por conseguinte, moroso em relação a realidade fática circundante, sendo necessário um mecanismo que suprisse essa morosidade, o que foi alcançado com a mutação constitucional.

O controle de constitucionalidade adotado pelo direito pátrio é misto ou híbrido, abarcando os sistemas concreto e abstrato. No entanto, seu objeto não abrange as normas constitucionais originárias podendo estas normas apenas figurarem como norma parâmetro em sede de controle de constitucionalidade.

Ao passo que as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais oriundas do exercício do poder constituinte derivado, originadas de emendas constitucionais, quando conflitantes com os princípios e preceitos, expressa e implicitamente, insculpidos na Constituição, violando a unidade do texto constitucional, são passíveis do controle de constitucionalidade, concreto ou abstrato.

Quanto ao controle de constitucionalidade exercido sobre as normas constitucionais que sofreram o fenômeno da mutação constitucional pode-se depreender do presente estudo que a doutrina e a jurisprudência brasileira são incipientes sobre o tema, não se tendo na jurisprudência uma discussão firmada, bem como na doutrina há posição de vanguarda defendendo que é cabível o exercício do referido controle, tratando-se de uma inconstitucionalidade superveniente.



No entanto, essa inconstitucionalidade para a doutrina e jurisprudência dominantes incide sobre normas textualmente expressas, não objeto de mutação constitucional, não sendo adotada pelo direito pátrio.

Portanto, de todo o exposto no presente trabalho, pode-se concluir que o controle de constitucionalidade na mutação constitucional, ainda é um desafio a ser enfrentado pelos doutrinadores e juristas brasileiros.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2015.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro - exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 815 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14702237/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-815-df>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 390840, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+390840%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+390840%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a4ky4s8>>. Acesso em: 08 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2 DF, Relator: Ministro Paulo Brossard. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 09 set. 2015.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176380/1/000506397.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2013.



CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORRÊA, Daniel Marinho. *Parâmetros para a mutação constitucional*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9854>. Acesso em: 07 mar. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Glauco Salomão. *A Extensão da Eficácia Erga Omnes e do Efeito Vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional*. Disponível em <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Mutacao_Glauco.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

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

MORAIS, Dalton Santos. *Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade*. A importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/15074/critica-a-caracterizacao-da-atuacao-senatorial-no-controle-concreto-de-constitucionalidade-brasileiro-como-funcao-de-publicidade>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

NEGRELly, Leonardo Araújo. *O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático de Direito*. In: CONPEDI, XIX, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Disponível em <



<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PAULO, Vicente.; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

_____. *Controle de Constitucionalidade*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *O controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência*. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/material/2009_2S/marcelo_novelino/Int1_DConst_Novelino_aula03_18190809_matprof2.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *O inquietante fenômeno da mutação constitucional*. Disponível em <http://www.enm.org.br/?secao=mostra_biblioteca&bib_id=104&top=6>. Acesso em: 07 mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Ana%20Carolina/Downloads/Dialnet-ControleDeConstitucionalidade-1975554.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed. rev. atual. ampl. e reimp. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.



RESERVAS DE ADMINISTRAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DE LEIS POR DECRETOS

André Galvão Pereira

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: É crescente a necessidade de serem alinhavadas novas considerações sobre antigos paradigmas, sobretudo os que guardam relação com os limites do alcance do poder regulamentar autônomo da Administração Pública. Com o advento da Emenda Constitucional 32/01, o poder constituinte derivado trouxe ao direito brasileiro a oposição entre o domínio da lei e o domínio do regulamento, possibilitando à Administração Pública – instituição apartada do Poder Legislativo – inovar no ordenamento jurídico de forma autônoma. Este trabalho tem por norte abordar a forma como o Poder Executivo vem se emancipando do Poder Legislativo por meio da superação da visão oitocentista que predomina no que tange ao princípio da legalidade, o que se cristaliza na possibilidade de edição do regulamento autônomo.

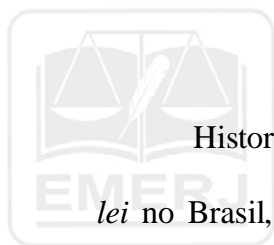
Palavras-chave: Direito Constitucional. Separação de Poderes. Poder Regulamentar Autônomo. Emenda Constitucional 32/01. Reservas de Administração.

Sumário: Introdução. 1. A Emenda Constitucional 32/01 e a alteração da distribuição das fontes de direito. 2. A emancipação constitucional do Poder Executivo frente ao princípio da legalidade. 3. A vedação da criação de leis em matérias reservadas aos regulamentos autônomos. 4. A possibilidade de revogação de leis por decretos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda a discussão acerca da possibilidade de revogação de leis por meio de decretos, em decorrência da edição da Emenda Constitucional 32/2001, subvertendo-se a tradicional hierarquia normativa do ordenamento pátrio. Pretende-se demonstrar que o Poder Constituinte derivado redefiniu os contornos da divisão de competências e do campo de abrangência normativa de cada um dos poderes, o que contribuiu para a emancipação do Poder Executivo frente ao Poder Legislativo, em certas matérias.

Para a consecução desse objetivo, serão analisadas as posições doutrinárias relativamente à temática, com vistas a possibilitar o debate sobre se os limites historicamente impostos ao poder regulamentar autônomo da Administração Pública foram, de fato, modificados, com o advento da Emenda Constitucional 32/01.



Historicamente, o *domínio do regulamento* sempre esteve circunscrito ao *domínio da lei* no Brasil, inviabilizando-se a inovação no ordenamento de forma autônoma pelo Poder Executivo. A partir do momento em que o regulamento autônomo passou a encontrar supedâneo no texto constitucional, passou-se a cogitar dos seguintes questionamentos: as leis que versem sobre organização e ao funcionamento da Administração tornaram-se inconstitucionais? Na hipótese de conflito normativo entre diplomas legais e decretos executivos quais seriam os mecanismos de para salvaguardar a liberdade adquirida pela Administração?

Com vistas a melhor elucidar o tema ora abordado, propõe-se abordar o princípio da legalidade e perquirir a releitura por que vem passando, superando-se a tradicional visão oitocentista europeia, herdada pela doutrina nacional, que atribuía papel coadjuvante ao Poder Executivo na divisão dos poderes. Objetiva-se, a partir desse novo paradigma do princípio da legalidade, avaliar a possibilidade da retirada de leis ordinárias federais ou municipais do ordenamento jurídico por meio de decretos autônomos editados pelo chefe do respectivo Executivo e seus mecanismos práticos.

O primeiro capítulo é inaugurado com considerações sobre a relação existente entre a lei e o regulamento no direito brasileiro, sob o prisma hierárquico-piramidal clássico, discutindo-se a ruptura dessa relação estamental pela Emenda Constitucional 32 de 2001.

Passa-se a avaliar, no segundo capítulo, se o referido processo de horizontalização das fontes normativas implicou a revisão da primazia do Parlamento, empreendendo-se, assim, reinterpretação do princípio da legalidade.

O terceiro capítulo perquirirá efetividade normativa, quanto à existência, à validade e à eficácia das leis que já dispunham ou que passem a dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública, sem previsão de aumento de despesa e sem a criação ou extinção de órgãos públicos.



O quarto capítulo explorará os mecanismos jurídicos disponíveis para solucionar eventuais conflitos entre leis e regulamentos autônomos surgidos a partir da EC 32/01.

A pesquisa que se passa a realizar será orientada pela metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

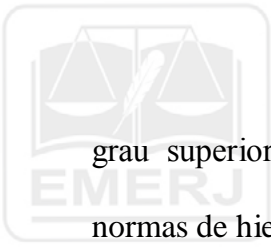
1. A EMENDA CONSTITUCIONAL 32/01 E A ALTERAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DAS FONTES DE DIREITO

Até o advento da Emenda Constitucional 32/01, prevalecia na doutrina pátria a lógica de que haveria necessariamente um nexó de acessoriedade¹ entre lei e regulamento, calcado na clássica premissa de que a lei seria a única expressão da vontade do povo – tema que será oportunamente debatido no capítulo seguinte. Essa orientação homenageava, pois, tão somente o princípio da hierarquia das normas, ilustrado primordialmente na figura piramidal do ordenamento jurídico, conforme proposto por Kelsen². Como se verá no presente capítulo, outro princípio, o da competência, veio a ser prestigiado pelo Poder Constituinte derivado pátrio, passando-se a elevar o regulamento autônomo ao mesmo patamar da lei.

Acerca do princípio da hierarquia, Canotilho vislumbrou alguns subprincípios, com respectivas implicações práticas, em sistemática divisão, a saber: (i) princípio da preeminência ou superioridade dos atos legislativos relativamente aos atos normativos regulamentares, o que implicaria revogação das normas anteriores contrárias e impedimento de normas posteriores em sentido contrário; (ii) princípio da inderrogabilidade de norma de

¹ A expressão foi cunhada pelo Min. Celso de Mello na ADI nº 1.347-DF, medida catelar, j. em 05.09.1995, publicação DJ 01.12.95, ao referir à relação existente entre uma instrução normativa e a lei.

² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 76.



grau superior por norma hierarquicamente inferior, o que geraria a “inaplicabilidade das normas de hierarquia inferior contrárias a normas de hierarquia superior”³

Paralelamente ao princípio da hierarquia, o celebrado autor lusitano destaca a existência do princípio da competência. O referido princípio é produto de uma visão plural do ordenamento jurídico e sem negar o princípio da hierarquia, evidencia a “existência de espaços normativos autônomos”⁴. Esses espaços são criados, como visto linhas acima, pela própria Constituição.

Após explorá-los, é preciso aludir diretamente à lição de André Cyrino, a respeito da relação entre tais princípios:

os princípios estruturais da hierarquia e da competência são perfeitamente aplicáveis ao Direito brasileiro, devendo os mesmos interrelacionarem-se de acordo com o estabelecido na Constituição. Assim, por vezes a hierarquia prevalecerá sobre a competência e vice-versa, a depender da opção do constituinte. No caso da relação entre a lei e os regulamentos de execução, por exemplo, a lei (norma superior) prevalece, até porque a competência para a edição dessa espécie é limitada pela hierarquia. Já a relação entre lei e regulamento autônomo não se explica através da hierarquia, mas pela divisão material de competências constitucionais⁵.

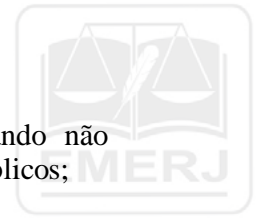
Com efeito, à Constituição, como norma primária sobre a produção jurídica, são atribuídas as funções de identificar as fontes de direito do ordenamento jurídico brasileiro, estabelecer os critérios de validade e eficácia de cada uma das fontes e determinar a competência das entidades que produzem o direito positivo. A estrutura piramidal hierárquica rígida até então observada foi desarticulada mediante a alteração promovida no ano de 2001 sobre o texto constitucional, o qual passou a dispor expressamente que:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)
VI – dispor, mediante decreto, sobre:

³ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 700/701.

⁴ *Ibid.*, p. 701.

⁵ CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Forum, 2005, p. 79-80.



- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

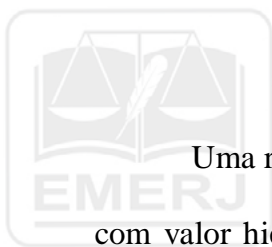
Afigura-se, portanto, patente a alteração da distribuição das fontes de direito no Brasil com a Emenda Constitucional 32/01, a qual atribuiu a competência direta para o Poder Executivo para disciplinar sua organização e funcionamento, sem o aumento de despesa ou a criação ou extinção de cargos. A justificativa para essa emancipação do Poder Executivo frente ao Parlamento é o que se passa a debater a seguir.

2. A EMANCIPAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PODER EXECUTIVO FRENTE AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A organização das normas jurídicas em esferas apartadas de competência corresponde à pluralização de ordenamentos. Os ordenamentos são reservados a cada uma das instituições, cujas competências são delimitadas pela Constituição. Desse modo, o limite para cada esfera de competência é justamente o campo de abrangência de outra esfera, ou limites impostos pela própria Constituição.

O que se percebe, destarte, é que o critério de competências afasta a perspectiva meramente hierarquizante, vigente no modelo anterior, em que prevaleciam as normas emanadas do Poder Legislativo. Assim, o ordenamento positivado no âmbito próprio de cada instituição não se subordina às fontes de direito produzidas de nenhuma outra.

A norma que se produz no âmbito específico da instituição – especificação que se dá, no modelo brasileiro, por intermédio do texto constitucional –, prevalece sobre qualquer outra que venha a ser produzida ao arrepio da regra de competência. Nesse sentido, pode ser considerada nula uma lei produzida por meio da invasão da esfera garantida pela Constituição aos regulamentos autônomos – produzidas pelo Poder Executivo.



Uma ressalva, no entanto, merece ser feita quanto à viabilidade jurídica de uma norma com valor hierárquico superior, ou seja, de estatura constitucional, vir a alterar, ou mesmo excluir, a própria esfera de competência de determinada instituição. Nesse caso, não haveria uma ruptura do princípio da competência, mas justamente a afirmação de sua existência.

Deve-se reforçar, portanto, que o modelo pluralista adotado pela Constituição afasta a visão piramidal do ordenamento jurídico, e, portanto, contribui para uma percepção de emancipação do Poder Executivo frente o Legislativo, rompendo com a tradição secular de um ordenamento único e hierarquizado.

Nesse sentido, existe o ordenamento legal, composto por leis ordinárias, complementares e delegadas e medidas provisórias e o ordenamento dos regulamentos. É possível que um regulamento destine-se tão somente a ser sobreposto por uma lei, fielmente levando-a à execução. Há matérias, porém, reservada pela Constituição para a indiscutível supremacia do ordenamento produzido pelo Executivo.

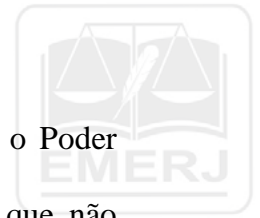
Assim, é lícito afirmar que o princípio da hierarquia convive harmonicamente com o princípio da competência, sendo a Constituição o marco definidor da prevalência de cada um dos princípios.

Mencione-se, uma vez mais, o entendimento de Cyrino sobre o tema:

[...] em nossa concepção, o ordenamento jurídico fruto de um Estado pluralista não se explica com a metáfora da pirâmide, mas como um sistema planetário, tratando-se de conjunto de várias fontes que se desenvolvem através de atribuições de competências constitucionais⁶.

No Estado contemporâneo, portanto, o Poder Executivo assume cada vez mais atribuições para a realização do interesse público – uma vez que sua postura não se cinge mais à passiva conduta de não fazer, mas de atuar efetivamente em prol da coletividade – o que o conduz a uma posição proeminente frente ao Poder Legislativo. Este, por sua vez, vem

⁶ CYRINO. op. cit., p. 77.



enfrentando crescente crise de legitimidade. Ademais, é notória a possibilidade de o Poder Executivo reagir de forma rápida e eficaz para responder aos anseios sociais, o que não acontece com o Poder Legislativo, em razão da natural complexidade observada no processo legislativo – o que o torna mais moroso.

Essa evolução do papel do Poder Executivo no Estado o conduz à assunção de atribuições relacionadas à regulação independente de determinadas situações, atividade, em tese, atípica, dado seu caráter normativo. Refira-se, aliás, à evolução histórica desse Poder, que deixou de se identificar com figuras monárquicas – cujo poder derivava da vontade divina –, para passar a figurar como verdadeiro representante do povo, que exerce sua escolha diretamente, pelo voto.

Passou-se, portanto, a se observar uma “remodelação das funções da Administração Pública no Estado contemporâneo”⁷. À Administração não cabe mais constranger-se ou apequenar-se diante do Parlamento. Pelo contrário, uma visão mais pragmática vem informando de forma crescente – e irreversível – o próprio Poder Constituinte derivado – composto, diga-se, pelos próprios parlamentares –, de modo que a Emenda Constitucional nº 32/01 veio justamente no sentido de coroar a legitimidade democrática de que goza o Poder Executivo, passando a reservar-lhe uma esfera de competência própria para a confecção de normas.

O próximo capítulo, portanto, passará a abordar como deve se dar a normatização das matérias que não são constitucionalmente submetidas à reserva de lei, mas à reserva da administração.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 97.



3. A VEDAÇÃO DA CRIAÇÃO DE LEIS EM MATÉRIAS RESERVADAS AOS REGULAMENTOS AUTÔNOMOS

Um dos efeitos decorrente da promulgação da Emenda Constitucional nº 32/01 foi justamente o que se convencionou chamar de deslegalização. Esse fenômeno consiste, nas palavras de Diogo de Figueiredo, em “transferência da função normativa (sobre determinadas matérias) da sede legislativa a outra sede normativa”⁸.

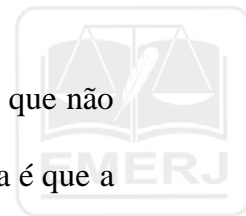
É consequência da deslegalização tornar recepcionadas como decretos todas as leis anteriores que regulavam a organização e funcionamento da Administração, sem implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Veja-se que não se deve cogitar a revogação da legislação quando da adoção da referida emenda constitucional, visto que se impõe evitar a criação de uma lacuna no direito, o que importaria grave uma ruptura com a segurança jurídica.

A recepção, em forma de regulamento, das leis que passaram a invadir a nova esfera de competência dos regulamentos autônomos criada pelo texto constitucional destina-se, portanto, a permitir a compatibilidade de todo o ordenamento infraconstitucional com o novo texto constitucional. De acordo com Norberto Bobbio, “a recepção é um ato jurídico com o qual o ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas quanto à forma”⁹. Assim, toda lei anterior à Emenda que tratava de matéria relativa ao ora que dispõe o artigo 84, VI, da Constituição, passará a ter grau hierárquico de decreto.

Outra consequência do mencionado fenômeno da deslegalização é a ruptura com a regra da universalidade temática do Legislativo. Essa universalidade, que prevalecia até a

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 167.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1997. p. 177.



Emenda nº 32/01, era representada pela ausência de temas de competência da União que não pudessem ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional. Agora, o que se observa é que a Constituição afastou das atribuições do Congresso legislar sobre a organização e o funcionamento da Administração – sem acréscimo de despesas –, de modo que deve ser considerada inconstitucional qualquer lei que diga respeito à matéria reservada ao regulamento autônomo pela Constituição.

Com isso o que se verifica é uma perda superveniente, imposta ao Legislativo, da faculdade de produzir regras sobre certas matérias. Essa perda, imperioso esclarecer, não representa uma violação ao princípio da separação dos Poderes. Isso porque se preservou o núcleo do princípio, de modo que não houve uma atribuição ilimitada e incontrolável ao Poder Executivo.

Assim, além de não vulnerar o que dispõe o artigo 60, § 4º, da Constituição¹⁰, coaduna-se a EC nº 32/01 com a noção de moderação, racionalização e proporcionalidade, critérios essenciais à verificação da constitucionalidade material de emendas provisórias.

A deslegalização passou, portanto, a remover da esfera legal, passando à esfera regulamentar as matérias regidas pelo novel artigo 84, VI, da Constituição. Desse modo, onde se lê *lei*, passa-se a ler decreto. Sobre o fenômeno da deslegalização, transcreva-se oportuna passagem do emérito administrativista a que já se aludiu: “Assim também ocorreu na França, (...). Quando foi promulgada nesse país a Constituição de 1958, houve, segundo Louis

¹⁰“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

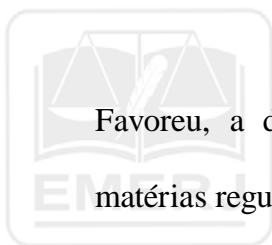
I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”



Favoreu, a deslegalização em bloco de todos os textos (anteriores) que adentravam as matérias regulamentares”¹¹.

Cumprido, portanto, à análise da possibilidade de alteração de lei – aqui considerada em seu aspecto formal – por meio de regulamento autônomo, no que se refere às matérias que sofreram o citado processo de deslegalização.

4. A POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DE LEIS POR DECRETOS

Mediante a criação de uma reserva de regulamento, a Emenda Constitucional nº 32/01 passou a estabelecer dois domínios normativos autônomos – ou esferas de competência –, a saber, o domínio da lei e o domínio do regulamento. Assim como na França, a organização e o funcionamento da Administração Pública cingem-se à esfera de competência regulamentar autônoma.

Regulamentos autônomos estão circunscritos ao âmbito de reserva da administração estabelecido pela Constituição. Toda vez que essas matérias – previstas no artigo 84, VI – forem tratadas por leis, estas serão absolutamente inconstitucionais. Como se vê, esses regulamentos dizem respeito tão somente às normas que repercutam tão somente na forma como se organiza a Administração Pública.

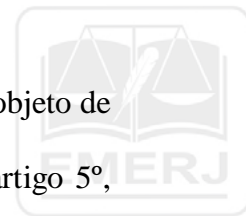
Note-se, de todo modo, que além do controle pela via judicial, o próprio Poder Legislativo poderá sustar atos normativos do Executivo que ultrapassem o poder regulamentar. Tal exemplo dos salutares *freios e contrapesos* necessários à separação dos poderes está expresso no artigo 49, V¹², da Constituição.

¹¹ CYRINO, op. cit., p. 185.

¹² “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”



Uma última ressalva deve ser feita quanto à abrangência das matérias que podem ser objeto de regulamento autônomo: em homenagem ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, II¹³, da Constituição, entende-se que há reserva de lei para que se criem direitos e obrigações aos administrados. Essa ressalva decorre de uma interpretação sistemática dos princípios e regras constitucionais.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, buscou-se enfatizar a necessidade de serem realizadas novas considerações sobre paradigmas arcaicos relativos aos limites do alcance do poder regulamentar autônomo da Administração Pública. O Poder Constituinte derivado vem acertadamente promovendo a alteração do texto constitucional de modo a introduzir novos critérios e princípios à matéria.

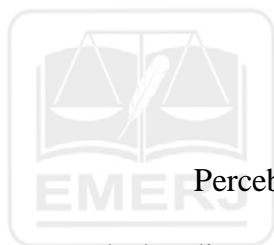
Cumprir enfatizar, desse modo, que as relações entre a lei e o regulamento vêm passando por verdadeira superação da visão piramidal que outrora campeava no ordenamento jurídico pátrio, à medida que as fontes de direito passaram a ser redistribuídas no sistema normativo com o advento da Emenda Constitucional 32/01.

Devem-se alinhar, igualmente, críticas indubitavelmente cabíveis a uma noção já ultrapassada do princípio da legalidade, escorada na suposta primazia do Parlamento e suas leis, para que se possa reavaliar o recrudescimento do Poder Executivo, que, sob o enfoque do Estado pluralista e do princípio constitucional da eficiência, vem se alçando como a instituição mais apta a concretizar os interesses sociais.

¹³ “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:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”



Percebe-se destarte a importância do fenômeno que se convencionou denominar deslegalização e seus efeitos, dentre os quais figura a recepção como regulamentos de leis atinentes à organização e funcionamento do Estado, sem implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Esse fenômeno, como se destacou, afigura-se fundamental harmonizar o ordenamento infraconstitucional com a Constituição. Além disso, apresentou-se a suplantação da ideia de universalidade temática do Legislativo com o advento da Emenda Constitucional nº 32/01, afastando-se definitivamente das atribuições do Congresso legislar sobre a organização e o funcionamento da Administração – sem acréscimo de despesas.

Constata-se, enfim, a possibilidade de alteração de lei formal por meio de regulamento autônomo, no que se refere às matérias que sofreram o processo de deslegalização. É nessa toada que se pode afirmar que vigora atualmente um domínio da produção normativa reservado aos regulamentos. Esse domínio corresponde a uma esfera de competência, a saber, regulamentar autônoma. Percebe-se, portanto que serão inconstitucionais as leis que indevidamente interfiram nessa esfera de competência, sendo lícito à Administração deixar de observar a lei formal, substituindo-a – bem entendido, revogando-a – por meio da edição de um decreto. Essa é a principal consequência da instituição EC 32/01 no que se refere ao sistema de produção de normas brasileiro.

Conclui-se, pois, que a Administração dispõe de mecanismos próprios, à parte valer-se da interposição do Poder Judiciário, para dirimir os conflitos normativos decorrentes de eventuais diplomas legais que violem a liberdade de disposição da Administração Pública por meio dos regulamentos administrativos. Desse modo, a revogação de leis por meio de decretos, no que tange à esfera da competência normativa reservada aos regulamentos afigura-se não apenas viável, mas a técnica constitucionalmente mais adequada.



REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1997..

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2015.

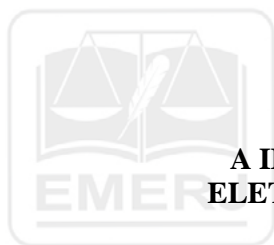
_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.347/DF. Relator Ministro Celso de Mello Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346990>>. Acesso em: 24 set. 2015.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS ELETRÔNICOS ANTE A LITERALIDADE DO ART. 150, VI, “D” DA CRFB/88

Anne Caroline Delgado Miana

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ. Advogada.

Resumo: A evolução tecnológica ocasionou o surgimento de publicações de livros, jornais e periódicos eletrônicos. Por consequência, tornou-se necessária a análise da possibilidade de extensão da imunidade tributária cultural prevista no art. 150, VI, “d” da CRFB/88 a tais publicações eletrônicas, ante o obstáculo proporcionado pela literalidade da norma, que só prevê a imunidade sobre o papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos. O trabalho pretende, por isso, demonstrar a incidência da norma imunizante às publicações eletrônicas, pela natureza e finalidade da imunidade tributária, bem como por serem aquelas bens culturais tais quais os impressos em papel.

Palavras-chave: Direito Tributário. Imunidade Tributária. Livros, Jornais e Periódicos Eletrônicos. Art. 150, VI, “d” da CRFB/88.

Sumário: Introdução. 1. Imunidade Tributária sobre o Livro Eletrônico: uma discussão sobre sua dupla função. 2. A Importância da Natureza Jurídica do Livro e sua Influência na Discussão do Tema. 3. Da Possibilidade de Extensão da Imunidade Tributária de Livros aos Livros Eletrônicos. 4. Tratamento Doutrinário e Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a incidência da imunidade tributária prevista sobre livros eletrônicos ante a literalidade do art. 150, VI, “d”, da CRFB. Sendo o homem um ser social, a comunicação e a interação no seio da sociedade deram ensejo ao surgimento de ferramentas aptas a possibilitar tal mister. Dentre essas, localiza-se o livro, como meio apto à produção e à difusão de ideias, informações e culturas.

No Estado Democrático de Direito, a liberdade na difusão de bens culturais e informacionais é vista como valor essencial, pois permite a manutenção e o aprimoramento do próprio modelo estatal. Para garantir e proteger tal liberdade disposta como direito



fundamental, a CRFB/88 instituiu a imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, prevista no art. 150, VI, “d”.

Durante anos, desde a Era de Gutemberg – a qual revolucionou a prensa mecânica e possibilitou o livro impresso –, o conceito de livro extraído da literalidade do texto do art. 150, VI, “d” da CRFB/88 é concebido como a reunião de folhas de papel.

Contudo, o fenômeno da globalização acentuou o avanço das tecnologias digitais como forma de possibilitar à sociedade atual maior acesso aos bens culturais e informacionais. Nesse contexto, as mídias digitais assumiram grande relevo, sendo necessária a análise da subsunção do conceito de “livro digital” ao conceito de “livro” classicamente concebido.

O trabalho enfoca a necessidade de uma interpretação uniforme da imunidade prevista no art. 150, VI, “d” da CRFB em razão da forte insegurança jurídica gerada pela possibilidade de tributação ou não das operações realizadas com o livro eletrônico.

O primeiro capítulo busca conciliar o choque de interesses que ocorre na dupla função da imunidade, que é uma incompetência tributária dos entes federativos e, ao mesmo tempo, um direito subjetivo dos jurisdicionados.

Em seguida, demonstra-se, com fundamentos constitucionais, que a interpretação da imunidade ora analisada também abrange o livro eletrônico, pela finalidade de tal norma.

O terceiro capítulo tem por escopo demonstrar que é possível enquadrar o livro eletrônico no conceito de “livro” para os fins da regra imunizante.

Por fim, busca-se comprovar que o tratamento jurisprudencial dado ao livro eletrônico na parcela majoritária não é compatível com a interpretação que realiza a vontade da CRFB.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, na medida em que recorrerá à bibliografia de base sobre o tema, ainda que não



haja posicionamento consolidado. Entre as obras citadas, a pesquisadora elegeu aqueles que melhor se coadunaram com a tese ora sustentada.

Tal análise possibilitará a conclusão pela imunidade de impostos sobre o livro eletrônico, de forma a solucionar a insegurança jurídica quanto à incidência tributária sobre tal bem.

1. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE O LIVRO ELETRÔNICO: UMA DISCUSSÃO SOBRE SUA DUPLA FUNÇÃO

A norma inserta no art. 150, VI, “d” da CRFB/88 dispõe o seguinte:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
[...]
VI - instituir impostos sobre:
[...]
d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

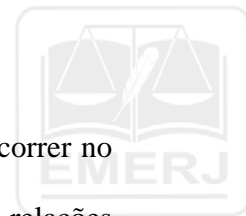
De acordo com entendimento prevalente na doutrina e adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a norma acima se configura como imunidade tributária objetiva¹. A imunidade tributária é verdadeira limitação constitucional ao poder de tributar deferida aos entes federativos. Trata-se de não incidência constitucionalmente qualificada, como forma de obstar a competência constitucional da pessoa política no seu viés legislativo².

Assim, diz-se que a imunidade tributária é uma incompetência tributária das pessoas políticas de direito público interno, por haver uma delimitação constitucional que impede a tributação.

Apesar de configurar uma limitação ao ente político, acaba constituindo um verdadeiro direito público subjetivo conferido ao jurisdicionado, que vê nascer para si o direito de não ser tributado ao praticar os fatos que se situem fora da esfera de incidência delineada

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-ED 206774/RS, Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240706>>. Acesso em: 7 out. 2015.

² CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho apud PONTIERI, Alexandre. O STF e a imunidade tributária de álbuns de figurinhas: cultura e informação. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-03/alexandre-pontieri-stf-imunidade-tributaria-albuns-figurinhas>>. Acesso em: 7 out. 2015.



constitucionalmente. O titular do direito tem, assim, a legítima expectativa de não incorrer no fato imponible excluído da norma de incidência, conferindo-se com isso segurança às relações jurídico-tributárias.

No caso da imunidade conferida sobre os livros, jornais e periódicos bem como sobre o papel destinado à sua impressão prevista no art. 150, VI, “d” da CRFB/88, verifica-se que é o bem cultural o beneficiado pelo conteúdo da norma, e não as pessoas que com ele praticam operações potencialmente tributáveis. Assim, pode-se dizer que a imunidade aqui retratada é objetiva, recaindo sobre o bem em si³.

Dessa forma, não podem os entes tributantes pretender tributar as operações realizadas com o “livro” – ou outros bens culturais elencados no art. 150, VI, “d” da CRFB/88 –, sob pena de incorrerem em violação patente à limitação imposta ao poder de tributar.

Deve-se ter em mente que a imunidade do “livro” apresenta como razão a proteção de certos valores fundantes do Estado Democrático de Direito, podendo-se citar como principais aqueles previstos no art. 5º, IV, IX, XIV, XXVII, 205, 215 e 220 da CRFB/88, quais sejam: a liberdade de comunicação, a liberdade de manifestação do pensamento, a expressão da atividade intelectual, artística, científica, visando ao acesso à informação e à difusão de cultura e da educação, bem como o direito exclusivo dos autores de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar⁴.

O constituinte erigiu tal forma de proteção aos direitos e garantias constitucionais acima elencados para que seja assegurada uma livre manifestação do pensamento, palavras e opiniões sem que haja qualquer embaraço econômico pela incidência de impostos sobre os bens culturais. Mas também visou à difusão de tais bens culturais por meio da desoneração

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-ED 206774/RS, Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240706>>. Acesso em: 7 out. 2015.

⁴ COSTA, Regina Helena. A imunidade do livro eletrônico e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PIRES, Adilson Rodrigues *et. al.*. *Sistema Constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 246.



tributária de seu custo, de modo que o consumidor de tais bens tenha acesso mais facilitado mediante a redução do preço de aquisição.

Objetiva-se, assim, que a população brasileira tenha um nível cultural e intelectual cada vez mais elevado, permitindo-se a profusão de ideias e opiniões plurais, que reflitam a diversidade da sociedade e desenvolvam um espírito crítico nos jurisdicionados. Isso permite a própria manutenção do Estado Democrático de Direito, que se pauta nos pilares da livre manifestação de ideias e pensamentos, além de contribuir para o enriquecimento cultural dos brasileiros.

A respeito, Ives Gandra da Silva Martins, Rogério Gandra da Silva Martins e Soraya David Monteiro Lacatelli⁵ ensinam que:

Trata-se, à evidência, de absoluta vedação ao poder de tributar que assegura não só regime democrático em si, mas, também, possibilita e incentiva a participação da sociedade em ações de interesse plural.

Por isso, o campo de não incidência tributária sobre os fatos praticados com os livros é precisamente delineado constitucionalmente de modo a garantir a proteção dos valores de liberdade acima mencionados. O constituinte buscou resguardar os direitos de primeira geração, impondo-se verdadeira abstenção ao ente político, que deverá tolerar as atividades exercidas pelas pessoas que potencialmente se enquadrariam na esfera de incidência, de modo a não embarçar e restringir a livre produção, difusão e acesso ao conhecimento, cultura, informação – liberdades públicas fundantes do Estado Brasileiro.

Isso faz com que os beneficiados pela norma constitucional tenham a seu favor um verdadeiro direito público subjetivo que não pode ser desrespeitado pelo Fisco, sob pena de indevida intromissão estatal na sua esfera de liberdade. Ao tolerar-se a violação pelo Estado da imunidade tributária estar-se-ia a permitir o abalo ao próprio Estado Democrático de Direito.

⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Gandra da Silva; LOCATELLI, Soraya David Monteiro. Imunidade dos meios eletrônicos de comunicação social. *Revista do Advogado: Direito e Internet*, São Paulo, ano XXXII, n. 115, 77-86, abr. 2012 *Direito e Internet*, p. 78/79.



2. A IMPORTÂNCIA DA NATUREZA JURÍDICA DO LIVRO E SUA INFLUÊNCIA NA DISCUSSÃO DO TEMA

Considerando que o conceito de “livro” é nuclear ao entendimento do alcance da imunidade cultural conferida pelo art. 150, VI, “d” da CRFB, há de se adotar um conceito seguro para sua significação.

Com base em Roque Antonio Carrazza⁶, pode-se conceituar “livro” “[...] não no sentido restrito de conjuntos de folhas de papel impressas, encadernadas e com capa, mas, sim, no de veículos de pensamento, isto é, de meios de difusão da cultura”. Tal conclusão advém da análise histórica do bem considerado cultural e socialmente como “livro”. Não se pode olvidar que desde os primórdios da civilização a manifestação intelectual e cultural do ser humano no meio social se dá por meio de diversos suportes, tais como desenhos rupestres em cavernas, tijolos de barros, folhas de madeira, tábuas de madeira cobertas com cera, papiro, pergaminho e, por fim, o papel, mais comumente conhecido⁷.

Com a invenção da prensa mecânica durante a Idade Média, o mundo conheceu o primeiro livro impresso – a Bíblia de Gutenberg. Desde então, o papel passou a ser o principal meio de difusão do “livro”. Contudo, não se pode confundir o suporte físico do “livro” com a obra em si considerada, como adverte Gustavo Tepedino⁸.

O livro, independentemente da base física que o veicule, é produto do intelecto, derivado do exercício da liberdade de expressão, de opinião e pensamento. Decorre da expressão do espírito humano, se configurando como bem de valor social e cultural. Serve para comunicar e interagir, não se aprisionando no suporte material que o transmite. A

⁶ CARRAZA apud ZIDKO, Guilherme Matos. A imunidade do livro eletrônico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 102, v. 927, jan. 2013, p. 325.

⁷ *Ibidem*. p 319, 320

⁸ “Seja registrado em áudio, traduzido no método Braille, impresso em papel ou codificado em arquivo digital, a obra é a substância, não o veículo. Nas diversas alternativas existentes para o registro e transmissão do texto, cuida-se de livro com suas ideias e informações, expressas pelo Autor.”

“Por isso mesmo, toda obra existe independentemente do instrumento material que lhe serve de base, podendo ser transmitida fielmente por meio de suportes distintos.”. TEPEDINO, Gustavo. Livro eletrônico – incidência da imunidade tributária prevista no art. 150, inc. VI, d, da Constituição da República. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 108, v. 415, p. 341, jan./jun. 2012.



conclusão se coaduna até mesmo com os léxicos, que identificam facilmente na acepção de “livro” a obra autoral⁹.

A Lei 10.753/2003 instituiu a Política Nacional do Livro e dispõe em seu art. 1º, II, que “o livro é o meio principal e insubstituível da difusão da cultura e transmissão do conhecimento, do fomento à pesquisa social e científica, da conservação do patrimônio nacional, da transformação e aperfeiçoamento social e da melhoria da qualidade de vida;”. Assim, até mesmo o ordenamento jurídico identifica o livro como a obra intelectualmente concebida, e não como o suporte físico que o sustenta.

Portanto, a imunidade conferida aos livros, jornais e periódicos como bens culturais em si mesmos considerados abrange tais obras como meios de profusão do pensamento, expressão, ideias, opiniões e liberdades humanas, e não como uma mera coletânea de papéis ou congêneres. Para que não se restrinja o conceito de livro ao suporte físico em papel por força do teor literal da norma contida no art. 150, VI, “d” da CRFB/88, é importante observar a origem histórica da imunidade tributária em análise.

A imunidade cultural foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1946 e se limitava tão somente ao papel destinado à impressão de jornais, periódicos e livros, sem abranger tais obras em si mesmas consideradas. Ou seja, a imunidade não incidia sobre tais bens acabados, mas tão somente sobre o insumo papel que lhes dava suporte. O intuito era proteger o interesse cultural combatendo a alta carga tributária incidente na importação do papel, de forma a fomentar as publicações internas e promover maior acesso à educação e à

⁹ Significado de Livro

1 Conjunto de folhas de papel, em branco, escritas ou impressas, soltas ou cosidas, em brochura ou encadernadas.

2 Obra (manuscrita ou impressa).

3 O que serve de instrução.

4 Folhoso (dos ruminantes).

5 Conjunto de mortalhas de cigarros envoltas em capa.

6 livro das quarenta folhas: baralho de cartas.

7 livros canônicos: os livros da Bíblia.

8 livro eletrônico: edição em formato digital do texto de um livro.

Disponível em < <http://dicionariodoaurelio.com/livro>>. Acesso em 21 jul. 2015.



cultura, bem como combater a censura política promovida pela ditadura vigente com a Carta de 1937¹⁰.

Com o advento da Constituição de 1967 e Emenda Constitucional n. 1/69, a imunidade tributária se estendeu aos livros, jornais e periódicos como bens em si mesmos considerados, mantendo-se também a imunidade sobre o papel utilizado como insumo a tais publicações. Por fim, a CRFB/88 manteve a imunidade cultural sobre os livros, jornais e periódicos, como obras intelectuais acabadas, bem como sobre o papel destinado à sua impressão.

Pode-se observar que pela evolução histórica da imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, “d” da CRFB/88 o constituinte nunca limitou o significado de “livro” ao suporte material impresso por papel. Tanto é assim que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confere tratamento diverso à imunidade incidente sobre os livros, jornais e periódicos – como obras em si mesmas consideradas – quando comparada à incidente sobre o papel enquanto insumo utilizado para tais publicações, reconhecendo no teor do enunciado sumular 657¹¹ que incide a imunidade sobre materiais congêneres ao papel, como filmes e papéis fotográficos.

Nas lições de Gustavo Tepedino¹², pode-se sintetizar o conceito de livro:

O livro, por sua importância histórica na difusão do conhecimento, da arte e da cultura, constitui-se em instrumento privilegiado de manifestação do pensamento e da liberdade de expressão, princípios constitucionais inseridos, com deliberada insistência, no rol das garantias fundamentais do ordenamento brasileiro (art. 5º, incs. IV, IX, XIV, e art. 220 da CR). Consiste no conteúdo da informação concebido pelo autor. Em outras palavras, o livro, seja de que espécie for, afigura-se obra em si considerada, e não o suporte mediante o qual é transmitido.

Logo, o livro desempenha função precípua na difusão da cultura humana, razão pela qual é protegido constitucionalmente de tributação por impostos, de modo que haja acesso facilitado a tal instrumento do desenvolvimento humano.

¹⁰ BRIGAGÃO, Gustavo; MELLO, Letícia de Santis Mendes de Farias. A imunidade tributária dos livros eletrônicos. In: PIRES, Adilson Rodrigues *et. al.*. *Sistema Constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 301.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 657: “A imunidade prevista no art. 150, Vi, “d”, da Constituição Federal abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos.”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em 21 jul. 2015.

¹² TEPEDINO, op. cit. p. 345.



3. DA POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE LIVROS AOS LIVROS ELETRÔNICOS

Visto o conceito de livro, há de se analisar a possibilidade de extensão da imunidade cultural aos livros eletrônicos, por meio da interpretação da regra imunizante.

Seguindo-se os ensinamentos de Ricardo Lodi Ribeiro pautados em Larenz¹³, deve-se superar a utilização *a priori* das duas correntes de pensamento atualmente prevalentes em sede de interpretação das imunidades: a extensiva¹⁴ e a restritiva¹⁵.

Para o autor, deve-se utilizar na interpretação da norma tributária uma pluralidade metodológica, tal qual nas normas jurídicas em geral. Isso porque não há hierarquia entre os diversos métodos, prevalecendo, conforme o caso concreto, um ou outro, razão pela qual não há um método específico para a norma tributária¹⁶.

Ao analisar-se a norma do art. 150, VI, “d” da CRFB a partir da interpretação literal, verifica-se que a enumeração dos bens ali contidos é taxativa. Isso porque o jornal, o livro e o periódico são veículos de comunicação e expressão de ideias, já o papel destinado à sua

¹³ RIBEIRO, Ricardo Lodi. A imunidade do livro eletrônico no STF. In: PIRES, Adilson Rodrigues et. al. *Sistema Constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 245-255.

¹⁴ Baseada na proteção da liberdade de expressão intelectual e do direito de informação, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 330.817/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28330817%2EENUME%2E+OU+330833%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jvkybj5>>. Acesso em 9 set. 2015.

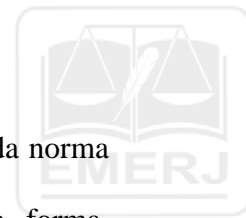
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 327.414 AgR/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28327414%2EENUME%2E+OU+327432%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qak3rbg>>. Acesso em 9 set. 2015.

¹⁵ Baseada na exceção à regra de competência tributária dos entes federativos, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 564.413/SC. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28564413%2EENUME%2E+OU+564456%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/puavn7c>>. Acesso em 9 set. 2015.

¹⁶ “Modernamente, no Estado Social e Democrático de Direito, marco pelo pós-positivismo e pela sociedade de risco, há uma pluralidade metodológica, não existindo hierarquia entre os vários métodos, que, embora possam por vezes apontar para resultados contraditórios, como assinalou Engisch, constituem manifestações interdependentes na atividade hermenêutica.”

“Deste modo, a interpretação não se dá a partir da escolha de um critério, mas mediante um procedimento único em que o hermeneuta vai-se utilizar de todos os métodos, prevalecendo, de acordo com o caso concreto, um ou outro. É justamente por isso que Larenz evita falar *métodos*, preferindo a expressão *pontos de vista diretos*.” Grifado no original. RIBEIRO, op. cit. p. 279.



impressão é um insumo. Falta identidade aos elementos que constituem o conteúdo da norma imunizante, o que revela a inexistência de um caráter exemplificativo. Dessa forma, imunidade do livro como produto final é distinta da imunidade do papel como suporte físico, sendo que esta só se justifica com a finalidade de servir como veículo difusor para os livros.

Observe-se que a analisada Lei 10.753/03¹⁷ não tem o condão de restringir a imunidade constitucional ao estabelecer em seu art. 2º¹⁸ que apenas o livro eletrônico destinado a cegos está inserido no conceito legal de livro, pela Supremacia da Constituição¹⁹. Na verdade, acaba por demonstrar a inserção das publicações eletrônicas nos limites semânticos possíveis da palavra “livro”.

Avançando, a interpretação histórica possui íntima ligação com o método teleológico²⁰. Foi visto no capítulo antecedente que a razão do surgimento da imunidade cultural se deu pela proteção da liberdade de imprensa escrita.

Na interpretação histórica, não se podem considerar isoladamente as compreensões pessoais de cada parlamentar, nem se pode ser demasiadamente objetivista, pesquisando-se o sentido do texto apenas na própria norma²¹. Os limites oferecidos pelo sentido literal possível são fixados pelo legislador histórico. Logo, uma vontade não encontrada nas possibilidades derivadas do texto não pode ser dele extraída pela aplicação da norma de acordo com o novo contexto social, sob pena de resultar na integração ou complementação do direito.

¹⁷ Institui a Política Nacional do Livro.

¹⁸ Art. 2º Considera-se livro, para efeitos desta Lei, a publicação de textos escritos em fichas ou folhas, não periódica, grampeada, colada ou costurada, em volume cartonado, encadernado ou em brochura, em capas avulsas, em qualquer formato e acabamento.

Parágrafo único. São equiparados a livro:

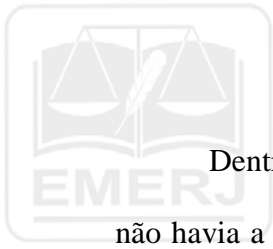
[...]

VII - livros em meio digital, magnético e ótico, para uso exclusivo de pessoas com deficiência visual;

¹⁹ COSTA, Regina Helena. A imunidade do livro eletrônico e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PIRES, Adilson Rodrigues *et. al.*. *Sistema Constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 247.

²⁰ Por tal método, pesquisa-se a intenção reguladora do legislador, revelando-se a vontade deste a partir dos fins da norma, sua repercussão sócio-política e tendência global.

²¹ Há se de adotar uma corrente unificadora, que deve levar em consideração (i) o sentido que a lei tem hoje, pois só irradia plenamente sua ação normativa diante do caso concreto, afastando-se, com o tempo, das ideias de seus autores e atingindo fatos por esses não conhecidos; e (ii) a intenção reguladora e a valoração promovida pelo legislador histórico, em respeito à vinculação do intérprete da norma.



Dentro dos limites semânticos vigentes nas Constituições de 1946, 1967 e EC n. 1/69, não havia a previsão do livro eletrônico. Apenas com a CRFB/88 o mundo virtual se iniciou, mas não havia internet nem comercialização de livros digitais. Logo, não se sustenta a tese que nega a imunidade aos livros eletrônicos a partir de um silêncio eloquente do constituinte²², pois não poderia optar por excluir da imunidade o que não estava em sua esfera de previsão. Nem há que se falar em lacuna superveniente, pois como visto os sentidos possíveis extraídos da palavra “livro” englobam o eletrônico.

Dentro da interpretação histórica, é necessário considerar a intenção reguladora do constituinte ao estabelecer a imunidade cultural, qual seja, a proteção da liberdade de imprensa e de difusão de ideias e informações em face das ações restritivas estabelecidas pelo regime ditatorial anterior. Essa intenção reguladora relacionada com a liberdade de pensamento deve ser sempre preservada pela interpretação.

Por fim, pela interpretação teleológica, buscam-se os fins e os objetivos da norma, utilizando-se o elemento finalístico. Há de se harmonizar o âmbito da norma imunizante com a intenção reguladora do legislador de proteger a liberdade de expressão e de difusão de informações, mediante os desafios da sociedade atual no contexto da evolução cibernética.

A atual veiculação de informações e opiniões se dá não só por tradicionais impressos manuscritos confeccionados com papel, mas também por mecanismos virtuais que ganham força na sociedade. Essa natureza das coisas não pode ser negada, pois restringir-se a liberdade de imprensa aos meios impressos é reduzi-la gradativamente, na medida em que muitas publicações impressas deixaram de existir, constituindo-se tendência moderna²³. Também não se podem desconsiderar os princípios ético-jurídicos de igualdade de acesso à informação e de democratização na produção dos bens culturais imanentes à razão da imunidade cultural do art. 150, VI, “d” da CRFB.

²² BRIGAGÃO; MELLO, op. cit. p. 302 e 303.

²³ Ibidem p. 299.



4. TRATAMENTO DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

O tema abordado é polêmico, tendo em vista a multiplicidade de interpretações que podem ser aplicadas ao art. 150, VI, “d” da CRFB/88. Tal fato gera grande insegurança jurídica, pois permite que os Tribunais Estaduais e Federais, bem como os próprios Tribunais Superiores exarem decisões com múltiplos fundamentos, tanto no sentido do reconhecimento da imunidade tributária sobre o livro eletrônico quanto de não reconhecimento.

Isso gerou a afetação do tema à sistemática da Repercussão Geral, por meio do RE 330.817/RJ²⁴. Relevante a realização de breve digressão sobre as razões de tal afetação, pois esclarece a divisão dos Tribunais em duas correntes, basicamente: uma restritiva e outra extensiva.

A corrente restritiva²⁵ se apoia na interpretação literal do dispositivo, de modo que a imunidade incide sobre o papel destinado à impressão dos livros, jornais e periódico apenas. Defende que ao tempo da edição da CRFB/88 já existiriam outros meios para a difusão da cultura e o constituinte não quis estendê-los à imunidade. Assim, não seria possível desvirtuar a vontade expressa do poder constituinte originário, que teria feito um silêncio eloquente.

O STF já foi adepto da corrente restritiva, mas evoluiu para admitir a aplicabilidade da imunidade a materiais correlatos ao papel, como filmes e papéis fotográficos assimiláveis ao papel, consoante enunciado 657 da Súmula²⁶ de sua jurisprudência dominante²⁷.

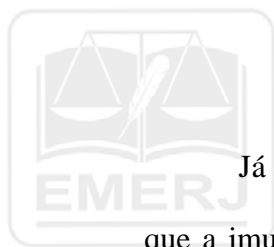
²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 330.817/RJ, Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28330817%20ENUME%2E+OU+330833%20EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jvkybj5>>. Acesso em: 8 set. 2015.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 324.600-AgR, Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=351956>>. Acesso em: 9 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 178.863, Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224076>>. Acesso em: 9 set. 2015.

²⁶ BRASIL. Súmula 657: “A imunidade prevista no art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos.”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em 9 set. 2015.

²⁷ Sob tal fundamento, o STF também reconheceu a imunidade sobre filmes destinados à produção de capas de livros. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 392.221/SP, Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261704>>. Acesso em 9 set. 2015.



Já a corrente extensiva, capitaneada pelo Ministro do STF Celso de Mello, entende que a imunidade tributária cultural tem um significado e teleologia de proteção do exercício da liberdade de expressão intelectual e do direito de informação, consoante se depreende do RE 327.414 AgR/SP²⁸.

Pela corrente extensiva, deve ser feita interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, de modo que a imunidade serve para conferir efetividade aos princípios da livre manifestação de pensamento e da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, o que veicularia a intenção do constituinte. Desse modo, o foco da desoneração não deve ser o suporte, mas sim a própria difusão dos bens culturais.

Realizando interpretação integrativa, tal corrente extensiva compreende que a imunidade cultural é ampla e total, englobando produto, maquinário e insumos. A referência dos elementos no preceito constitucional seria exemplificativa e não exaustiva. Vide, nesse sentido, o RE 202.149/RS²⁹, que, no entanto, discutiu a imunidade de componentes e similares que acompanham o livro ou periódico, e não a envergadura da norma imunizante quanto aos suportes físicos em si.

Nessa linha extensiva, o STF já reconheceu a imunidade cultural sobre o álbum de figurinha³⁰, sobre apostilas³¹ e sobre listas telefônicas³², aplicando sempre a interpretação

²⁸ BRASIL. RE 327414 AgR/SP. Relator: Ministro: Celso de Mello. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607706>>. Acesso em 9 set. 2015.

²⁹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Extraia-se da Constituição Federal, em interpretação teleológica e integrativa, a maior concretude possível. IMUNIDADE – “LIVROS, JORNAIS, PERIÓDICOS E O PAPEL DESTINADO A SUA IMPRESSÃO” – ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA “D”, DA CARTA DA REPÚBLICA – INTELIGÊNCIA. A imunidade tributária relativa a livros, jornais e periódicos é ampla, total, apanhando produto, maquinário e insumos. A referência, no preceito, a papel é exemplificativa e não exaustiva. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 202.149. Relator p/ acórdão: Ministro Menezes Direito. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28202149%2EENUME%2E+OU+202120%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q457pep>>. Acesso em 9 set. 2015.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministra Ellen Gracie. RE 221.239/SP. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249506>>. Acesso em 9 set. 2015.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 183.403/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=227327>>. Acesso em 9 set. 2015.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 199.183/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=236553>>. Acesso em 9 set. 2015.



teleológica, reconhecendo na *ratio* do instituto a difusão da liberdade de expressão e comunicação.

Por retratar didaticamente os argumentos apresentados nos capítulos anteriores, relevante mencionar acórdão do TRF3³³. A decisão adota como razões de decidir a necessidade de interpretação teleológica da imunidade cultural, considerando-se a sua função precípua de fomentar a difusão do pensamento, expressão, ideias, opiniões e liberdades humanas. Aponta ainda a impossibilidade de o aplicador da norma desconsiderar a realidade fática posta, qual seja, o dinamismo social que impôs um novo significado para o livro, que pode apresentar a roupagem eletrônica.

³³ TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO LEGAL. IMUNIDADE. MATERIAL DIDÁTICO DESTINADO AO ENSINO DA LÍNGUA INGLESA. CD-ROM, CD ÁUDIO, FITAS DE VÍDEO, FITAS CASSETE DE ÁUDIO E VÍDEO, PÔSTERES, FLASHCARDS, FICHAS DE CONTEXTO, GRÁFICOS, BROCHURAS E FANTOCHES. PRECEDENTES. 1. O cerne da questão se cinge à possibilidade de extensão da imunidade prevista no art. 150, inc. VI, alínea "d" da Constituição da República a livros com suporte em CD-ROM, fitas cassete de áudio e vídeo, pôsteres, flashcards, fichas de contexto, gráficos e fantoches, todos voltados para o ensino infantil da língua inglesa. 2. Tal preceito prestigia diversos valores, tais como a liberdade de comunicação e de manifestação do pensamento; a expressão da atividade intelectual, artística e científica; o acesso e difusão da cultura e da educação; dentre outros. 3. É bem verdade que, segundo as regras de hermenêutica, o direito excepcional deve ser interpretado literalmente. Todavia, não se pode olvidar que a sociedade não é estanque, pelo contrário, é dinâmica. Esse dinamismo engendra a constante evolução das relações jurídicas, o que obriga o Direito a se amoldar às novas situações que vão surgindo, a fim de cumprir o seu papel. 4. Conquanto a imunidade tributária constitua exceção à regra jurídica de tributação, não nos parece razoável atribuir-lhe interpretação exclusivamente léxica, em detrimento das demais regras de hermenêutica e do "espírito da lei" exprimido no comando constitucional. 5. Nos idos de 1987 e 1988 não se cogitava de livros, jornais e periódicos em meio magnético, eletrônico ou digital, como nos dias correntes, razão pela qual não se poderia exigir a sua explícita previsão na literalidade do preceito imunizante. 6. A menção às espécies "em papel" encontra pertinência na medida em que era, naqueles tempos, a modalidade mais usual, senão a única até então concebível em face do estágio tecnológico experimentado à época. 7. Hodiernamente, o vocábulo "livro" não se restringe à convencional coleção de folhas de papel, cortadas, dobradas e unidas em cadernos, como se depreende da acepção encontrada no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa como 2.1 livro (acp. 2) em qualquer suporte (ex., papiro, disquete etc) (1ª ed., Editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2001, p. 1.774). 8. Interpretar restritivamente o art. 150, VI, "d" da Constituição, atendo-se à mera literalidade do texto e olvidando-se da evolução do contexto social em que ela se insere, implicaria inequívoca negativa de vigência ao comando constitucional. 9. In casu, a melhor opção ao intérprete é a interpretação teleológica, buscando aferir a real finalidade da norma, de molde a conferir-lhe a máxima efetividade, privilegiando, assim, aqueles valores implicitamente contemplados pelo constituinte. 10. Os livros, jornais e periódicos são veículos de difusão de informação, cultura e educação, independentemente do suporte que ostentem ou da matéria prima utilizada na sua confecção e, como tal, fazem jus à imunidade postulada. 11. Não há que se falar, de outro lado, em aplicação de analogia para ampliar as hipóteses de imunidade, mas tão-somente da adoção de regras universalmente aceitas de hermenêutica, a fim de alcançar o verdadeiro sentido da norma constitucional. 12. Precedentes: Turma Suplementar da Segunda Seção, Rel. Juíza Eliana Marcelo, ED na AC n.º 2001.61.00.020336-6, j. 11.10.2007, DJU 05.11.2007, p. 648; TRF3, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Nery Junior, AMS 307236, DJF3 CJ1 27/10/2009, p. 58, j. 17/09/2009; TRF3, Sexta Turma, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, AMS 222533, DJF3 06/10/2008, j. 07/08/2008. 13.º Agravo legal improvido. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Relatora: Des. Federal Consuelo Yoshida Disponível em <<http://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em 8 set. 2015.



CONCLUSÃO

A norma do art. 150, VI, “d” da CRFB/88 desempenha dupla função: além de limitar o poder de tributar do Estado, estabelece um direito público subjetivo em favor do sujeito passivo da obrigação tributária. Assim, a imunidade tributária cultural deve ser reconhecida também ao livro eletrônico, por desempenhar a mesma função do livro em papel, isto é, proteger os valores democráticos fundantes do Estado brasileiro: liberdade de comunicação e de manifestação de pensamento, a expressão da atividade intelectual e artística, direito de acesso à informação e à educação, difusão de cultura e educação, além do direito autoral.

A limitação do conceito de livro à base física constituída de papel gera incongruência na finalidade da norma imunizante acima apontada, pois o “livro” é na verdade o bem cultural, produto do intelecto humano. Como obra autoral, não pode se aprisionar a um veículo físico pré-determinado, sob pena de redução das liberdades públicas tuteladas pela imunidade cultural. Logo, não há razão para se negar a imunidade ao livro eletrônico.

Para corroborar a conclusão de possibilidade de extensão da imunidade cultural aos livros eletrônicos, há que se superar a utilização tradicional que polariza a interpretação da imunidade tributária em restritiva ou ampliativa. Em razão de os elementos enumerados no art. 150, VI, “d” da CRFB/88 não se identificarem – pois jornal, livro e periódico são veículos de comunicação e expressão, já o papel é um insumo – há enumeração taxativa. Mas ao se recorrer a uma pluralidade metodológica, pelo viés histórico e teleológico, é possível se estender a imunidade cultural ao livro eletrônico.

Isso porque o livro eletrônico se enquadra no sentido literal possível de “livro”, pois ambos desempenham a função de bens culturais. Há de se preservar a intenção reguladora do constituinte de proteger a liberdade de expressão e de difusão de informações no contexto da atual evolução cibernética e tecnológica, de modo que as publicações em formato eletrônico sejam também protegidas pela imunidade cultural.



Desse modo, conclui-se pela possibilidade de extensão da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “d” da CRFB/88 aos livros, jornais e periódicos eletrônicos, pois se atende, assim, a finalidade da norma, de modo a favorecer a manutenção do Estado Democrático de Direito. Para tanto, há que se pacificar tal entendimento no âmbito da jurisprudência do STF, de modo a vincular a Administração Tributária e o próprio Judiciário a tal conclusão, para permitir a segurança ao jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 mar. 2015.

_____. Dicionário do Aurélio. Disponível em <<http://dicionariodoaurelio.com/livro>>. Acesso em 21 jul. 2015.

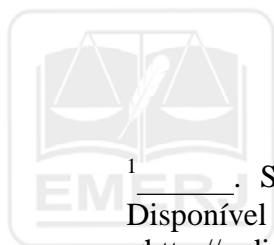
_____. Súmula 657. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em 9 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 330.817 RG/RJ. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2848329>>. Acesso em: 7 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 327.414 AgR/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28327414%20ENUNME%2E+OU+327432%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qak3rbg>>. Acesso em 9 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 564.413/SC. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28564413%20ENUNME%2E+OU+564456%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/puavn7c>>. Acesso em 9 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 330.817/RJ, Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28330817%20ENUNME%2E+OU+330833%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jvkybj5>>. Acesso em: 8 set. 2015.



¹_____. Supremo Tribunal Federal. RE 324.600-AgR, Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=351956>>. Acesso em: 9 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 178.863, Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224076>>. Acesso em: 9 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 392.221/SP, Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261704>>. Acesso em 9 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 202.149. Relator p/ acórdão: Ministro Menezes Direito. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28202149%2ENU%2E%2E+OU+202120%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q457pep>>. Acesso em 9 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministra Ellen Gracie. RE 221.239/SP. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249506>>. Acesso em 9 set. 2015.

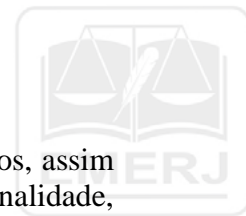
_____. Supremo Tribunal Federal. RE 183.403/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=227327>>. Acesso em 9 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 199.183/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=236553>>. Acesso em 9 set. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Relatora: Des. Federal Consuelo Yoshida Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em 8 set. 2015.

BRIGAGÃO, Gustavo; MELLO, Letícia de Santis Mendes de Farias. A imunidade tributária dos livros eletrônicos. In: PIRES, Adilson Rodrigues *et. al.*. *Sistema Constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

COSTA, Regina Helena. A imunidade do livro eletrônico e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PIRES, Adilson Rodrigues *et. al.*. *Sistema Constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.



MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidade de impostos de jornais, livros, periódicos, assim como do papel de imprensa. Art. 150, inc. IV [sic], d, da CF. Norma que, pela sua finalidade, deve alcançar também livros, periódicos e jornais eletrônicos ou digitais. Disciplina legal do COFINS e PIS para as receitas advindas desses bens. Desnecessidade de as empresas filiarem-se à ANCINE ou contribuírem com a CONDECINE por não serem empresas cinematográficas ou publicitárias. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 106, v. 409, p. 363-396, mai./jun. 2010.

_____; MARTINS, Rogério Gandra da Silva; LOCATELLI, Soraya David Monteiro. Imunidade dos meios eletrônicos de comunicação social. *Revista do Advogado: Direito e Internet*, São Paulo, ano XXXII, n. 115, 77-86, abr. 2012.

NOWACZYK, Fábio Weber. Imunidade dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão. Livro eletrônico. In: Ana Caroline K. de Lima Leopoldo et. al.. *Imunidades tributárias e direitos fundamentais*. Difini, Luiz Felipe Silveira (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A imunidade do livro eletrônico no STF. In: PIRES, Adilson Rodrigues et. al.. *Sistema Constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANTOS, Telma Maria Freitas Alves dos. Imunidade tributária e o livro eletrônico. In: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães (Org.). *Tratado das imunidades e isenções tributárias*. São Paulo: Verbatim, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Livro eletrônico – incidência da imunidade tributária prevista no art. 150, inc. VI, d, da Constituição da República. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 108, v. 415, p. 341-360, jan./jun. 2012.

VELLOSO, Andrei Pitten. Imunidade tributária do livro digital: fundamentos e alcance. In: PIRES, Adilson Rodrigues et. al.. *Sistema Constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux*. GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZIDKO, Guilherme Matos. A imunidade do livro eletrônico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 102, v. 927, p. 315-343, jan. 2013.



EFETIVIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DIANTE DA NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE TENDO EM VISTA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Barbara Silva de Albuquerque

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós Graduada em Direito Privado Patrimonial pela Pontifícia Universidade Católica.

Resumo: O direito à saúde é um dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. Não há dúvidas de que viver bem é anseio de qualquer ser humano. O Estado é o órgão principal para promover medidas adequadas e criar um aparato estrutural, capaz de suprir as necessidades básicas de cada cidadão. Ao se manter omissos nessa função, estará violando frontalmente o comando disposto na Carta Política Brasileira. Com o objetivo de evitar tais casos, o legislador criou mecanismos para a proteção desse direito, como a ação civil pública. A essência do trabalho é abordar os princípios que envolvem a concretização dessas políticas públicas de saúde pelo Judiciário, através da interposição dessa referida ação constitucional pelo Ministério público.

Palavras-chave: ACP. Serviços Públicos de saúde. Princípio da separação dos poderes.

Sumário: Introdução. 1. Política de serviços públicos de saúde: direito à saúde, competência e omissão. 2. A mitigação do princípio da separação dos poderes para permitir a efetivação dos direitos fundamentais. 3. Posição da jurisprudência diante da interposição da Ação Civil Pública com pedido de contratação de serviço público de saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como objetivo verificar a efetividade da Ação Civil Pública, como ação de garantia constitucional, diante da inércia do poder público na implementação de serviços públicos de saúde.

O direito à saúde caracteriza-se como direito individual indisponível e está previsto na Constituição Federal em seu artigo 196. Não há dúvidas de que a estrutura básica da vida do



ser humano está fundada na sua saúde, é ela que lhe dá forças para seguir seu caminho do nascimento até sua morte.

Assim, o Estado deve promover políticas públicas de acesso universal à saúde, sendo competente para tal o Poder Executivo dos poderes da República, sendo todos solidários.

No entanto, no mais das vezes, o que se vê é um descaso muito grande do Poder Executivo em implantar tais políticas. Falhando o Executivo em sua tarefa, resta ao cidadão recorrer ao Poder Judiciário para ver seu direito concretizado, um desses mecanismos para a proteção dos direitos do cidadão é a Ação Civil Pública.

No entanto, essa mesma Constituição Federal que prevê o direito universal à saúde, prevê também a separação dos poderes. Os poderes da República devem atuar com parcimônia e igualdade, não podendo se sobrepor ao outro, conforme art. 2º da CRFB.

Nesse ponto se concentra o objetivo principal desse artigo, que é verificar no caso concreto de omissão do poder executivo, a viabilidade de interposição da ação civil pública, com pedido para a implementação de políticas públicas de saúde.

A doutrina e jurisprudência apresentam alguns embates ao julgamento dessas ações pelo judiciário, tendo como principais argumentos o princípio da separação dos poderes e a chamada reserva do possível. É preciso analisar a força desses dois argumentos diante da análise dessas ações universal à saúde e a vida.

Por fim, o trabalho visa a esclarecer a efetividade da Ação Civil Pública como instrumento capaz de fazer o Poder Executivo fornecer o direito à saúde, unindo harmonicamente os dispositivos da Constituição Federal.

1. POLÍTICA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE: DIREITO À SAÚDE, COMPETÊNCIA E OMISSÃO



O art. 196 da Constituição Federativa do Brasil determina que o direito à saúde é um direito de todos e uma obrigação do Estado, a ser implementado através de políticas sociais e econômicas. O legislador elevou o direito à saúde como fundamental, definindo que o cidadão tem direito ao acesso universal e igualitário aos serviços e ações deste direito.

Por óbvio verificamos que não se trata de mera norma programática, a qual se faz necessária a elaboração de legislação complementar para que possa ser exercida pelo cidadão. Se assim fosse, seria dizer que o legislador fez constar tão somente uma promessa a um direito tão fundamental ao homem.

Nesse sentido traduz interessante passagem do livro do Min. Gilmar Ferreira Mendes¹:

[...] Dizer que a norma do art.196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeito, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar força normativa da Constituição.

Não se pode negar a prestação de medidas de combate a doenças sob o argumento de que se trata de norma programática. Com certeza a adoção desse pensamento seria por via reflexa dar azo à indiferença de proteção do ser humano, o que ocasionaria, como vem ocorrendo com diversos outros direitos, a acomodação do Estado em prestá-lo.

Assim, esse direito não é um direito a ser efetivado ao bel prazer do Estado, ele é um dever, uma obrigação. O direito à saúde vincula-se fundamentalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana, não há como imaginar que um ser humano possa viver com dignidade e respeito se não houver a proteção a sua saúde. Ele é o verdadeiro direito à vida.

Para ser alcançado, necessário se faz a criação de políticas públicas de saúde, sendo de função do Estado, do poder executivo dos três poderes, ou seja, da União, do Estado, Distrito Federal e dos Municípios. O legislador previu a competência comum entre os entes, para a prestação desse serviço, levando em consideração a sua essencialidade, não poderia ficar tão importante direito vinculado a um só ente.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 643.



Como acontece com os direitos fundamentais, a programação de efetivação dos direitos à prestação universal à saúde, necessita que esses entes solidários a concretize através de medidas preventivas ou repressivas de combate a doenças.

A jurisprudência e doutrina são uníssonas nesse entendimento, de que o art. 196 da CRFB é de cumprimento imediato:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra escrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, 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. [...] ²

Assim, o Estado deve adotar medidas para concretizar esse direito, sob pena de violação, seja ela comissiva ou omissiva (o não fazer, ou não prestar). O deixar de cumprir um dever legal também deixa sem efetividade a Lei Fundamental.

O Min. Celso de Mello ³, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, assim fundamentou seu voto relacionado à omissão do Estado:

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-administrativa, 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.

Na verdade, o que mais se vê na prática no Estado Brasileiro é essa omissão quando se trata de saúde pública. Como dito acima, o direito à saúde é fundamental, nesse sentido o professor, Uadi Lammêgo Bulos ⁴, em interessante passagem do seu livro ressalta que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, devendo o Estado executá-lo pessoalmente ou por intermédio de terceiros.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 368.041. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2079248>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 185/794-796. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1555.



O Estado, não deve abster-se da prestação desse serviço, sob pena de violação direta à Constituição Federal. A concretização pode ser feita pelo próprio Estado ou por terceiros por esse contratado, o que importa é a prestação do serviço em si.

Cabe aqui abrir um parênteses para trazer a violação positiva, ou seja, a “omissão” através da prestação. Isso também é bem recorrente no Estado Brasileiro, a prestação falha, quase inexistente do serviço de saúde. A mera existência de hospitais e postos de saúde não configuram a efetiva prestação do serviço. De toda forma, seja com a prestação falha ou com a negativa de prestação quem sofre é a população.

Por tudo quanto exposto, as atitudes acima narradas, violam o direito à vida, à preservação da vida, o princípio da dignidade da pessoa humana e, o maior de todos, a Lei Fundamental do Estado: a Constituição Federativa do Brasil.

Assim, essa população tão sofrida, diante desse cenário de omissão não pode ficar inerte. É nesse momento que a maior parte recorre ao Poder Judiciário, ou as que a esse não recorrem, são beneficiadas por ações de tutela coletiva, ofertadas por diversos legitimados.

Hoje tem-se diversas ações civis públicas cujo objeto é a contratação de médicos e compras de medicamentos; uma delas movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro tem o pedido de contratação de médicos para o Hospital Souza Aguiar, no entanto está em julgamento no Supremo Tribunal Federal com repercussão geral (RE. 684.612)⁵.

O foco não é essa ação em si, mas o seu objeto, que esta presente muitas outras ações. Será analisado a seguir a possibilidade desse instrumento Constitucional tão importante ser efetivado na prática com a concessão do pedido formulado, sem violar os argumentos trazidos pelo Estado, como o princípio da separação dos poderes e a reserva do possível.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684612. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4237089>>. Acesso em: 9 setembro 2015.



2. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES PARA PERMITIR A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os princípios constitucionais são enunciados dispostos na Constituição da República, eles correspondem aos valores os quais a sociedade brasileira entende como fundamental.

Dentre os princípios adotados pela Constituição, está o da separação dos poderes, que possui tamanha importância que já vem disposto logo no art. 2º da CRFB⁶: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A concentração dos poderes não mão de uma só pessoa não leva à igualdade, à democracia. Por isso, a Constituição os dividiu entre os três Entes Federativos, dando a cada um funções específicas, na tentativa de tornar a sociedade brasileira a mais democrática possível, assim, evitando que um poder se sobreponha sobre o outro.

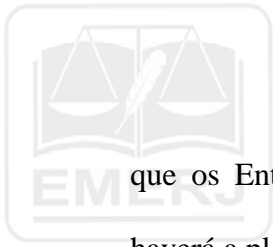
O Poder Legislativo foi encarregado da função normativa de elaboração das leis; ao Poder Executivo foi destinada as funções de Chefe de Estado, além das funções administrativas do país; ao Poder Judiciário coube a aplicação das leis, a solução dos conflitos de interesse e a guarda do documento mais importante do Estado Brasileiro, a Constituição Federal.

O trabalho não entra nesse mérito específico, mas é preciso ressaltar que apesar de cada Poder ter uma função típica predeterminada, possuem também algumas funções atípicas autorizadas pela própria CRFB. Nesse sentido, descreve José dos Santos Carvalho Filho⁷: “Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos poderes. Há sim preponderância”.

Dessa forma, para que seja alcançada a Democracia, é preciso que os poderes sejam exercidos com parcimônia, ou seja, nos limites estabelecidos própria Constituição. Contanto

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 julho. 2015.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.



que os Entes Federativos atuem com respeito mútuo das prerrogativas dispostas naquela, haverá a plena harmonia no exercício dos poderes.

A base da sociedade brasileira está fincada na democracia, assim, em alguns casos, é permitido a interferência de um poder sobre o outro. É a aplicação direta do chamado mecanismo de freios e contrapesos. Aqui há a aplicação de mais um princípio, qual seja, o da harmonia entre os poderes, pois somente dessa forma os entes estarão se desenvolvendo de forma plena e eficaz através de uma colaboração mútua para impedir abuso do poder e o autoritarismo.

É a própria Constituição que traz essa necessidade de freios e contrapesos de um poder sobre o outro, como por exemplo, quando o Legislativo elabora leis que devem passar pela sanção ou veto do Poder Executivo, tudo na mais perfeita harmonia.

Assim, existe o princípio da separação dos poderes, com cada poder tendo sua função específica, atuando com a devida harmonia evitando arbítrios, omissões e exageros. Com isso, a intervenção do Judiciário na esfera Administrativa para a implantação de políticas públicas de saúde pode ser vista, não como uma invasão de um poder sobre o outro, mas sim como uma harmonia, tão necessária para a manutenção da República.

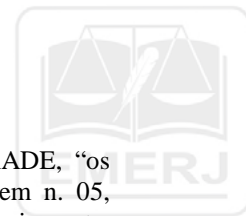
Bulos⁸, seguindo o mesmo entendimento desse trabalho, chama essa ingerência de flexibilidade do princípio da separação dos poderes, na medida em que o constituinte, ao permitir a ingerência de um poder sobre outro, criou um mecanismo de freios e contrapesos, necessários a harmonia das funções estatais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹, permite essa intervenção, principalmente quando trata da eficácia das normas constitucionais.

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

⁸ BULOS, op. cit., p. 514.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/45. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 07 julho 2015.



e 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.

Portanto, é necessário que o Poder Judiciário em determinadas situações possa intervir no âmbito de atuação do Poder Executivo, principalmente quando a questão envolve os direitos fundamentais. Nesse atuar, não estará violando o princípio da separação dos poderes, mas apenas o flexibilizando para a aplicação do também princípio da harmonia dos poderes, evitando o arbítrio do Poder Executivo sobre a necessária implementação de políticas públicas.

3. POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DIANTE DA INTERPOSIÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE CONTRATAÇÃO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A ação constitucional chamada de “ação civil pública” é um instrumento de grande importância para a sociedade brasileira. É um instrumento processual que não faz valer apenas o direito individual, mas sim o direito coletivo, beneficiando uma grande parcela da população atingida pelo descaso dos Governantes.

A utilização dessa ação coletiva está disposta em diversos diplomas jurídicos, com um campo abrangente de legitimados a sua propositura. Entretanto, este artigo limitará a atuação do órgão do Ministério Público.

A Constituição Federal dispôs expressamente em seu art. 129 III da competência do Ministério Público: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) promover o



inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]”¹⁰.

O Ministério Público é uma instituição importante para a manutenção do Estado Democrático de direito. A sua função está em proteger não só a coletividade, como a própria República, com atuação destinada à defesa dos interesses sociais e políticos.

Emerson Garcia, assim corrobora do entendimento ao citar Antônio Cláudio da Costa Machado:

Como concluiu Antônio Cláudio da Costa Machado, a “função do Ministério Público”, apesar de instrumental é essencial ao exercício da jurisdição, já que representa o meio de que se vale a lei processual para aprimorar e legitimar a atuação dos direitos indisponíveis. O judiciário, com sua atividade, tem por escopo atuar o direito; o parquet legitimar essa atuação nas hipóteses de direitos indisponíveis¹¹.

Não há dúvidas que o direito à saúde está determinado entre os interesses sociais e individuais indisponíveis da sociedade, sendo assim plenamente cabível a utilização ação civil pública para a proteção desse direito.

Nesse sentido foi o entendimento do Ministro Eros Grau¹² quando citou e seguiu o acórdão do Min. Celso de Mello:

Afirmou que o "direito público subjetivo à saúde representa consequência indissociável do direito à vida [...], prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público. (...) o texto constitucional qualifica ações e serviços de saúde como prestações de relevância pública (art. 197), legitimando a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, nas hipóteses em que os órgãos estatais não respeitam o preceito constitucional, frustrando-lhe a eficácia.

Logo, não há dúvidas de que é possível provocar a atuação do Judiciário através da ação civil pública para a efetivação do direito à saúde, seja para o fornecimento de medicamentos, contratação de médicos, renovação de unidades de saúde, dentre outros pedidos.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 julho. 2015.

¹¹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 554.088. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=554088&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 julho 2015.



Cabe, nesse momento, discorrer sobre o principal argumento de defesa do Poder Executivo em suas contestações para afastar a procedência da ação civil pública proposta com o pedido de formulação de políticas públicas de saúde. O argumento chave é a chamada teoria da reserva do possível, assim definida por José dos Santos Carvalho Filho¹³:

[...] Referida valoração de conveniência e oportunidade é o que reflete o que modernamente se denomina de reserva do possível, ou seja, o conjunto de elementos que tornam possível esta ou aquela ação governamental e, por via de consequência, o que se revela inviável de ser executado pela administração em certo momento e dentro de determinadas condições.

Logo, a defesa mais utilizada é no sentido de que a Administração Pública não tem condições financeiras suficientes para arcar com o referido direito. Na maior parte das vezes a Administração alega essa escassez de recurso sem fazer sua prova concreta, o que dificulta a aplicação da mera alegação.

O mesmo doutrinador¹⁴ acima citado ressalta que nem todas as metas governamentais se enquadram dentro desta teoria da reserva do possível, afirmando que só diante de provas e elementos concretos é que se verificará a efetiva possibilidade ou impossibilidade de concretização do direito.

Entretanto, os direitos fundamentais que não necessitam de lei para ter efetividade, não podem ter sua concretização condicionada a mera existência de recursos financeiros. Nesse caso, o Poder Judiciário não deve se calar e simplesmente deixar de condenar a Administração somente por força deste argumento, se assim fosse, por via transversa, estaria ele violando frontalmente a Constituição Federal.

O direito à saúde não pode ser visto como uma promessa constitucional a ser realizada quando possível, pois está intimamente ligado a vida humanas que não podem esperar; a

¹³ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 123.

¹⁴ Ibid.



espera por vezes pode caracterizar a morte. É exatamente com base nessa afirmação que caminha a Jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal¹⁵:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. 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.

Por óbvio, nos dias atuais, qualquer ato administrativo, demanda o dispêndio de dinheiro, por isso não se pode deixar de lado que para a implantação de políticas públicas a Administração necessita ter capacidade econômica financeira. Entretanto, o objetivo primordial de um Estado é administrar o “dinheiro público”, cumprindo os objetivos previstos na Constituição Federal, como é o direito à saúde.

Nesse passo, no que tange à discussão da chamada teoria da reserva do possível, é oportuno ressaltar uma importante distinção feita pelo setor administrativista brasileiro.

A Administração Pública é acometida por diversas funções, funções essas consideradas como um poder-dever agir, conforme dispôs Hely Lopes Meireles, quando definiu que, “Se para o particular, o poder agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade”¹⁶.

A Constituição determinou ao Poder Executivo a função de proteção do direito à saúde, é uma obrigação de fazer. Assim, o poder público em casos como o estudado neste artigo, acaba por se tornar omissa ao não praticar condutas que lhe são impostas, condutas estas, por se tratar de omissões específicas não se enquadram na teoria da reserva do possível.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/45. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 07 julho 2015.

¹⁶ MEIRELES LOPES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 83.



Em tais hipóteses, assegura-se ao interessado exigir da autoridade omissa conduta positiva – originária, pois do poder-dever de agir atribuído aos administradores públicos. Em caso de resistência, é assegurado ao interessado o recurso à via judicial, na qual poderá postular seja o omissor condenado ao cumprimento de obrigação de fazer, no caso, a de adotar conduta positiva, inclusive para o fim de praticar o ato administrativo de sua competência.¹⁷

Com isso, não há falar que a imposição feita pela Constituição Federal ao administrador público, para que preste o serviço de saúde seja uma mera imposição genérica, da qual o administrador pode escolher qual será o melhor momento para sua implantação. O serviço básico de proteção à saúde da sociedade precisa ser implantado de plano.

Por isso, os Tribunais Superiores, entendem que os gastos públicos precisam ter prioridades. O primeiro deles é a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que como dito no início deste artigo, fundamenta o direito à saúde. Assegurar a saúde é dar bem estar, é proteger a vida, é a proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, mínimo existencial, o básico que deve possuir qualquer cidadão com dignidade.

O Min. Gilmar Ferreira Mendes¹⁸ trata do tema em seu livro ressaltando que:

Cogita-se aqui os chamados “limites dos limites” (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto a necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

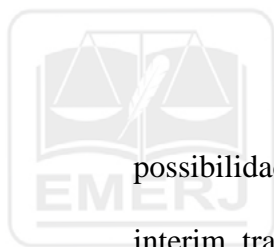
Dessa forma, diante da necessidade econômico-financeira do Poder Público (reserva do possível) adicionada a necessidade de manutenção de direitos mínimos, deve-se pautar ambos sob o princípio da razoabilidade. Quanto ao mínimo existencial não pode constitui-se de discussão a cerca da escassez de recursos, esse mínimo deve ser implementado. Depois disso, pode-se discutir, mediante prova devidamente constituída, da falta de recursos.

Assim, como tratou o Min. Celso de Mello¹⁹ na ADPF 45, necessário se faz a verificação do binômio: razoabilidade da pretensão deduzida em Juízo e a existência de

¹⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 45.

¹⁸ MENDES, op. cit., p. 211.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/45. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 07 julho 2015.



possibilidade financeira do Estado para tornar efetiva a pretensão pretendida. Cabe, neste interim, trazer a redação do referido acordão:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a 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.

Cabe destacar, assim, extraindo-se da ADPF acima julgada, que nem tudo poderá ser considerado uma intervenção indevida do Judiciário em políticas públicas, nem tudo converte-se em violação do princípio da separação dos poderes.

Foi essa necessária análise da razoabilidade, tão sensível no que se refere à saúde, que fez com que o próprio STF travasse uma audiência pública, no julgamento da suspensão de tutela antecipada n^o 175²⁰, para fixar alguns parâmetros para solucionar esse tipo de lide.

Resumidamente²¹, o primeiro passo a ser dado na busca da concessão ou não dos pedidos efetuados em ações que envolvem o tema é saber se já existe política estatal para a prestação de saúde requerida pela parte (nesse caso não há criação de políticas públicas pelo judiciário); se a prestação se enquadra dentro das políticas previamente estipuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

No caso, de a prestação não se enquadrar dentro das políticas do SUS, se faz necessário analisar o motivo do serviço ou medicamento não está enquadrado. Aqui é onde se encaixa a decisão positiva do judiciário, tudo dentro da razoabilidade.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/45. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 4 setembro 2015.

²¹ MENDES, op. cit., p. 660.



Caso o objeto da ação não esteja previsto nos regulamentos do SUS por ter um outro método alternativo, deverá ser analisada a verdadeira eficácia deste em razão da individualidade do paciente; caso não haja meios alternativos: ficam fora da concessão os medicamentos meramente experimentais (não há conteúdo econômico); quanto aos novos medicamentos, deverá ser analisada a motivação de ainda não estar incorporado ao SUS, caso o motivo seja a demora burocrática para a aprovação (omissão administrativa), pode ser objeto de demanda judicial²².

A menção acima, pode ser usada tanto no caso de fornecimento de medicamento como no tratamento clínico de saúde.

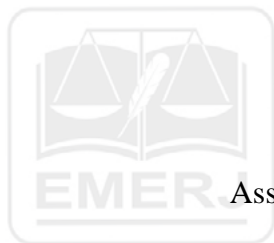
Hoje, a população do Município do Rio de Janeiro, aguarda o julgamento de um importante Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Rio de Janeiro cujo objeto é a contratação de médicos para o Hospital Souza Aguiar. O tema é de tamanha importância que a Relatora, Ministra Cármen Lúcia²³, reconheceu a repercussão geral do tema, conforme ementa abaixo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIFICAMENTE QUANTO À SUFICIÊNCIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.

A concessão do pedido acima pelo STF beneficiará um número enorme de pacientes que buscam ajuda nos hospitais públicos e acabam apenas aguardando atendimento pelos corredores do hospital.

²² Ibid.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684612. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4237089>>. Acesso em: 9 setembro 2015.



Assim, verifica-se que a ação civil pública pode objetivar a implantação de políticas públicas de saúde, seja ela a construção de rede hospitalar, a contratação de médicos para as unidades de saúde já existentes ou mesmo o fornecimento de medicamentos aos pacientes.

CONCLUSÃO

Dessa forma, nem toda intervenção do judiciário na esfera de outro poder configura a violação do princípio da separação dos poderes. É plenamente possível a utilização da ação civil pública com o objeto que demande direito à saúde, desde que estejam sendo violados frontalmente direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, seja o fornecimento de medicamentos ou até mesmo na implantação de políticas públicas.

As ações movidas com esse objeto deverão trazer toda a documentação possível, capaz de demonstrar ao judiciário a necessidade da população, seja ela feita através indicações médicas ou, no caso de negligência, a prova na falta do serviço. As questões deverão ser analisadas através de uma instrução processual com produção de provas para ambas as partes.

Cabe destacar, que não se pode fazer ponderação em relação ao mínimo existencial, como por exemplo, a quantidade de médicos necessários dentro de um hospital. O direito à saúde está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, por isso não tem como deixar para concretizá-lo apenas quando tiver dinheiro em caixa. Nesse ponto, de mínimo existencial, não há espaço para a chamada reserva do possível.

O mais importante aos operadores do direito, ao tratar desse tema tão delicado, é fazer a interpretação harmônica da Constituição Federal, das leis ordinárias e dos princípios que regem o ordenamento jurídico.



Essa matéria, além de relevante juridicamente, traz consigo uma carga emocional muito grande, por isso o Poder Judiciário precisa no momento do julgamento manter a maior imparcialidade possível, observando, através do princípio da razoabilidade o seu dever de ação, o seu dever de concretizar políticas públicas para salvar vidas.

Assim, conclui-se que o órgão do Ministério Público pode fazer uso desse instrumento de garantia constitucional, que é a ação civil pública, para efetivar o direito à saúde disposto na Constituição Federal.

Por mais que a concretização dos direitos dispostos na Constituição Federal, causem uma discussão jurídica muito grande, deve-se lembrar que esses direitos não são meras programação de Governo, são obrigações, ou seja, é um dever a sua concessão pelo Poder Público.

Nesse contexto, não deveria mais o Poder Executivo tentar afastar sua obrigação de concretizar as políticas públicas de saúde, evitando assim a quantidade enorme de demandas com esse objeto.

Dessa forma, nem toda atuação do Poder Judiciário na concessão do pedido formulado na ação civil pública, será considerado como ativismo judicial imotivado. Caso o Magistrado, nessas ações, mitigue o princípio da separação dos poderes pautado na razoabilidade e no princípio da dignidade da pessoa humana, estará decidindo com fundamentos que o conduzem dentro da mais perfeita legalidade.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 fev. 2014.

_____. Lei n. 7.347/85, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig>. Acesso em: 06 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator Ministro Celso Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 684612/RJ. Relatora Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4237089>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 368.041. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2079248>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 185/794-796. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Tribunal De Justiça Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70026109132. Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 30 agosto 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELES LOPES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MORAES, Guilherme Penã. *Curso de direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012



SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO –
A INTEGRAÇÃO DOS DETENTOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Bianca Kölling Turano
Pós-Graduada em Direito Ambiental pelo
Instituto Superior do Ministério Público.

Resumo: O presente artigo tratará do atual modelo de encarceramento aplicado no Brasil e como o tratamento dado aos encarcerados está sendo conduzido por meio de um viés punitivo, o que acaba por gerar uma degradação moral tanto da figura do condenado, como uma espécie de degradação moral social. O trabalho aponta, outrossim, a problemática legislativa atual, que ainda aplica modelos adotados em séculos passados, quando a sociedade não se encontrava fundamentada em um Estado Democrático de Direito. O artigo abordará questões referentes à execução da pena, dando relevância à dignidade da pessoa humana e demais garantias constitucionais.

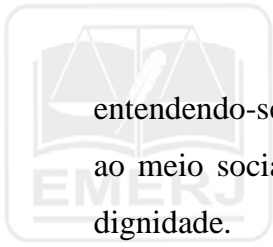
Palavras-chave: Execução da pena, Estado Democrático de Direito. Execução sustentável. Princípio da dignidade da pessoa humana. Prisão-jaula. Ressocialização. Política criminal.

Sumário: Introdução. 1. Panorama do sistema carcerário brasileiro. 2. A contaminação dos presos no atual modelo. 3. Prisão-jaula x integração. O fenômeno da Execução sustentável. 4. Recentes contribuições. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a crise aguda do contemporâneo sistema carcerário brasileiro e as possíveis causas e consequências relacionadas a essa situação dramática que já atravessa séculos. A partir da reflexão sobre dados que retratam a atual situação do sistema carcerário brasileiro – o modo como eles ingressam no sistema e como eles acabam por retornar à sociedade - passa-se a uma análise crítica relacionada ao tratamento jurídico-administrativo dado aos delinquentes, bem como aos mecanismos de contenção da violência estatal, com finalidades de garantia da ordem constitucional, à luz da dignidade da pessoa humana. O modelo destinado à repressão do delinquente e à sua integração à sociedade é assunto de extrema relevância, uma vez que o Brasil é, hoje, o país em quarto maior número de encarcerados no mundo e, não obstante, conta com relevantes índices de violência e criminalidade.

Para tanto, busca-se uma análise dos fatos referentes ao encarceramento de seres humanos, não somente como escopo de punição dos infratores da lei, mas como medida de melhor compreensão dos comportamentos individuais e das causas subsequentes à conduta delituosa, para que haja, de fato, a devida aplicação constitucional da individualização da pena e, como consequência, um melhor controle político-jurídico do sistema carcerário e de seu objetivo final que, acreditamos, é de obter êxito no que tange à recuperação do apenado,



entendendo-se como tal aquele que está cumprindo pena transitada em julgado, integrando-o ao meio social e inculcando em seu âmago o real sentimento de pertencimento, cidadania e dignidade.

Há que se buscar uma harmonia entre o Judiciário e a Administração Pública quando da consecução de políticas criminais, bem como o apoio da sociedade civil e da mídia, com o objetivo de humanizar pensamentos e ações.

O tema é polêmico tanto na doutrina quanto na jurisprudência, haja vista a complexa situação do sistema carcerário pátrio e a delicada intervenção do Poder Judiciário no destino dos apenados.

Busca-se, mediante o tema, apresentar o panorama atual do sistema carcerário brasileiro e a sua vulnerabilidade, em virtude do hiperencarceramento.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a apresentação desse panorama atual do encarceramento no Brasil, apresentando as repercussões político-jurídico-econômicas do atual modelo e possíveis alternativas aos métodos ora empregados.

Segue-se apontando para o que chamaremos de contaminação dos presos no atual modelo e o rele

O terceiro capítulo destina-se a contrapor o modelo de prisão-jaula com o modelo de integração, ao dar ênfase ao fenômeno da execução sustentável como forma constitucional de tutela dos bens jurídicos durante a execução das penas.

O quarto e último capítulo procura demonstrar como o atual sistema carcerário nacional não vem conseguindo promover a paz social e a carente efetividade das decisões judiciais, quando do encarceramento dos apenados, pela ineficácia das medidas de integração à sociedade.

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

1 – PANORAMA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Importante, de início, apontar o mandamento da Carta Política de 1988¹, no seu art. 144, que fala da segurança pública em sua primeira parte como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos. Portanto, a comunidade, em parceria com o Estado, coparceiros na

¹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 out. 2015.



segurança pública, e não somente o Estado, no que faz nascer o princípio da participação comunitária.

Dentro de uma pluralidade de protagonistas, é percebido no processo de execução das penas, enquanto uma atividade complexa – em virtude da imbricação dos planos jurisdicional e administrativo, a figura básica de três protagonistas, em razão de um conflito social, em que figuram interesses legítimos e correlatas expectativas. Pode-se dizer que o primeiro protagonista é a vítima, que busca, por meio da tutela do Estado, a reparação do dano sofrido. Como segundo protagonista tem-se a figura do delinquente ou do violador da norma, que busca a sua inserção social.

É importante, dessa forma, trazer à baila o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, trazido pelo Ministério da Justiça², por meio do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen)I, que, pela primeira vez, não somente traz o número atual de encarcerados no Brasil, como também os dados comparativos com outros países.

O citado relatório aponta um grave problema, o qual denomina de hiperencarceramento, colocando o Brasil no ranking de quarto país em número de presos, incluindo-se aqui os provisórios, que chegam a 41% do total, considerados esses, no relatório, aqueles que nem chegaram a ter qualquer decisão judicial durante o trâmite processual.

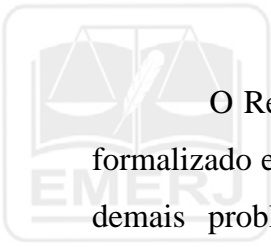
Atualmente, o país conta com 607,7 mil presos, com o custo de R\$2.000,00 (dois mil reais) por mês por cada detento, ante 581 mil apurados no ano de 2013, ou seja, em termos de proporção, o país registra 300 pessoas presas para cada 100 mil habitantes.

Só que o país excede sua capacidade de aprisionar em mais de 200 mil vagas, ou seja, o Brasil tem uma taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais de 161%. Segundo o Infopen, são, atualmente, 607 mil presos e 376,7 mil vagas.

De acordo com o professor Álvaro Mayrink da Costa³, as vulnerabilidades do sistema penitenciário, passadas três décadas, isso é, séculos XIX, XX e XXI, a resposta seria a mesma, que são três: a superlotação, a ociosidade advinda dessa superlotação e, por última, a promiscuidade. Pode-se concluir que, até os dias atuais, a prisão não conseguiu superar essas três vulnerabilidades, de acordo com o referido autor.

² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>, Acesso em: 20 de outubro de 2015.

³ COSTA, Álvaro Mayrink da. Palestra de Abertura da 219ª Reunião do Fórum Permanente de Execução Penal da Emerj, realizado em 13 de março de 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista64/revista64_9.pdf>, Acesso em: 20 de outubro de 2015.



O Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, foi conclusivo ao expor que “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário”.

Cumprir apontar a realização de visita nos estabelecimentos prisionais brasileiros onde há denúncia de violação aos direitos humanos, feita pelo relator especial do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), Juan Méndes⁴, esse afirmou existir um “alto grau” de atos de tortura na interrogação de suspeitos detidos em delegacias brasileiras. O relator afirmou também que não há punição para torturadores no país. “Verificamos uma séria situação carcerária, sobretudo, produzida pela superpopulação que, em alguns casos, excede em 300% a capacidade máxima das penitenciárias. Houve um aumento muito rápido no número de prisões, o qual fez colapsar todos os sistemas”, aponta Méndes, cujo relatório ficará pronto no início de 2016.

A breve análise acima coloca em chave a questão da segurança e da paz social.

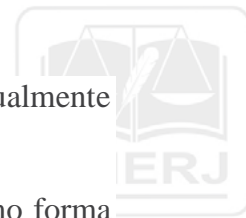
2. A CONTAMINAÇÃO DOS PRESOS NO ATUAL MODELO

Partindo-se do pressuposto de que a pena teria como caráter como a última etapa do controle social e como ferramenta cogente em termos de contenção para o equilíbrio social, o valor intimidativo se situa muito mais no sentido da certeza da execução dessa pena do que propriamente no seu caráter intimidatório.

Entretanto, o que se apresenta em termos reais é um caótico quadro do sistema penitenciário. Diante desse cenário de vulnerabilidade, compreendida aqui como a superlotação dos estabelecimentos destinados ao cumprimento das penas, busca-se evitar um ingresso nesse mesmo sistema, como meio de inibir a contaminação e contenção dos ingressos.

Contemporaneamente, tem-se adotado, como forma de combater a contaminação daqueles que são introduzidos pelo Estado no sistema carcerário, por meio da substituição da pena privativa de liberdade, isso é, do encarceramento por penas alternativas. Evita-se, com

⁴ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/relator-da-onu-diz-haver-alto-grau-de-tortura-presos-interrogados-no-brasil1.html>. Acesso em: 26 de outubro de 2015.



isso, o encarcerar por encarcerar, bem como ferramentas jurídicas distintas das atualmente utilizadas.

O que no século XIX foi revolucionário em termos de execução penal, como forma outra de conter a violência no sistema da execução penal, tendo como paradigma as penas privativas de liberdade, hoje, caminha-se para substituí-la por outras sanções menos aflitivas e mais pedagógicas.

Para melhor compreensão técnica do que seria uma pena justa, Von Liszt⁵ entende ser aquela necessária e oportuna, o que mais tarde foi aproveitado por Mayrink⁶, para acrescentar à definição o caráter de proporcionalidade da pena aplicada, formando-se, com isso, um tripé, quer no momento da sua cominação, feita pelo legislador; no segundo momento, da sua aplicação efetuada pelo magistrado e, por derradeiro, em seu último momento, isso é, na fase executória, hoje presidida pelo juiz da execução e partilhada com o administrador prisional. Pode-se chegar à conclusão que uma pena justa compreende, também, uma execução igualmente justa: oportuna, necessária e proporcional, segundo nos ensina Mayrink.

Sobre isso, Zaffaroni argumenta que “Os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador”.⁷

Segundo o entendimento de Edna Del Pomo⁸, estudiosa do comportamento dos apenados, em especial os egressos e reincidentes, a prisionalização de seres humanos tem como um dos efeitos o desculturamento, isto é, aquele indivíduo costuma passar por dificuldades que lhe tornam incapazes de enfrentar a vida livre após o cumprimento da pena. Com o encarceramento, o indivíduo acaba por absorver uma sub-cultura, denominada como prisionalização, ou seja, uma vez absorvida tal sub-cultura, o indivíduo adaptado à prisão torna-se incapaz de retornar à comunidade livre. A referida Professora diz que a dificuldade de retornar ao convívio social, uma vez adaptado à vida na prisão, é entendido como uma perda do conjunto de identidade, qual seja, a perda de características únicas, singulares, pertencentes à cada indivíduo.

⁵ VON LISZT, Franz Ritter, “*Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882)”, em seu “*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlim, 1905 (reimpr. Berlim, 1970), p. 161.

⁶ Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23113.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 4. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.27.

⁸ DEL POMO, Edna. *Sistema Penitenciário: uma visão sociológica*. Fórum Permanente de Execução Penal. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Edição Comemorativa dos 100 Encontros. p. 172-178. 2004.



Ao escutar um dos apenados, a autora⁹ transcreve o entendimento dele sobre a pena da seguinte forma: “*Então, eu não sei...eles tinham que arrumar sei lá um projeto, pra eles tentar, não dá pra identificar o joio do trigo...Tem que separar...Botar todo mundo aqui dentro e não ligar qual é a tendência...*”. E continua logo após o apenado: “*Aí eu já culpo a sociedade, que a sociedade fez, ela vira o disco antes de tocar as seis músicas, entendeu?*”.

Destaca-se, igualmente, a importância do papel do magistrado que atua perante as Varas de Execução Penal nos diferentes Entes estatais que, por expressa disposição legal, é distinto do juiz da fase cognitiva, a fim de se evitar o julgamento *bis in idem*, ou seja, estar-se-ia julgando o indivíduo pela conduta praticada e, também, por estar cumprindo a pena. O juiz da execução precisa focar o seu olhar para o indivíduo exatamente na fase em que se inicia a execução da pena.

Como pena necessária, fala-se no princípio da necessidade da pena, a abarcar outros três princípios, quais sejam, os princípios da legalidade, da fragmentalidade e da subsidiariedade, a fim de prevenir e reprimir condutas transgressoras da norma penal, criminalizadas diante do princípio da intolerância comportamental violadora de bens jurídicos, a fim de garantir a paz pública e a segurança social.

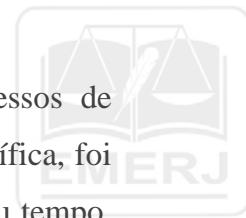
Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu por meio do RE 592.581¹⁰, ser o Poder Judiciário competente para determinar a realização de obras e reformas emergenciais em presídios, por parte da Administração Pública quando de sua omissão, a fim de garantir os direitos fundamentais dos apenados. De acordo com o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, não haveria, no caso, desrespeito ao princípio da separação dos poderes, mas sim a obediência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição enquanto garantia basilar constitucional para efetivação de direitos fundamentais, a ser apreciada pelo Poder Judiciário. De acordo com os Ministros, não haveria, na hipótese, a famigerada questão da reserva do possível da Administração.

Uma vez que, até o presente momento, não há uma conclusão do que torne, de fato, um indivíduo em um delinquente, qual seja, uma comprovação biológica ou científica, o que se pode concluir hoje é fruto de mera construção antropológica, cujo referencial é Cesare Lombroso¹¹ e de sua teoria do criminoso nato. O autor, em seus estudos práticos, defendeu a tese de que criminosos são seres incorrigíveis e degenerados, indivíduos determinados ao

⁹ Ibid., p.174

¹⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=592581&classe=RE&origem=AP&curso=0&tipoJulgamento=M.> Acesso em: 21 mar de 2016.

¹¹ LOMBROSO, César. *O homem delinquente*. Porto Alegre: Rivardo Lens, 2001, p.193.



crime por forças que ele não poderia controlar e, por isso, incapazes de processos de recuperação e ressocialização. Tal tese, mesmo que sem qualquer comprovação científica, foi bem recebida à época, por ser capaz de servir aos interesses políticos e sociais de seu tempo, ou seja, do século XIX.

Como fruto desse tipo de orientação, o que se tem visto até os dias atuais é o total distanciamento, a falta de diálogo, uma barreira moral e espiritual praticamente intransponível entre o apenado e de todos aqueles que estão envolvidos com a prática carcerária, juízes, advogados, promotores de Justiça, policiais ou até mesmo visitantes nos estabelecimentos carcerários. De acordo com Combessie¹², tal comportamento leva a um aumento do abismo entre o preso e a própria comunidade na qual ele precisa ser integrado, para fins de política-criminal de integração.

Ao se defender que a massa carcerária promana da marginalização social¹³, o que se defende por conta das últimas estatísticas do próprio Infopen, 56% dos presos no Brasil são jovens – têm entre 18 a 29 anos, levando-se em consideração que pessoas dessa faixa etária compreendem 21,5% da população. De acordo com o Ministério da Justiça, dois em cada três presos no Brasil são negros e 53% possuem ensino fundamental incompleto.

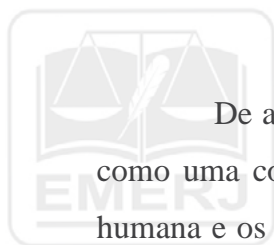
Partindo-se do pressuposto, de acordo com as estatísticas, de que essas pessoas não foram sequer socializadas, parece fundamental a busca pelos agentes do Estado, bem como de toda a sociedade, a inserção e processos de adaptação social de tais indivíduos, o que se dará por meio da execução da pena. Será por meio dela viabilizar-se a busca de soluções para oportunizar que o egresso possa ser inserido no meio social, inculcando-lhe consciência desse processo de adaptação ao sistema normativo vigente, para que não volte a reincidir.

3. PRISÃO-JAULA X INTEGRAÇÃO: O FENÔMENO DA EXECUÇÃO SUSTENTÁVEL

Defendendo-se a tese de que a dignidade da pessoa humana se coloca como fundamento do Estado Democrático de Direito, essa merece ser vista à luz da realidade penitenciária, trazendo-se, como aparato prático, o princípio da vedação discriminatória, ou seja, o preconceito social dirigido à figura do ex-presos e de seus familiares, como uma tatuagem que se carrega para o resto da vida.

¹² COMBESSIE, Philippe. Definindo a fronteira carcerária: estigma penal na longa sombra da prisão. In: _____, *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 8, n.13, 2003, p. 131-146.

¹³ Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,56-dos-presos-do-brasil-sao-jovens--apontamento,1711908>>. Acesso em: 20 out. 2015.



De acordo com Helena Regina Lobo da Costa¹⁴, não se concebe o Estado de Direito como uma construção formal, mas é preciso que esse mesmo Estado respeite a dignidade humana e os direitos fundamentais, para que seja também considerado um Estado de Direito em sentido material, subordinando-se à lei e a esses direitos fundamentais, cujo vértice norteador é a dignidade humana, a constituir o princípio da culpabilidade no direito penal, a fim de exclusão da responsabilidade objetiva do acusado.

Sobre isso, Figueiredo Dias¹⁵, quando afirma que somente se pode censurar alguém, de forma ética, por aquilo que, do ponto de vista da vontade, foi feito de forma culposa. Dessa forma, todo o resto, ou seja, tudo o que o indivíduo nada podia do ponto de vista de sua vontade pode ser lamentado ou objetivamente reprovado, mas não ser-lhe imputado como culpa, que significa, aqui, reprovabilidade do comportamento humano quando o agente deseja agir contra a norma quando poderia agir de acordo com ela, afirmando Hassemer¹⁶ que a culpabilidade deve ser um juízo que recaia sobre a conduta individualizada, vinculada à pessoa do agente causador do delito.

Historicamente, o que se tem como referência é a pena única, entendida como a pena de morte, a pena capital, graduada em razão do acontecimento, pela dor, pelo suplício que causasse ao seu suposto autor. Há relatos desde a morte comum até a crucificação. Chegou-se à conclusão que a pena de morte não alcançava os fins almejados, pois enquanto um era morto, outro cometia o mesmo fato, o que levou à substituição da pena de morte pela pena perpétua, que gerava altos custos para a Administração Pública.

Com o advento da pós-modernidade e das luzes emanadas pelos renascentistas, pode-se dizer que a humanidade realizou avanços consideráveis no que tange à consolidação da dignidade da pessoa humana, considerado o indivíduo possuir de direitos morais intrínsecos em si mesmo e merecedor da tutela protetiva estatal, a fim de não interferir em sua esfera íntima, salvo em pontuais exceções, garantindo-lhe autonomia e livre-arbítrio. Isso repercutiu no modo de aplicação e execução das penas. Conforme já apontado, o que era no século XIX a grande solução para as penas degradantes, como baluarte desse momento as penas privativas de liberdade, atualmente, o foco dessa questão se coloca nas medidas alternativas.

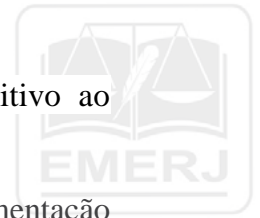
Grande expoente da época, Von Liszt¹⁷, criador do Programa de Marburgo de 1882, afirmou categoricamente que as ditas penas curtas de prisão “não corrigem, nem intimidam,

¹⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade Humana – Teorias de prevenção geral positive*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008, p. 37.

¹⁵ DIAS, Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*. 3.ed. Coimbra. Coimbra Editora, 1995, p. 22.

¹⁶ HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia. Tirant lo Blanch, 1999.

¹⁷ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: ed. Reus, 1927.



ao contrário, arrojam frequentemente ao delinquente primário no caminho definitivo ao crime”.

Juristas franceses, alemães e até mesmo brasileiros, desde 1960, para incrementação das penas alternativa, começaram a observar a ineficiência da pena de prisão, mais precisamente das penas reduzidas de privação de liberdade, o que culminou com a realização de Congressos em busca de alternativas à pena de prisão, que tivessem um caráter mais didático e menos aflitivo, devido ao insucesso desse último.

Hoje, tem-se como exemplo de penas alternativas – entendidas como aquelas que vão até 4 (quatro) anos, disposto no art. 44, I do Código Penal vigente - a prestação de serviços à comunidade, limitações de final de semana, perda de bens e valores, pena de multa, construindo-se, a partir daí, um arcabouço pós-moderno, chegando ao Brasil em 1996 e ampliando-se em 1998, embora pouco compreendida à época pelos membros do Poder Judiciário e, também, pela própria população.

Com base nesse histórico, merece destaque a importância da dialética, a fim de ser usada propriamente para que se chegue a novas formas de pensamento - visto que não há uma conclusão acerca das formas de encarceramento na pós-modernidade – tendo como foco a prisão, como aí se está hoje concebida, que não representa um mal ao próprio apenado, mas de fato um mal para a própria sociedade.

O que busca garantir, atualmente, de acordo com as diretrizes da Constituição da República Federativa de 1988, é tutela dos bens jurídicos, bens tutelados e protegidos, pois para o jurista contemporâneo, quando da interpretação e aplicação das normas, basta saber que os limites também estão na Lei Maior, como a vedação do tratamento desumano e degradante, como a proibição da tortura e de penas cruéis.

Com a garantia de valores fundamentais, positivados pela Constituição de 88 em princípios constitucionais, que atualmente não se compreende apenas sob um aspecto contemplativos mas, sim, nos termos de Elio Fazzalari¹⁸, valores canonizados, a buscar a efetiva aplicação de ideais de justiça, positivados na Carta Magna como normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais como de aplicação imediata, nos moldes do seu parágrafo 1º do artigo 5º.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt¹⁹ aponta que “A prescrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação

¹⁸ FAZZALARI, Elio. *Conoscenza e valori saggi*. Torino: G. Giappichelli, 1999, p.32.

¹⁹ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.



imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade”.

A situação calamitosa existente nos presídios nacionais foi recentemente enfrentada pelo STF, por meio da ADPF 347/DF²⁰, movida por um Partido Político, em que requer o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária, bem como a adoção das providências necessárias no que tange ao tratamento da questão prisional brasileira. Em setembro de 2015, restou concedida medida cautelar com a finalidade de determinar que juízes e Tribunais passem a realizar audiências de custódia no prazo de 90 (noventa dias). Isso para que o preso seja colocado a frente da autoridade judiciária em até vinte e quatro horas contadas do momento da prisão. Na Decisão, os Ministros do STF também entenderam que o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional precisa ser liberado sem limitações, para que alcance o seu fim precípuo.

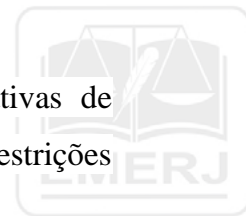
Assim, o legislador, que deveria criminalizar os conflitos que se tornam socialmente intoleráveis ao conjunto nacional, acaba por assim fazer aqueles que seriam meramente momentâneos, casuais, pontuais, geralmente propagados pela grande mídia. E isso dentro de um país de proporções continentais, em que cada Ente tem suas peculiaridades culturais.

A pena privativa de liberdade que deveria ter como norte condutor a estimulação e a capacitação do apenado, em obediência ao princípio da dignidade humana. Isso por escopo da redução de danos, sem o que não se poderia preservar a comunidade.

Importante ressaltar o papel do princípio da isonomia em âmbito da execução penal, o que quer dizer que todos são iguais perante a execução penal, comandada pelo juiz da execução, com fundamento no princípio da jurisdicionalidade, implementada pela Lei de Execuções Penais no Brasil em 1984. Com fundamento no princípio da igualdade, cumpre lembrar do princípio da individualização do regime da pena.

Hoje, vem-se utilizando a suspensão condicional da pena (Sursis), observando-se o caso concreto, como espécie de sanção alternativa à pena de prisão, para evitar que o indivíduo, que é primário, que pratique uma conduta cuja pena não ultrapasse 1 (um) ano, considerando-a como pena de menor potencial ofensivo, a suspensão é considerada a primeira grande medida alternativa de evitação do fenômeno da contaminação carcerária, isto é, a constatação de que o sistema prisional hoje é uma verdadeira escola do crime. Com isso, busca-se evitar a superpopulação carcerária, suprimindo a contradição entre segurança e reeducação.

²⁰ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>>, Acesso em: 21 out. 2015.



As medidas alternativas buscam permitir, ao contrário das penas privativas de liberdade, que o apenado cumpra a sua pena junto à família e no emprego, com as restrições necessárias à sua educação e proteção da sociedade²¹.

Na Alemanha, há uma efetiva prática do estímulo à leitura dedicada aos apenados, o que foi objeto de convênio entre o Instituto Mayrink da Costa e o Instituto Goethe, da Alemanha, em evento realizado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro²². Naquele país, a leitura está sendo amplamente utilizada como forma de remissão de pena, onde os livros estão adequados aos interesses do grupo apenado, como forma de estimular a leitura.

Tal prática foi objeto de recente Portaria Conjunta n. 276/2012²³, de iniciativa do Ministério da Justiça, que disciplina o Projeto de Remição pela Leitura no Sistema Penitenciário Federal. Após a leitura – são 30 dias com cada livro - o apenado faz uma nota crítica daquilo que leu, entregue a uma Comissão de Professores, que vão avaliar esse resumo feito do livro lido. Caso a leitura mostrou que ele leu, dentro dos seus limites, o apenado poderá remir 4 (quatro) dias, por cada livro lido.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstrou adesão a essa medida, com a edição da Resolução n. 44/2013²⁴, ao dispor sobre as atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo, além de critérios para a admissão da leitura, não somente para a União, conforme disposto na Portaria Conjunta supracitada, mas como imposição para todos os Entes da Federação.

Com relação ao trabalho, aponta-se a sua obrigatoriedade pela Lei de Execuções Penais. Por isso, o Estado deveria oportunizar o trabalho para todos, por se tratar de um dever do Estado.

Entretanto, veja-se como fica a correlação entre a obrigatoriedade do trabalho e a sua oportunidade pelo Estado no Estado do Rio de Janeiro: segundo dados apontados no relatório anual do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, ligado à Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro,²⁵ a população carcerária do Rio de Janeiro contou, em dezembro de 2014, com o número de 38.568 detentos, correspondendo a um aumento de 32% quando comparado a esse número em dezembro de 2011.

²¹ALBERGARIA, Jason. *Das Penas e da Execução Penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 69.

²²Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/2245?p_p_state=maximized>. Acesso em: 21 out. de 2015.

²³Disponível em:< http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/POC_276_2012_DPE.pdf>. Acesso em: 21 out. 2015.

²⁴ Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235>>. Acesso em: 21 out. 2015.

²⁵Disponível em: <http://issuu.com/alerj/docs/relat_rio_anual_mepct_2014/1?e=1238109/12695867>. Acesso em 26 out. 2015.



A partir dos dados apontados, de forma crítica e realista, haveria de fato condições de dar trabalho a todo esse contingente de pessoas? Pode-se aplicar na microrrealidade carcerária atual a mesma realidade macro vivida pela comunidade livre: hoje, há trabalho para a maioria da população?

De acordo com recente relatório elaborado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁶, o Brasil tem um déficit de 1.800.000 jovens, entre 15 a 24 anos, desempregados, porque não há trabalho para todos.

Pela política prisional imposta, sem atentar para uma ordem democrática, com o encarceramento parecem destruídos os espaços para dar colocação de maquinários, pois não há verbas para a contratação de professores para estar diante de um ensino profissionalizante dentro das unidades prisionais. Esses espaços foram diminuídos para dar espaço a mais celas encarceradoras. Menos escolas, menos oficinas para o trabalho interno. Mais alojamentos. Mais celas. Isso poderia significar, logicamente, uma diminuição das possibilidades da remissão das penas, dando lugar às vulnerabilidades do sistema prisional, no entendimento do Professor Álvaro Mayrink, a superlotação, a ociosidade e a promiscuidade, pois uma massa carcerária ociosa não significa que essa massa quer ser ociosa, mas porque ela não tem, hoje, espaço e oportunidade para o trabalho, por causa dessa superlotação.

Traz-se o exemplo de práticas estatais que parecem se adequar ao modelo de profissionalização do apenado, como o caso da implementação de cozinhas industriais por algumas unidades prisionais²⁷, como ocorre na unidade prisional de Coxim, em Mato Grosso do Sul.

Como método a ser aplicado com relativa efetividade por alguns Entes da Federação, merece destaque o modelo denominado por Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac), uma entidade jurídica sem fins lucrativos, criada em 1972 por um grupo de pessoas lideradas pelo advogado Dr. Mário Ottoboni, autor da conhecida obra “Cristo chorou no Cárcere”. Tal método busca a integração do apenado por meio da valorização humana, proteção da sociedade e promoção da justiça.

Conforme o entendimento do Dr. Silvio Marques Neto, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, fundador e um dos responsáveis pela constituição jurídica da Apac, enquanto juiz da Vara de Execuções Criminais de São José dos Campos, nesse Estado, a administração das atividades nos presídios onde o sistema Apac é aplicado e exercida pela própria Apac, que seria um braço direito do juiz das execuções, em que a

²⁶ Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/desemprego-entre-jovens-no-brasil-tem-uma-das-maiores-altas-no-mundo-alerta-oit/>>. Acesso em: 27 out. 2015.

²⁷ Disponível em: < <http://www.edicaoms.com.br/coxim/no-presidio-cozinha-industrial-garante-trabalho-a-detentos-e-melhor-qualidade-as-refeicoes>>. Acesso em: 27 de out. 2015.



presença do Estado é mínima, o esta estabelecimento prisional funciona como se estivesse privatizado, mas diretamente supervisionado pelo juiz das execuções²⁸.

4. RECENTES CONTRIBUIÇÕES

Da análise feita, pode-se inserir, com relação aos dados trazidos, que o sistema carcerário nacional não comporta mais os modelos ainda adotados pelo Estado – a lançar mão de paliativos, em geral, inócuos, em busca da tão almejada paz social. Por isso, faz-se premente invocar a sociedade para que busque soluções efetivas, a fim de alcançar-se uma sociedade mais justa e fraterna.

Quando a sociedade opta por um regime de governo democrático, de acordo com o jurista Peter Häberle²⁹, a inserção desse conceito em uma sociedade aberta, plural e participativa do processo democrático, em que o povo se investe na soberania, urge que tal participação, vista do posto de vista da cooperação, também se dê quando da execução das penas e das medidas de segurança, o que foi devidamente disposto na Lei 7210/84, no seu artigo 4º, compartilhando responsabilidades entre o Estado e o cidadão, uma vez que os procedimentos que buscam o retorno do apenado à sociedade acabam por refletir na própria saúde social. Entende-se que a omissão dos integrantes da sociedade assumirá as próprias consequências dessa passividade.

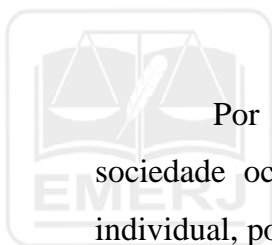
Não foi outra a concepção de Günther Jakobs quando se refere ao exercício de fidelidade do Direito em sua concepção de prevenção geral positiva. Nesse sentido, entende o jurista alemão que “ao se agravar a pena com o comportamento defeituoso com consequências desfavoráveis, incrementam-se as possibilidades de que um dito comportamento seja aprendido pela generalidade, como uma alternativa inaceitável de conduta”.³⁰

Muito embora a Lei 7410/84, em vigor há 31 anos, com todas as suas amplas garantias e normas vanguardistas, em vistas de garantir uma ampla e democrática execução do apenado quando concretização de uma decisão judicial, ainda carece de latente efetividade.

²⁸ SILVA, Jane Ribeiro (Org). *A execução Penal à Luz do Método APAC*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012. p. 29/30.

²⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

³⁰ PAÑARANDA RAMOS, Enrique. *Um novo sistema de direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs/Enrique Pañaranda Ramos, Carlos Suárez González, Manuel Cancio Meliá; trad. Org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli*. 2. ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15-16.



Por todos os avanços em termos humanísticos conquistados a duras penas pela sociedade ocidental em específico, não seria admissível tolerar a privação da liberdade individual, por parte do próprio Estado Democrático, sem que ao menos se dê a chance da sua própria reconquista por parte do sujeito.

Não faz tanto tempo assim que o encarcerado deixou de ser apenas um objeto de direito, cujo corretivo era geralmente feito em praças públicas, frente ao clamor social por vingança seja em masmorras e calabouços distantes dos olhos dessa própria sociedade, e passou a ser considerado como sujeito de direito, com o advento da Lei de Execuções Penais de 1984.

CONCLUSÃO

Hodiernamente, tem-se verificado o agravamento do modelo encarcerador, pela pouca efetividade de suas finalidades e pelo alto custo social e estatal, isso é, do retorno ao convívio social de indivíduos ainda mais violentos do que quando ingressaram no sistema carcerário, fenômeno denominado no presente artigo de contaminação, assim como o elevado custo de manutenção desses apenados dentro do sistema carcerário pelo Estado.

Pela insustentabilidade do atual modelo, verifica-se a importância do papel do magistrado como garantidor do cumprimento da pena, em atendimento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem como de verdadeiro guardião da vulnerável condição dos egressos que, uma vez contaminados pela degradante situação carcerária, acaba por influenciar negativamente o convívio social quando de seu retorno, agravando a situação de violência, principalmente nas grandes metrópoles nacionais.

Diante disso, magistrados, em parceria com os demais agentes de segurança, com psicólogos, bem como com organizações da sociedade civil, têm um grande desafio quando a questão é decidir acerca do destino do delinquente, haja vista que a pacificação social também depende do modo como o Estado trata os transgressores da Lei.

Procura-se deixar de lado a herança das punições em praça pública, do afastamento do indivíduo nas masmorras e calabouços para buscar a sua cura, seja moral, seja física, como instrumento de garantia da própria dignidade da pessoa humana como também para se buscar a construção de uma sociedade mais sadia, fraterna e respeitosa.

REFERÊNCIAS:



- ANTUNES, Flavio Augusto. *Presunção de Inocência e direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Núria Fabris ed., 2013.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das penas*. 6.ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BELO HORIZONTE – MG. Tribunal de Justiça. *A execução Penal à luz do Método APAC*. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 592.591. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf> . Acesso em: 26 out. 2015.
- CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. 3. ed. Rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- COSTA. Helena Regina Lobo da. *A dignidade Humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- Fórum Permanente de Execução Penal. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj). Des. Álvaro Mayrink da Costa (Coord.). Edição Comemorativa dos 100 Encontros. Rio de Janeiro, 2004.
- GARANTISMO Penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli. Coordenadores: Túlio Vianna; Felipe Machado. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GOMES. Juliana Correia. *Sistema Carcerário Brasileiro e a Eficácia Invertida do Modelo Repressivo Contemporâneo*. 2014. 26 f. Artigo Científico. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Código Penal Comentado: parte geral; parte especial*. Rio de Janeiro: IMJ Mundo Jurídico, 2013.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre, Salah H. Khaled Jr. *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- PAÑARANDA RAMOS, Enrique. *Um novo sistema de direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs/Enrique Pañaranda Ramos, Carlos Suárez González, Manuel Cancio Meliá; trad. Org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli*. 2 ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SOUZA, Paulo S. Xavier. *Individualização da Pena no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006



ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 4. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



Interrogatório judicial do réu: A dicotomia entre o Procedimento Comum e o da Lei 11.343/2006 à luz do princípio da ampla defesa em oposição ao da especialidade

Bianca Magalhães e Silva

Graduada pela Universidade Candido Mendes - Centro. Advogada. Pós-Graduada em Direito Privado pela Universidade Candido Mendes.

Resumo: O interrogatório do réu, conforme redação conferida pela Lei n. 11.719/2008 ao art. 400 do CPP, é o último ato de instrução. O rito previsto no mencionado artigo não se aplica à Lei de Drogas, em razão do princípio da especialidade, de modo que o interrogatório do réu processado com base na Lei n. 11.343/2006 deve observar o procedimento nela descrito, sendo, assim, o primeiro ato de instrução. A pesquisa tem como objetivo abordar essa dicotomia, tendo em vista que, ao manter o estabelecido na legislação especial, na realidade, estaríamos consagrando um retrocesso, e, conseqüentemente, ofendendo a garantia fundamental da ampla defesa.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Instrução Criminal. Interrogatório do réu. Reforma pela Lei 11.719/2008. Procedimento Comum. Lei 11.343/2006.

Sumário: Introdução. 1. Da aplicabilidade do interrogatório do réu como último ato de instrução nos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006. 2. Do conflito entre os princípios da ampla defesa e o da especialidade no contexto em escopo. 3. Da possibilidade de ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto tem como foco a análise do interrogatório judicial do réu no Processo Penal, oportunidade na qual ele tem de defender-se da imputação descrita na denúncia.

Objetiva-se discutir com o presente estudo a dicotomia gerada entre o procedimento comum e o da Lei de Drogas, em face da reforma conferida pela Lei n. 11.719/2008 ao artigo 400 do CPP, que elencou o interrogatório judicial como sendo o último ato de instrução, garantindo além de um meio de prova, um importante meio de defesa.



Ocorre que nos procedimentos especiais, mais precisamente no procedimento previsto na Lei n. 11.343/2006, o interrogatório do réu é o primeiro ato de instrução, e não houve nenhuma alteração nesse sentido, o que gera uma dicotomia entre os procedimentos em escopo.

Para tanto, serão apresentados os conceitos dos princípios da ampla defesa e da especialidade, a fim de analisar se esse princípio, ao ser aplicado, não estaria ofendendo a ampla defesa, uma vez que o interrogatório como último ato de instrução é um avanço na autodefesa, garantia fundamental prevista constitucionalmente.

Assim sendo, será analisada a real intenção do legislador na previsão do artigo 57 da Lei nº 11.343/2006, que reproduziu o padrão até então em vigor à época da alteração legislativa, e pelo fato de esse padrão, posteriormente, ter sido alterado, estabelecendo o interrogatório como sendo o último ato de instrução, nada mais natural do que estas alterações serem estendidas a todos os dispositivos legais que a ela fizeram menção.

Procura-se, ainda, explicitar caso o interrogatório do réu no âmbito das leis especiais continue sendo o primeiro ato de instrução criminal, não estaria havendo uma ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso social, e, conseqüentemente ofendendo a garantia fundamental da ampla defesa.

A metodologia a ser adotada é a do tipo bibliográfica, histórica e descritiva.

1 – DA APLICABILIDADE DO INTERROGATÓRIO DO RÉU COMO ÚLTIMO ATO DE INSTRUÇÃO NOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 11.343/2006

O interrogatório do réu no processo penal brasileiro é um ato através do qual o acusado pode esclarecer a respeito da imputação que lhe é feita, configurando-se, assim, um importante meio de defesa.



Antes da reforma conferida pela Lei n. 11.719/2008 ao artigo 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório era realizado no início da instrução criminal, e com a alteração dada pela mencionada Lei passou a ser o último ato. Essa reforma possibilitou ao réu o melhor exercício de sua defesa, uma vez que, após ser realizada toda a instrução, com o colhimento de todas as provas é que o réu irá se manifestar, se assim o desejar, em razão do direito de permanecer calado, sobre o que se apurou em relação a ele.

Como diz Fernando da Costa Tourinho Filho¹:

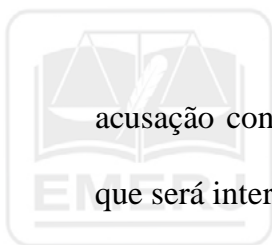
Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica (no capítulo da instrução), fosse o interrogatório, também, meio de prova. E como tal era e é considerado. Mediando sobre o assunto – principalmente agora que a Constituição, no seu art. 5º, LXIII, reconheceu o direito ao silêncio –, chegamos à conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa.

É com a realização do interrogatório que o órgão julgador irá formar o seu convencimento a respeito da prática ou não do crime imputado ao réu, além disso, é nesse momento que o juiz irá manter contato com o acusado, sendo isso fundamental, tendo em vista a possibilidade de serem analisadas todas as circunstâncias da ocorrência do crime.

A intenção do legislador com a reforma que ocasionou a mudança na ordem de instrução no rito ordinário foi a de não só ter a certeza quanto ao cometimento do delito por parte daquele a quem se pede a aplicação da norma penal, como ter a certeza também de que ele é o autor do crime em questão, ampliando a possibilidade dele se defender após toda a instrução realizada.

E tão necessário é o interrogatório que uma das primeiras providências a serem tomadas pelo juiz, ao receber a peça inicial da ação penal, consiste em determinar a notificação do réu para dar a sua resposta; e, na hipótese de o juiz não o absolver sumariamente, nos termos do art. 397, determinará sua citação para que ele saiba que a

¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 298.



acusação contra ele foi aceita e ao mesmo tempo é chamado a comparecer à audiência, em que será interrogado².

A alteração gerada no rito do procedimento comum, colocando o interrogatório do acusado como último ato de instrução, não foi seguida nos procedimentos de algumas legislações especiais, mais precisamente na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), que ao cuidar dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, dispõe que o interrogatório do réu seria ainda o primeiro ato de inquirição, conforme preceitua o artigo 57 da mencionada lei³:

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz. Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Na audiência de instrução e julgamento realizada no procedimento especial da Lei de Drogas haverá primeiramente o interrogatório do réu; a oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa; a sustentação oral entre o Ministério Público e a defesa, e, por fim, a sentença.

A partir das modificações geradas com a reforma de 2008, passou-se a ter uma dicotomia na realização da instrução criminal no âmbito do procedimento ordinário e no âmbito dos procedimentos especiais, especialmente no rito da Lei de Drogas, que ora se analisa.

Devido a isso, passou-se a defender que o interrogatório do réu no rito do procedimento comum deveria ser aplicado também, por analogia, ao procedimento do tráfico de drogas, sendo assim, o último ato de instrução, para que o direito à autodefesa, no que tange ao princípio constitucional da ampla defesa seja efetivamente respeitado.

²TOURINHO FILHO, op. cit., p. 302.

³BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.



Eugênio Pacelli⁴ sustenta:

Não vemos quaisquer dificuldades em aceitar a tese, desde que não se recorra ao argumento da suposta inconstitucionalidade do tratamento do interrogatório como primeiro ato de instrução. Fosse assim, todos os processos criminais instruídos a partir da Constituição, e anteriores à Lei nº 11.719/08, deveriam ser anulados. Não se cuida, evidentemente, de inconstitucionalidade.

No que pertine a realização do interrogatório como primeiro ato de instrução, ou seja, antes das testemunhas que irão depor sobre os fatos imputados ao réu, sob uma visão garantista do processo penal, é possível observar que a alteração dada pela lei nova não assegurou a efetivação do direito de ampla defesa e contraditório.

Assim sendo, não causaria qualquer dano ao processo essa aplicação, pelo contrário, estar-se ia conferindo uma melhor concretude a esses princípios constitucionais.

Rangel⁵ afirma que “perde-se a oportunidade de dar ao interrogatório o verdadeiro colorido de meio de defesa ao colocá-lo antes da oitiva das testemunhas. Em verdade, deveria o réu ser interrogado depois que as testemunhas fossem ouvidas, sejam as da acusação, sejam as da defesa, exercendo, plena e eficazmente, sua defesa”.

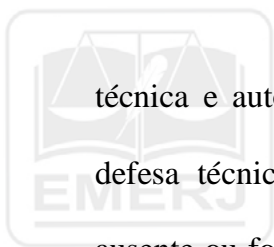
Portanto, pode-se depreender que a intenção do legislador no artigo 57 da Lei n. 11.343/2006 foi a de reproduzir o padrão que até então estava vigente no ordenamento jurídico brasileiro, e pelo fato desse padrão ter sido alterado, colocando o interrogatório do réu como último ato de instrução criminal, nada mais natural do que essas alterações serem estendidas a todos os dispositivos legais que a ela fizeram menção.

2 – DO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E O DA ESPECIALIDADE NO CONTEXTO EM ESCOPO

Os princípios da ampla defesa e do contraditório estão previstos no artigo 5º, inc. LV da Constituição Federal. A ampla defesa assegurada constitucionalmente divide-se em defesa

⁴ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 812.

⁵ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Lei de Drogas: comentários penais e processuais*. 2. ed. rev. ampl. atual. até dezembro de 2013. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 219.



técnica e autodefesa, também chamada de defesa pessoal. No processo penal brasileiro, a defesa técnica constitui verdadeira imposição legal, porque nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor, conforme dispõe o artigo 261 do Código de Processo Penal⁶:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

Segundo, Alexandre de Moraes⁷:

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). (...) Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

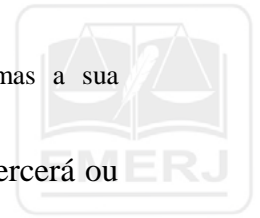
A defesa técnica é indeclinável, tendo em vista o réu não poder dela abdicar, configurando, assim, nulidade absoluta do processo penal a falta da defesa técnica.

Não basta em uma concepção garantista, mais moderna de processo penal, um processo penal verdadeiramente constitucional, não basta uma defesa técnica meramente formal, não basta a simples presença do advogado para a validade do processo penal, visto que se exige mais, exige-se uma defesa técnica efetiva, ou seja, uma defesa técnica que atue de acordo com a lei, doutrina, jurisprudência, ética, mas que atue sempre em prol dos interesses do acusado. É o que se chama hoje de efetividade da defesa técnica.

Se a falta da defesa técnica é causa de nulidade absoluta do processo, a sua deficiência, a falta de efetividade da atuação do defensor é causa de nulidade relativa, conforme preceitua a súmula 523 Supremo Tribunal Federal:

⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 106-107.



No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

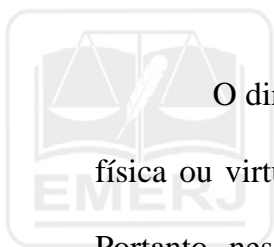
Já a autodefesa ou defesa pessoal deve ser assegurada ao acusado que a exercerá ou não, a seu próprio juízo, ou seja, fica ao critério do acusado exercer a chamada defesa pessoal. Portanto, o seu exercício é facultativo e se desdobra sob três aspectos, a saber: direito de audiência; direito de presença e direito de postular diretamente ao juiz ou Tribunal, em certos casos, expressamente previstos em lei, principalmente o direito de interpor recursos.

O direito de audiência, em síntese, é o direito ao interrogatório. O direito que deve ser oportunizado ao acusado para que ele apresente diretamente ao magistrado a sua versão acerca da imputação que lhe está sendo feita.

Na sistemática do CPP e da legislação extravagante, excetuada a hipótese de crime eleitoral, o interrogatório do acusado que comparecer em juízo, espontaneamente ou preso, é obrigatório, é indispensável. O acusado deverá ser interrogado, sob pena de nulidade do processo penal, nulidade essa prevista no artigo 564, inciso III, alínea “e”, do Código de Processo Penal. Cabe informar que, tem prevalecido o entendimento no sentido de que a nulidade aqui é absoluta, em virtude da falta do interrogatório do réu que comparecer a juízo.

O réu quando interrogado poderá recusar-se a responder, no todo ou em parte, as perguntas que lhe forem feitas pelo magistrado, sem que do seu silêncio possa advir qualquer prejuízo para a defesa. Trata-se do direito constitucional ao silêncio, previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, constante também no artigo 186, do Código de Processo Penal.

O direito ao silêncio como expressão do chamado privilégio contra a autoincriminação, no sentido de que ninguém pode ser compelido, obrigado a produzir provas contra si mesmo, a se auto incriminar. De acordo com o privilégio contra a autoincriminação, o indiciado na fase do inquérito, e o acusado ou réu no curso do processo penal, não pode ser obrigado a colaborar com a atividade persecutória do Estado.



O direito de presença é o direito que tem o réu de assistir a todos os atos do processo, física ou virtualmente, através de interrogatório do processo por meio de videoconferência. Portanto, nessa vertente da autodefesa, ao réu deve ser assegurado o direito de assistir em tempo real aos atos praticados na sede do juízo.

No tocante ao princípio da especialidade, a norma especial conterà todos os elementos da norma geral, além de outros elementos, prevalecendo, assim, a norma especial sobre a norma geral.

Rogério Greco⁸ sustenta que:

Pelo princípio da especialidade, a norma especial afasta a aplicação da norma geral. É a regra expressa pelo brocardo *lex specialis derogat generali*. Em determinados tipos penais incriminadores, há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, se houver uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral. Na lição de Assis Toledo, “há, pois, em a norma especial um *plus*, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral”.

Para que seja aplicado o princípio da especialidade na solução do caso em concreto, deve ser feita uma comparação entre os tipos penais acerca dos elementos gerais, bem como os elementos especiais. Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo⁹ aduz que: "Se entre duas ou mais normas legais existe uma relação de especialidade, isto é, de gênero para espécie, a regra é a de que a norma especial afasta a incidência da norma geral".

O doutrinador Fernando Capez¹⁰ menciona que:

O princípio da especialidade possui uma característica que o distingue dos demais: a prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece in abstracto, pela comparação das definições abstratas contidas nas normas, enquanto que os outros exigem um confronto concreto das leis que descrevem o mesmo fato.

No tocante ao interrogatório judicial do réu na Lei n. 11.346/2006, o entendimento que tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal (2ª Turma), é o de que a norma prevista no artigo 57 da mencionada lei prevalece sobre a regra

⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 28.

⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 51.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.



geral elencada no artigo 400 do Código de Processo Penal, sendo legítimo o interrogatório do réu como primeiro ato de instrução criminal.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹¹ conforme se vê:

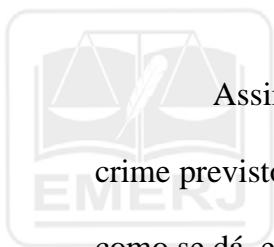
HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. PREJUDICIALIDADE. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INVERSÃO DA ORDEM. PREVALÊNCIA. LEI ESPECIAL. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. 2. A superveniência da sentença condenatória constitui novo título legitimador da custódia, o que torna prejudicada a impetração quanto ao pedido de revogação da prisão preventiva. 3. O regramento específico estabelecido no art. 57 da Lei n. 11.343/2006 prevalece sobre a regra geral do Código de Processo Penal, sendo legítimo o interrogatório do réu antes da oitiva das testemunhas (precedentes do STJ e do STF). 4. Habeas corpus em parte prejudicado e, no mais, não conhecido. (STJ, HC 245.752- SP. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 20/02/2014, T6 - SEXTA TURMA)

O Supremo Tribunal Federal¹² também já se manifestou nesse sentido:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Se a paciente foi processada pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal. II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). IV – Recurso ordinário improvido. (STF, 2ª Turma. RHC 116713, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 11/06/2013).

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 245752- SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33732044&n_m_registro=201201223994&data=20140306&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 116713-MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=4057157&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RHC%20/%20116713>>. Acesso em 01 set. 2015.



Assim, em apreço ao princípio da especialidade o interrogatório do acusado por crime previsto na Lei de Drogas continua a ser o primeiro ato de instrução e não o último ato, como se dá, em regra geral, conforme o disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal.

3 – DA POSSIBILIDADE DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

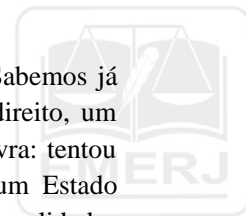
O processo penal e a Constituição da República Federativa do Brasil repercutem de maneira efetiva na relação entre o indivíduo e o Estado. Essa relação é um reflexo do campo da atividade repressiva estatal. E isso porque nos Estados totalitários, cuja liberdade individual é aniquilada, o processo penal é um simulacro de processo com a finalidade de conferir legitimidade às decisões de quem detém o poder central.

Em um estado democrático de direito, a ação persecutória do Estado, tanto na investigação criminal quanto no processo penal propriamente dito, deve respeitar os direitos e garantias individuais. A busca pela verdade real, a punição do autor do crime não autoriza, não justifica a violação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Essa é uma visão garantista do processo penal, visto modernamente, sobretudo, nas democracias como um instrumento de contenção do arbítrio estatal. Os princípios básicos, as regras fundamentais estão na Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente no rol dos direitos e garantias individuais. Os princípios constitucionais do processo estão principalmente, mas não exclusivamente, entre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Conforme ilustra J. J. Canotilho¹³:

Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado constitucional. Não deixa, porém, de ser significativo que esta expressão – Estado constitucional – tenha

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 92-93.



merecido decisivo acolhimento apenas na juspublicística mais recente. Sabemos já que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Numa palavra: tentou estruturar um Estado com qualidades, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciado a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.

O princípio da vedação ao retrocesso social busca evitar a redução, a supressão, a diminuição, ainda que parcial, de um direito socialmente garantido ao cidadão. Ou seja, esse princípio preceitua que o Estado, como garantidor dos direitos fundamentais, não viole o núcleo do mínimo existencial, seja por meio comissivo ou omissivo, evitando-se, assim, macular a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴ descreve que, “a problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica”.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵ sustenta, ainda, que:

Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, constata-se, desde logo, que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob este rótulo, também já consagrou a noção, pelo menos em algumas de suas dimensões. Com efeito, desde logo se verifica que a já mencionada garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais já dão conta de o quanto a questão – também entre nós – já foi objeto de previsão no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev., e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 442.

¹⁵ *Ibid.*, p. 444-445.



O princípio da vedação ao retrocesso não está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, decorre do sistema jurídico-constitucional como um todo. Busca-se evitar com essa vedação que direitos fundamentais sejam reprimidos.

Como bem salienta Lenio Streck¹⁶:

Neste ponto adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição do retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da constituição.

Portanto, no contexto em análise, o interrogatório judicial do réu como último ato de instrução reforça a autodefesa, reforçando, assim, a ampla defesa, pois o réu já terá ciência de tudo aquilo que for alegado contra ele. Logo, vedar tal reforço no procedimento da Lei de Drogas traduziria um retrocesso social, ofendendo o princípio da vedação ao retrocesso, que é uma garantia constitucional.

Além do mais, o Pleno do Supremo Tribunal Federal¹⁷ já estendeu esse raciocínio para as ações penais de competência originária do próprio Supremo e Superior Tribunal de Justiça, entendendo a inexistência do art. 7º que prevê o interrogatório como primeiro ato da instrução (Art. 7º- “Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso”.¹⁸), exatamente para que seja o último ato de instrução, como se vê:

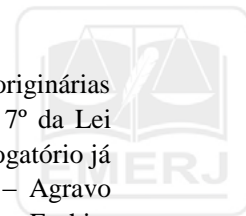
EMENTA: PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 706.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 528 - DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3840783>>. Acesso em 15 set. 2015.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.



II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. AP 528 – DF. rel. Min. Edson Fachin. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 08/06/2011 - ATA Nº 87/2011. DJE nº 109, divulgado em 07/06/2011).

E nesse mesmo julgamento¹⁹ o Ministro Luiz Fux asseverou que o mesmo entendimento também se aplicaria à Lei n.11.343/06, como se observa: “(...) O Min. Luiz Fux acrescentou que o entendimento poderia ser estendido à Lei 11.343/2006, que também prevê o interrogatório como o primeiro ato do processo”.

Dessa maneira, o Pleno do STF entendeu que nos casos da Lei n. 8.038/90, o interrogatório judicial do réu deverá ser o último ato de instrução, por ser tal prática mais benéfica para a defesa.

No entanto, é possível observar que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal tem entendido pela aplicação do princípio da especialidade nesses casos. Ou seja, nos procedimentos que elencam o interrogatório judicial do réu como o primeiro ato de instrução, assim deverá prevalecer. E, por isso, o artigo 57 da Lei de Drogas deverá ser preservado.

Verifica-se que, invocar o princípio da especialidade aqui seria impreciso, visto que o artigo 57 da Lei 11.343/06 foi editado no ano de 2006, e nesta época a regra era o interrogatório ser o primeiro ato de instrução. Desse modo, alterando-se o padrão vigente à época, o ideal seria estender essa mudança para os procedimentos que até então reproduziam a sistemática em vigor.

Ao insistir na aplicação do interrogatório como primeiro ato de instrução no procedimento da Lei de Drogas, estar-se-ia consagrando um retrocesso social, violando-se tal princípio.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 528 - DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm#Interrogatório: Lei 11.719/2008 e Lei 8.038/90](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm#Interrogatório:Lei%2011.719/2008%20e%20Lei%208.038/90)>. Acesso em 15 set. 2015.



CONCLUSÃO

O interrogatório judicial no processo penal brasileiro, em resumo, garante ao acusado a possibilidade de defender-se a respeito do que lhe está sendo imputado, configurando-se, portanto, um meio de defesa, bem como um meio de prova.

Com a alteração legislativa conferida pela Lei n. 11.719/08 ao artigo 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório judicial do réu no procedimento comum está elencado como sendo o último ato de instrução, ou seja, alterou-se a ordem da instrução criminal, visto que o interrogatório deixou de ser o primeiro ato a ser realizado.

No entanto, essa mudança não se operacionalizou no âmbito das leis especiais penais, mais precisamente na Lei de Drogas, pois o interrogatório continuou a ser o primeiro ato de instrução criminal.

Com isso, observa-se que a alteração produzida pela Lei n. 11.719/08 não assegurou a efetivação do direito a ampla defesa e ao contraditório. E isso porque, o interrogatório judicial do réu sendo elencado como último ato de instrução judicial reforça a autodefesa, no tocante respectivamente a ampla defesa, já que o réu terá conhecimento de tudo o que foi imputado contra ele ao longo da audiência de instrução e julgamento.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em atendimento ao princípio da especialidade, vêm entendendo que o procedimento da Lei de Drogas no tocante ao interrogatório do réu deve continuar a ser observado em detrimento da regra disposta no artigo 400 do Código de Processo Penal.

Todavia, o próprio Pleno do Supremo Tribunal Federal já entendeu que para as ações penais de competência originária do STF e STJ, o interrogatório judicial deveria ocorrer ao final da instrução, por ser mais benéfico para a defesa.



O estudo, portanto, tem como aspecto relevante abordar a dicotomia existente entre os procedimentos comum e o da Lei de Drogas, tendo em vista que, ao manter o estabelecido na legislação especial, na realidade, estar-se-ia consagrando um retrocesso social, e, conseqüentemente, ofendendo a garantia fundamental da ampla defesa.

Assim, o interrogatório judicial do réu no rito da Lei de Drogas também deve observar o procedimento elencado para o rito comum, qual seja, ser o último ato de instrução, buscando-se com isso o melhor interesse do réu e o respeito as garantias constitucionais que lhe são conferidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 245752- SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33732044&nm_registro=201201223994&data=20140306&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 116713-MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=4057157&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RHC%20/%20116713>>. Acesso em 01 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP 528 - DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3840783>>. Acesso em 15 set. 2015.

_____. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP 528 - DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em:



<[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm#Interrogatório: Lei 11.719/2008 e Lei 8.038/90](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm#Interrogatório:Lei%2011.719/2008%20e%20Lei%208.038/90)>. Acesso em 15 set. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Lei de Drogas: comentários penais e processuais*. 2. ed. rev. ampl. atual. até dezembro de 2013. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev., e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS EM GARANTIA QUANTO À BUSCA E APREENSÃO COM O ADVENTO DA LEI N. 13.043/2014

Bruna Paiva de Oliveira

Graduada pela Universidade Candido Mendes de Niterói. Advogada.

Resumo: A alienação fiduciária de bens móveis em garantia disciplinada pelo Decreto-Lei n. 911/69 conferiu maior abrangência ao mercado de capitais, e tal Decreto obteve modificações relevantes e intrigantes com o advento da Lei 13.043 de 2014, inclusive quanto a um dos meios de retomada do bem pelo credor, qual seja, a ação de busca e apreensão. Cada vez mais se percebe o distanciamento dos objetivos originários do instituto, de forma que se caminha para uma facilitação do lucro por parte das instituições financeiras credoras, em regra. A essência do trabalho é abordar as modificações referentes ao instituto, verificar a relevância de cada uma e apontar qual a que melhor traduz a efetividade excessiva na satisfação do crédito do credor fiduciário.

Palavras-chave: Direito Civil. Alienação Fiduciária. Bens Móveis em Garantia. Busca e Apreensão. Lei n. 13.043/2014.

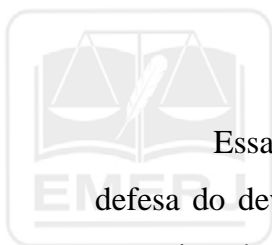
Sumário: Introdução. 1. Do respeito à boa-fé objetiva e a proteção ao consumidor no instituto da alienação fiduciária de bens móveis em garantia. 2. Do desvirtuamento dos objetivos originários da alienação fiduciária com as modificações trazidas pela Lei n. 13.043, de 13 de novembro 2014. 3. A injustificada urgência atribuída à possibilidade de liminar de busca e apreensão pelo credor em sede de plantão judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as modificações a alienação fiduciária de bens móveis em garantia bem como à ação de busca e apreensão trazidas com o advento da Lei 13.043/2014. Procura-se demonstrar que é latente a existência de um desequilíbrio entre os papéis do credor fiduciário e o devedor fiduciante na alienação fiduciária de bens móveis em garantia.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema de forma a conseguir discutir se a efetividade excessiva na satisfação do crédito do credor fiduciário em detrimento da significativa restrição dos meios de defesa do devedor fiduciante, caracteriza uma deformação à natureza da relação jurídica em questão, que pode acarretar a retração do uso de tal modalidade de garantia pela sociedade.

O instituto da alienação fiduciária dos bens móveis em garantia ganhou espaço na sociedade brasileira graças à utilização crescente pelas financeiras e a demanda do mercado de capitais. Dessa forma, o fomento a realização desse negócio jurídico fruto da globalização conferiu ao credor fiduciário posição de extrema vantagem em relação ao devedor fiduciante.



Essa situação favorece a seguinte reflexão: Diante da supressão de possibilidades de defesa do devedor pela Lei 13.043/2014 é possível a retração do uso de tal modalidade de garantia pela sociedade?

O credor fiduciário deve revestir a condição de instituição financeira *lato sensu* ou de pessoa jurídica de direito público titular de créditos fiscais e previdenciários, conforme o Decreto-Lei n. 911/1969, verifica-se o advento de alterações em tal legislação conferindo ao credor o alargamento dos meios satisfativos de seu crédito como a busca e apreensão, indo de encontro a sistemática protetiva, evidenciando o desrespeito ao consumidor (art. 5º, XXXII e 170, ambos da CRFB/88).

Para melhor compreensão do tema, busca-se discutir a valorização dos meios de satisfação do credor fiduciário pela legislação pátria. Constata-se na realidade fática uma diminuição aos meios de defesa possíveis ao devedor, o que leva ao favorecimento do lucro das instituições financeiras em detrimento da proteção ao consumidor.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da atribuição de financiamento de crédito direto ao consumidor e a transferência da propriedade resolúvel ao credor, a aceitação em massa da alienação fiduciária em garantia de bem móvel no Brasil. Bem como, a evolução dos meios de satisfação do crédito pelo credor, se caracterizaria violação ao princípio da boa-fé objetiva e a proteção ao consumidor.

Segue-se ponderando no segundo capítulo, tendo em vista a busca pela consolidação do instituto da alienação fiduciária de bens móveis em garantia, se é possível dizer que o favorecimento das instituições financeiras, para impulsionar a economia do país, ultrapassou os objetivos previstos originariamente, quanto ao estabelecimento de normas de cunho processual valorizando o lucro.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a possibilidade de sustentar, que o inadimplemento crescente por parte dos devedores fiduciantes é uma questão social esclarecedora da necessidade de restrição dos meios de defesa do devedor ao mínimo. Esse capítulo tem por objetivo comprovar que a obtenção de liminar de busca e apreensão pelo credor em sede de plantão judiciário não possui urgência justificável.

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



1. DO RESPEITO À BOA-FÉ OBJETIVA E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS EM GARANTIA

No Brasil, houve um processo de industrialização crescente iniciado na década de 1930, pautado na redistribuição de renda nacional e no desenvolvimento do mercado interno, que sofreu recessão econômica em 1960, que levou o governo brasileiro a criar um plano de ação econômica com o intuito de acelerar o ritmo do desenvolvimento, conter a inflação e realizando reformas sociais.

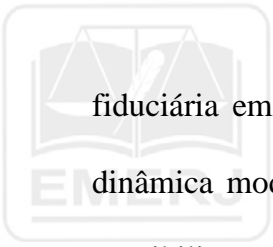
Em busca de solucionar a situação, optou-se por estimular a empresa privada pela canalização de seus recursos, principalmente, seu dinamismo peculiar. Desta forma, como bem analisou Diniz ¹ fez se indispensável uma nova estrutura econômico-jurídica, surgindo, então o mercado de capitais, formado por um conjunto de operações e instituições com a destinação de arrecadar recursos para repassá-los aos setores da indústria, produção e comércio. Com a função de institucionalizar o referido mercado foram promulgadas as Leis n. 4.594/64 e 4.728/65.

As economias contemporâneas têm seu aprimoramento fundado no fornecimento de crédito, desse modo em uma sociedade como a brasileira permeada pela desigualdade o suprimento aos anseios dos consumidores é fortalecido pelas instituições financeiras e suas equiparadas. Rizzato Nunes ² analisando tal panorama verifica que grande parte da população se utiliza indispensavelmente do crédito provido por estas como intermédio para a aquisição de bens e à contratação de serviços.

A alienação fiduciária adentrou no direito positivo brasileiro com a finalidade precípua de garantia, bem como uma tentativa de suprir a carência ao período das garantias incidentes sobre os bens móveis, que restaram obsoletas diante das novas características sociais. Com o advento do Decreto-Lei n. 911/69 a propriedade atribuída pela alienação

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 4. 20. ed.. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 361.

² RIZZATO NUNES, Luis Antonio. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.65.



fiduciária em garantia forneceu maior abrangência ao mercado de capitais, uma vez que a dinâmica moderna da operação de crédito se amolda a sua conformação. Tal circunstância possibilitou um avanço da indústria e do comércio, principalmente, em relação aos veículos automotores.

Nesta sistemática, o instituto possui a função de dinamizar negócios e facilitar a circulação de capital, de modo que confere a uma determinada classe de compradores, antes privados de realizar créditos, a ampliação de sua capacidade aquisitiva e integração de número considerável de pessoas anteriormente fora do mercado.

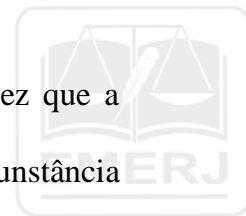
O § 2º do art. 3º da Lei n. 8.078/90, incluiu ao conceito de serviço expressamente a atividade bancária, financeira e de crédito, conseqüentemente, não pode haver a exclusão dos bancos e instituições financeiras autorizadas pelo BACEN da incidência deste subsistema autônomo, vigente e inserido no sistema constitucional brasileiro por determinação do art. 48 do ADCT/CRFB.

Com relação à referida questão está sumulada no Superior Tribunal de Justiça no verbete da Súmula 297, que admite a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras.

Cumprido destacar que a instituição financeira é a fornecedora dos serviços, logo, credora fiduciária, nos moldes do § 2º do art. 2º do CDC, e o devedor fiduciante é consumidor, pois adquire o serviço como destinatário final, conforme o art. 2º, *caput* do CDC. Assim, na relação de consumo figurada entre estes o consumidor é vulnerável, não sendo tal relação somente civil.

Segundo Andrade³, a alienação fiduciária geralmente é contratada por meio de instrumento impresso anteriormente, com espaços em branco a serem preenchidos em relação às partes, ao objeto adquirido, ao valor do financiamento, bem como as condições de reajuste

³ ANDRADE, José A. F. de. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: LEUD, s.d. p.59.



fiduciária em garantia forneceu maior abrangência ao mercado de capitais, uma vez que a dinâmica moderna da operação de crédito se amolda a sua conformação. Tal circunstância possibilitou um avanço da indústria e do comércio, principalmente, em relação aos veículos automotores.

Nesta sistemática, o instituto possui a função de dinamizar negócios e facilitar a circulação de capital, de modo que confere a uma determinada classe de compradores, antes privados de realizar créditos, a ampliação de sua capacidade aquisitiva e integração de número considerável de pessoas anteriormente fora do mercado.

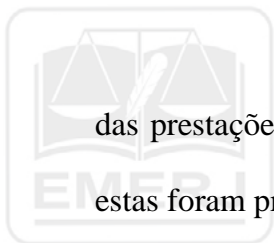
O § 2º do art. 3º da Lei n. 8.078/90, incluiu ao conceito de serviço expressamente a atividade bancária, financeira e de crédito, conseqüentemente, não pode haver a exclusão dos bancos e instituições financeiras autorizadas pelo BACEN da incidência deste subsistema autônomo, vigente e inserido no sistema constitucional brasileiro por determinação do art. 48 do ADCT/CRFB.

Com relação à referida questão está sumulada no Superior Tribunal de Justiça no verbete da Súmula 297, que admite a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras.

Cumprido destacar que a instituição financeira é a fornecedora dos serviços, logo, credora fiduciária, nos moldes do § 2º do art. 2º do CDC, e o devedor fiduciante é consumidor, pois adquire o serviço como destinatário final, conforme o art. 2º, *caput* do CDC. Assim, na relação de consumo figurada entre estes o consumidor é vulnerável, não sendo tal relação somente civil.

Segundo Andrade³, a alienação fiduciária geralmente é contratada por meio de instrumento impresso anteriormente, com espaços em branco a serem preenchidos em relação às partes, ao objeto adquirido, ao valor do financiamento, bem como as condições de reajuste

³ ANDRADE, José A. F. de. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: LEUD, s.d. p.59.



das prestações, sem alguma viabilidade de transação das demais cláusulas contratuais. Pois, estas foram pré-determinadas pela fornecedora no contrato de adesão.

A adesividade é a principal característica dos contratos que representam as relações de consumo, sendo tratada pelo CDC em seu art. 54, *caput*. Com o movimento industrial e conseqüentemente com a produção planejada e em série a sociedade do século XX se amoldou a este modelo, permeado pela oferta de produtos e serviços qualificados “de massa” e de consumo. E ao direito coube instituição de fórmulas padronizadas, verdadeiros contratos de consumo em que a liberalidade é dos fornecedores, ao quais ao adotarem o modelo previamente analisado e decidido por conta própria fazem imposição determinada aos consumidores que desejam ou necessitam adquirir seus produtos e serviços.

A interpretação de cláusulas contratuais favoravelmente ao consumidor se consubstancia em um eficiente instrumento de proteção contratual ao devedor, devendo ser conferida aos contratos pautados no consumo, nos termos do art. 47 do CDC.

Rizzardo⁴ defende a função da propriedade resolúvel e destaca a alienação fiduciária de outros institutos semelhantes, pois nesta ocorre a transferência da propriedade ao credor que a adquire para garantir seu crédito, bem como a posse indireta. Dessa forma, o devedor fica com a posse direta do bem e a possibilidade de se tornar proprietário somente se realizar o pagamento de todas as parcelas do contrato.

Há estipulação de modos de controle dos contratos abusivos nos art. 421 e 422 do Código Civil, devido a preocupação com o equilíbrio contratual, ao determinar que a liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social dos contratos. Bem como a obrigatoriedade de respeito aos princípios da probidade e da boa-fé por parte dos contratantes tanto na fase conclusiva do contrato quanto em sua execução.

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1323.



Nesse sentido destacam-se os exemplos dispostos nos art. 51, inciso IV e 53, todos do CDC.

No inciso IV do art. 51 do CDC, o legislador veda obrigações injustas e abusivas que desrespeitem valores sociais ou que ofendam o princípio da boa-fé objetiva, como a falta de lealdade e a equidade, isto é, justiça no caso concreto. Assim, para Cavalieri Filho⁵ tal norma geral proíbe todo tipo de abuso contratual, sendo a abusividade caracterizada pela inserção do consumidor em desvantagem exagerada, independentemente do meio usado ou do motivo alegado.

O art. 53 do CDC estabelece a regulação direcionada à compra e venda de móveis ou imóveis, assim como nas alienações fiduciárias em garantia nas quais o preço é pago em prestações. De modo que, atribui nulidade de pleno direito a cláusulas abusivas que determinem a perda de prestações pagas em favor do credor e a venda do bem dado em garantia sem a inadimplência do devedor, tendo por fundamento o não enriquecimento sem causa.

A Política Nacional das Relações de Consumo funda-se no art. 4º da Lei 8.078/90, e traz o princípio da vulnerabilidade do consumidor, devido a fragilidade deste em termos jurídicos, admitindo o desequilíbrio dos contratos de consumo. A tal princípio basilar seguem-se aqueles encontrados nos art. 4º e 6º do CDC, sendo a boa-fé objetiva primordial a uma relação ideal, de modo que as ações das partes componentes devem ser baseadas na honestidade e na lealdade.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 155.



2. DO DESVIRTUAMENTO DOS OBJETIVOS ORIGINÁRIOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COM AS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 13.043, DE 13 DE NOVEMBRO 2014

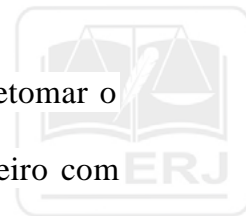
O instituto da alienação fiduciária é caracterizado por ser um contrato formal e acessório que possui como objetivo precípuo o cumprimento de obrigação convencionada, consubstanciada em uma transferência realizada pelo devedor fiduciante ao credor fiduciário da propriedade resolúvel bem como da posse indireta de um bem móvel infungível, como meio de garantia de seu débito até que seja adimplida a obrigação principal.

Inicialmente surgiram no ordenamento jurídico romano dois tipos de *fiducia*, cuja definição se pauta na confiança. A primeira *fidúcia cum amico* possibilitava a alienação de bens a um amigo como medida acautelatória contra riscos diversos, ficando ressalvada a restituição destes bens ao final da situação considerada perigosa. Outra modalidade de garantia real era a *fiducia cum creditore*, bem definida por Farias⁶ como aquela segundo a qual o devedor transferia por meio de venda os seus bens ao credor com a ressalva de recuperá-los se no futuro efetuasse o pagamento da dívida, satisfeita a finalidade pretendida.

Ocorre que, os dois métodos não eram oportunos aos alienantes, uma vez que esses ficavam desprotegidos sem possuir procedimento jurídico capaz de compelir o credor a lhes devolver a coisa alienada após a efetiva satisfação de sua obrigação, sendo o único recurso a *actio fiduciae*, uma ação de cunho pessoal contra o credor, pela qual o devedor poderia requerer indenização pelo descumprimento do pacto de restituição da coisa.

As garantias são relações jurídicas definidas pela voluntariedade e eventualidade, de modo que se unem a obrigação com o intuito de assegurar a esta o seu cumprimento, isto é, a garantia existe em subordinação a obrigação, o que lhe confere a característica de ser acessória. O direito real de garantia possui como bem jurídico fundamental assegurar o crédito e se baseia na circulabilidade, a acessoriedade e a taxatividade.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 379.



Antes de surgir a alienação fiduciária em garantia no Brasil era difícil retomar o bem no mercado. Assim, o legislador introduziu o instituto no ordenamento brasileiro com a Lei 4.728 de 1965, que trata do Mercado de Capitais fazendo referência ao domínio resolúvel.

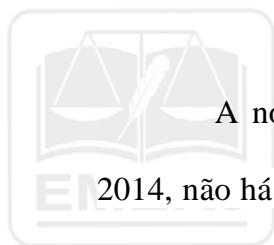
O legislador faz a retomada da ideia da propriedade fiduciária no Código Civil de 2002, realizando a diferenciação entre esta e a propriedade resolúvel. Entretanto, os artigos do diploma civil se referem apenas à alienação fiduciária em garantia de bem móvel, tratada na lei 4.728/1965 e no Decreto-lei 911/69, sendo que a Lei 10.931 de 2004, ao dispor sobre afetação patrimonial se insere na problemática sem solucioná-la.

O Decreto-lei 911/69 que estabelece normas de processo a respeito da alienação fiduciária tem sido alvo de modificações pontuais, com inclinação para a proteção ao credor fiduciário, o que acaba por ocasionar a diminuição das possibilidades de defesa do devedor fiduciante. Com o surgimento da Lei 13.043 de 2014, com vigência e aplicabilidade imediatas, verifica-se em seu art. 101 a continuação da ideia de amparo ao credor, pois trouxe a imposição de alterações diversas a certos dispositivos do Decreto-lei 911/69 nesse sentido.

Com relação à comprovação da mora a redação originária do Decreto-lei 911/69, dizia que para o ajuizamento de ação de busca e apreensão deveria ser preenchido o requisito indispensável de notificar extrajudicialmente o devedor, por meio de envio de carta registrada pelo Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

Segundo Assumpção⁷, a prova da mora está relacionada ao interesse processual e se afigura como um requisito a ser atendido de maneira conjunta ao interesse de agir, este que é uma condição da ação. De modo que não há que ser confundido com um pressuposto processual e nem com uma condição específica para ação de busca e apreensão.

⁷ ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. *Ação de busca e apreensão: alienação fiduciária*. São Paulo: Atlas, 2006. p.11.



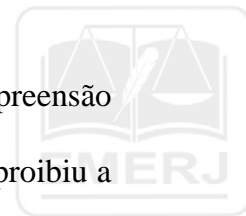
A nova redação do art. 2º, § 2º do Decreto-lei 911/69, dada pela Lei 13.043 de 2014, não há mais exigência do legislador de notificação promovida pelo Cartório de Títulos e Documentos, pois o mero envio de carta registrada com aviso de recebimento constitui meio idôneo para evidenciar a mora, desde que o recebimento da correspondência ocorra no endereço apontado, isto é, do devedor. Bem como, não é necessário que a assinatura constante do AR seja a do próprio destinatário.

A purga da mora tem como representação jurídica pôr fim ao estigma da inexecução da obrigação por meio do oferecimento da prestação devida acrescida dos encargos da dívida. De acordo com o que assevera Theodoro Júnior⁸ a Lei 10.931 de 2004, conferiu ao art. 3º, § 2º do Decreto-lei 911/69 a redação de que o devedor tem a faculdade de pagar de forma integral a dívida pendente, ou seja, o valor total financiado com exceção dos juros prospectivos, com base em planilha de cálculo apresentada na inicial.

Já a Lei 13.043 de 2014 alterou o art. 3º, § 1º do Decreto-lei 911/69 estabelecendo que se o devedor fiduciante não efetivar o pagamento integral do débito no prazo de até cinco dias após a execução da liminar, ocorrerá a consolidação da propriedade e da posse plena e exclusiva do bem ao patrimônio do credor fiduciário. Tal dispositivo evidencia a valorização dos meios de satisfação do credor, inclusive das instituições financeiras, bem como o afastamento do objetivo de garantir aos indivíduos da sociedade a aquisição de bens móveis como automóveis respeitados os direitos do consumidor.

Houve modificação trazida pela Lei 13.043 de 2014, a respeito do cumprimento do mandado de busca e apreensão, pois no art. 3º, § 14 do Decreto-lei 911/69, há expressamente a disposição de que em havendo o cumprimento do mandado de busca e apreensão é dever do devedor ou, excepcionalmente, de terceiro efetuar a entrega do bem móvel e também dos documentos referentes a este.

⁸ THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Direito Processual Civil*. v.3. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 592.



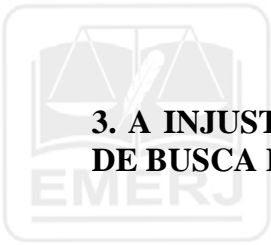
Anteriormente se falava na possibilidade de conversão da ação de busca e apreensão em depósito, ocorre que devido ao advento da Súmula Vinculante nº 25 do STF que proibiu a prisão civil do depositário infiel, tal conversão se tornou sem sentido, uma vez que as ações de depósito acabavam recaindo em execução por quantia certa.

O art. 4º do Decreto-lei 911/69 com a redação conferida pela Lei 13.043 de 2014, permite a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de execução, nos mesmos autos e a requerimento do credor, no caso de não ser encontrado o bem objeto de alienação fiduciária ou quando o devedor não tiver o bem em sua posse.

Além disso, o texto legal no art. 5º do Decreto-lei 911/69, assegura ao credor fiduciário a possibilidade de utilizar diretamente da execução, ou seja, sem ter que aderir ao sistema da *conversão* da busca e apreensão em execução. Sendo tal artigo relacionado ao verbete de Súmula 384 do STJ que dispõe pelo cabimento de ação monitória para buscar saldo remanescente de venda de forma extrajudicial do bem alienado fiduciariamente em garantia.

Antes cabia ao devedor alegar em defesa o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais, segundo FIUZA⁹. Nos termos do disposto nos §§ 3º e 4º do art. 3º do Decreto-lei 911/69 alterados pela Lei 10.931 de 2004, o devedor fiduciante se quiser pode oferecer resposta dentro do prazo de quinze dias da execução da liminar, ainda que tenha efetuado o pagamento integral do débito pendente. É admitido ao réu trazer na contestação argumentos que busquem a inviabilização da manutenção da liminar de busca e apreensão, no entanto, as matérias por ele alegáveis são restritas como por exemplo, o adimplemento substancial.

⁹ FIUZA, César. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Rio de Janeiro: AIDE, 2000. p.141.



3. A INJUSTIFICADA URGÊNCIA ATRIBUÍDA À POSSIBILIDADE DE LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO PELO CREDOR EM SEDE DE PLANTÃO JUDICIÁRIO

A ação de busca e apreensão prevista no Decreto-lei 911/69, se consubstancia em uma ação especial autônoma e independente de qualquer procedimento posterior. De modo que segundo NEVES¹⁰ não pode ser confundida com a ação de natureza cautelar tratada nos art. 839 a 843 do CPC, uma vez que esta pode ser preparatória ou incidental e sua finalidade é de procurar e apreender não apenas coisas, mas pessoas também. Também não há que se falar em confusão com as outras espécies de busca e apreensão existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O credor fiduciário é legitimado para figurar no polo ativo da demanda, ou seja, para o ajuizamento da ação de busca e apreensão. Para além do credor, podem ajuizar tal ação o avalista, o fiador, ou o terceiro interessado que após pagar a dívida se sub-rogou nos direitos do credor, nos termos do art. 6º do Decreto-lei 911/69.

A concessão de liminar na ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente já era admitida na legislação correspondente ao tema. Alterações relevantes se relacionam aos parágrafos do art. 3º do referido Decreto, que tratam da mora, uma vez que pela redação originária existia a possibilidade de o devedor purgar a mora depois de despachada a inicia e executada liminar, o réu era citado para apresentar contestação em três dias ou se adimplido quarenta por cento do preço financiado.

Com a Lei 13.043/14, os parágrafos do art. 3º foram modificados, o legislador estabeleceu que em cinco dias depois da execução da liminar a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem se consolidam no patrimônio do credor, de modo que o devedor fiduciante deve efetuar o pagamento da integralidade da dívida dentro desse prazo de cinco dias

¹⁰ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 2013. p.32.



contados da execução da liminar para evitar tal efeito e ele possui prazo de quinze dias para contestar.

De acordo com o art. 6º-A do Decreto-lei 911/69, inserido pela Lei 13.043/14, não há que se falar em impedimento de distribuição e busca e apreensão de bem, em virtude de realização por parte do devedor de pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, nos moldes da Lei 11.101 de 2005. Dessa forma, é admissível para além da distribuição, a própria *busca e apreensão* do bem alienado fiduciariamente, incidindo conseqüentemente as outras conseqüências dispostas no Decreto-lei 911/69, como a consolidação da posse e propriedade após o escoamento do prazo constante no art. 3º, § 1º, do referido Decreto.

É possível verificar que tal sistemática tendente nas legislações atuais de viabilização de retomada do bem móvel pelo credor fiduciário acarreta exacerbada facilitação a atividade das instituições credoras na busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, bem como em sua venda, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa no contrato, ficando, o devedor fiduciário indefeso.

As regras processuais contidas no art. 56 da Lei 10.931/04, conferiram redação diversa aos parágrafos do art. 3º do Decreto-lei 911/69, mantendo apenas o teor do *caput*, do referido art. 3º, dispondo sobre a ação de busca e apreensão ajuizada pelo credor, a qual será concedida liminarmente se houver comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor¹¹.

A Lei 13.043 de 2014, manteve esse sistema de possibilidade de pedido liminar, mas trouxe modificação importante quanto ao desenvolvimento de tal procedimento.

Dessa forma, depois da confirmação da validade das cláusulas contratuais e da efetiva caracterização da mora do devedor fiduciante, mediante notificação extrajudicial

¹¹ RIBEIRO, Alex Sandro. *Polêmicas da nova alienação fiduciária de bens móveis*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 607, 7 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6406>>. Acesso em: 8 ago. 2015.



realizada por meio do Cartório de Títulos e Documentos e entregue no domicílio do devedor, não sendo exigido o recebimento pessoal por este, nos termos do art. 2º, § 2º do Decreto-lei 911/69, com a nova redação de 2014. O credor fiduciário, por exemplo, instituição financeira poderá ajuizar ação de busca e apreensão de modo a requerer que lhe seja entregue o bem móvel alienado fiduciariamente e se preenchidos os requisitos legais obterá a procedência.

O art. 3º, *caput* do Decreto-lei 911/69 com a modificação feita pela lei de 2014, inovou no sentido de permitir que o requerimento de liminar pelo credor tenha apreciação em sede de *plantão judiciário*, veio a ratificar o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que tais processos de Busca e Apreensão necessitam de célere processamento pelo Poder Judiciário.

Assim, gerou verdadeira ampliação da competência dos órgãos jurisdicionais que funcionem em regime de plantão, uma vez que até mesmo a petição inicial poderá ter sua distribuição durante o plantão.

Há que se dizer que a referida modificação no procedimento quanto à liminar em ação de busca e apreensão caminha em direção oposta aos objetivos estabelecidos com a instituição do plantão judiciário. Pois, confere uma urgência desproporcional ao fim a que se propõe e aos limites da razoabilidade.

O plantão judiciário foi estabelecido com o intuito de possibilitar a análise durante os feriados e recessos forenses das medidas dotadas de urgência, ou seja, conferir o acesso ao Poder Judiciário ininterruptamente para salvaguardar o direito daquele que se vê na iminência de sofrer grave prejuízo em decorrência de situações que reclamam provimento jurisdicional imediato¹².

¹² DIAS, Gustavo Henrique Holanda. *O plantão judiciário: garantia de acesso à justiça todos os dias*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3260, 4 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21912>>. Acesso em: 3 set. 2015.



O Conselho Nacional de Justiça realizou padronização em âmbito nacional sobre a disciplina do Plantão Judiciário, definiu os regramentos básicos da atuação judicial e estabeleceu as medidas administrativas a serem aplicadas pelos tribunais pátrios.

Diante da análise do rol de matérias constante no art. 1º, da Resolução nº 71, de 31 de março de 2009, do Conselho Nacional de Justiça, é possível compreender que todas as hipóteses listadas possuem um coeficiente mínimo de urgência. No entanto, não há alegação robusta para sustentar urgência na seara da ação busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente para fins de concessão de liminar.

Em, regra a liminar de busca e apreensão não se vincula ao requisito de urgência, de modo que a redação legal estabelecendo previsão nesse sentido vai de encontro aos objetivos pelos quais se instituiu o plantão judiciário.

Os meios de defesa sob a ótica do devedor fiduciante são limitados, uma vez que este somente pode apresentar defesa em busca de inviabilizar a manutenção da liminar na ação de busca e apreensão alegando, por exemplo, o pagamento da integralidade do débito, nos termos do art. 3º, § 2º do Decreto-lei 911/69. Bem como pode alegar o adimplemento substancial do contrato de alienação fiduciária, para impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, sendo tal argumento pautado nos princípios da boa-fé e da função social do contrato, conforme os art. 421 e 422 do Código Civil de 2002.

A Lei 13.043 de 2014, trouxe a permissão ao credor para discutir a liminar na ação de busca e apreensão em sede de plantão judiciário de primeira e de segunda instâncias, no entanto, não conferiu a mesma benesse ao devedor, o que deveria ser feito em observância ao princípio da isonomia¹³.

¹³ SANTOS, Silas Silva. *Breves anotações sobre a Lei 13.043/2014: alienação fiduciária de bem móvel*. Disponível em: <http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/Artigos/DirCivilProcCivilView.aspx?ID=25054#_ftn1>. Acesso em: 20 ago. 2015.



Depreende-se de todo o texto exposto que a alienação fiduciária se destaca de outros institutos semelhantes, pois nessa há a transferência da propriedade ao credor que a adquire para garantir seu crédito, bem como a posse indireta. Dessa forma, o devedor fica com a posse direta do bem e a possibilidade de se tornar proprietário somente se realizar o pagamento de todas as parcelas do contrato.

São aplicáveis os art. 421 e 422 do Código Civil para controlar eventual abusividade no contrato, em observância ao equilíbrio contratual, devendo ser a liberdade de contratar exercida em razão e nos limites da função social dos contratos e pautada na obrigatoriedade de respeito aos princípios da probidade e da boa-fé por parte dos contratantes tanto na fase conclusiva do contrato quanto em sua execução.

O Decreto-lei 911/69 que estabelece normas processuais a respeito da alienação fiduciária sofreu modificações pontuais, com viés protetivo ao credor fiduciário o que reflete em verdadeira diminuição das possibilidades de defesa do devedor fiduciante. Com o advento da Lei 13.043 de 2014, com vigência e aplicabilidade imediatas, em seu art. 101 é latente a continuação da ideia de amparo ao credor, pois trouxe a imposição de alterações diversas a certos dispositivos do Decreto-lei 911/69.

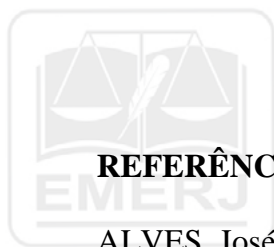
Como é o caso da nova redação do art. 2º, §2º do Decreto-lei 911/69, com relação à comprovação da mora na qual o legislador deixou de exigir notificação promovida pelo Cartório de Títulos e Documentos, sendo o mero envio de carta registrada com aviso de recebimento meio idôneo para evidenciar a mora, desde que o recebimento da correspondência se dê no endereço do devedor. Bem como, não é necessário que a assinatura constante do AR seja a do próprio destinatário.



A alteração art. 3º, § 1º do Decreto 911/69 pela Lei 13.043 de 2014, estabelecendo que se o devedor fiduciante não efetivar o pagamento integral do débito no prazo de até cinco dias após a execução da liminar, haverá a consolidação da propriedade e da posse plena e exclusiva do bem ao patrimônio do credor fiduciário é uma evidência da valorização dos meios de satisfação do credor, inclusive das instituições financeiras, bem como o afastamento do objetivo de garantir aos indivíduos da sociedade a aquisição de bens móveis, como automóveis, respeitados os direitos do consumidor.

As modificações à alienação fiduciária de bens móveis em garantia bem como à ação de busca e apreensão trazidas com o advento da Lei 13.043/2014 demonstram a existência de um desequilíbrio entre os papéis do credor fiduciário e o devedor fiduciante na alienação fiduciária de bens móveis em garantia, pois há efetividade excessiva na satisfação do crédito do credor fiduciário em detrimento da significativa restrição dos meios de defesa do devedor fiduciante.

O art. 3º, *caput* do Decreto-lei 911/69 com a modificação feita pela Lei de 2014, inovou ao possibilitar o requerimento de liminar pelo credor em ação de busca e apreensão pautada em alienação fiduciária para a apreciação em sede de plantão judiciário, caminha em direção oposta aos objetivos estabelecidos com a instituição do plantão judiciário. Pois, confere uma urgência desproporcional ao fim a que se destina, já que se valoriza o lucro do credor fiduciário, o que caracteriza uma deformação à natureza da relação jurídica em questão, que pode acarretar a retração do uso de tal modalidade de garantia pela sociedade.



REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Barbosa Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973.

ASSUMPTÃO, Márcio Calil de. *Ação de busca e apreensão: alienação fiduciária*. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____. Decreto- lei n. 911, de 1º de outubro de 1969. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____. Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____. Lei n. 13.043, de 13 de novembro de 2014. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 2. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 3. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Gustavo Henrique Holanda. *O plantão judiciário: garantia de acesso à justiça todos os dias*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3260, 4 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21912>>. Acesso em: 3 set. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIÚZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: AIDE, 2000.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Coisas*. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 4. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIZZATO NUNES, Luis Antonio. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Silas Silva. *Breves anotações sobre a Lei 13.043/2014: alienação fiduciária de bem móvel*. Disponível

em: <http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/Artigos/DirCivilProcCivilView.aspx?ID=25054#_ftn1>. Acesso em: 20 ago. 2015.

STOLZE, Pablo e Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil Contratos em Espécie*. v. 4. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito Processual Civil*. v. 3. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



A REPERCUSSÃO PENAL DA DIVULGAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE CONTEÚDO OFENSIVO ATRAVÉS DA INTERNET

Carolina da Costa Diegues

Pós-Graduada em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil pela EMERJ. Advogada.

Resumo: O presente trabalho aborda os crimes contra a honra quando praticados por meio da rede mundial de computadores, e busca ainda realizar uma reflexão sobre os danos causados às vítimas quando fatos desabonadores de sua honra entram no mundo virtual e questão de segundos torna-se notório em diversos locais com apenas um clique. Sob esse prisma, por meio desse estudo, busca-se analisar a tipicidade dos crimes quando cometidos no âmbito virtual.

Palavras-chave: Direito Penal. Repercussão Penal. Crime Virtual. Adequação do direito à evolução da sociedade

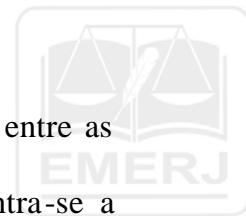
Sumário: Introdução.1. Os efeitos negativos na divulgação de informações não autorizadas.2. Da Ilicitude da divulgação de informações não autorizadas.3. Propostas legislativas – PL 6630/13. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade trazer à luz da sociedade acadêmica a discussão sobre a divulgação de informações não autorizadas de conteúdo ofensivo na internet, analisando como esse crime é enquadrado no código penal, traçando paralelos comparativos entre casos já com trânsito em julgado.

Tem por escopo criar uma reflexão sobre a possibilidade de criminalizar a conduta de divulgar e compartilhar qualquer tipo de informação de conteúdo ofensivo através da internet por usuários que, na maior parte das vezes, não possuem conhecimento da veracidade ou não dos fatos divulgados.

O estudo focaliza a temática da utilização de ferramentas de internet para divulgar informações não autorizadas de conteúdo ofensivo, ou seja, busca analisar o ato criminoso dos diferentes participantes no processo: divulgação-recepção/armazenagem-replicação.



O advento tecnológico da internet tem alterado a forma de comunicação entre as pessoas, dentre os fatores que vêm contribuindo para essa transformação encontra-se a facilidade e a agilidade do processo de comunicação. Atualmente, qualquer pessoa é capaz de gerar e acessar, com rapidez, informações na rede mundial de computadores.

Certo é que os avanços tecnológicos possuem características muito dinâmicas, surgindo quase diariamente novas tecnologias. Uma, em especial, combinou os aparelhos celulares com a internet e, com isso, vem proporcionando novas formas de interatividade e conexão entre as pessoas através de aplicativos para transmissão de mensagens de texto, imagens, vídeos e som.

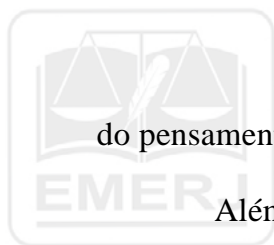
Esta nova tecnologia tornou-se hoje uma poderosa ferramenta de comunicação de rede de pessoas, no entanto, em alguns casos, ela vem sendo utilizada para divulgar informações não autorizadas de conteúdo ofensivo.

Neste sentido, o presente trabalho abordará em seu primeiro capítulo os efeitos negativos na divulgação de informações não autorizadas demonstrando a proteção que nosso ordenamento jurídico estabelece a imagem, honra e privacidade das pessoas naturais.

Em um segundo momento o estudo trará à tona a problemática envolvendo a conduta ilícita de divulgar informações não autorizadas de cunho ofensivo através da internet.

O terceiro capítulo visa a abordar algumas propostas legislativas que visam a tipificar no código penal brasileiro a conduta de divulgar sem autorização da vítima informações com conteúdo ofensivo.

Assim, o estudo tem como foco fazer um paralelo entre a responsabilidade penal dos agentes que divulgam sem autorização qualquer tipo de informação ofensiva através da internet e o direito à vedação à censura e a garantia à livre manifestação do pensamento. Outrossim, busca analisar os direitos fundamentais e as regras de proteção à intimidade e à imagem, de um lado, e, de outro, as regras constitucionais que garantem a livre manifestação



do pensamento.

Além disso, o tema possui caráter atual e não há referências acadêmicas sobre ele, portanto, o presente trabalho vem contribuir para futuros trabalhos e discussões da sociedade.

O estudo utiliza como método de pesquisa principal o bibliográfico, constituído por autores renomados, artigos periódicos e também por material disponível na Internet.

Do ponto de vista do objeto, a pesquisa é explicativa, pois visa a demonstrar a melhor forma de penalizar a divulgação não autorizada de conteúdo ofensivo através da internet.

Ainda com relação à metodologia, do ponto de vista de sua natureza, a pesquisa é aplicada, pois objetiva a prática dirigida à solução de problemas específicos que atualmente ocorrem.

1. OS EFEITOS NEGATIVOS NA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES NÃO AUTORIZADAS

A Constituição assegurou a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Na hipótese de qualquer desses direitos sofrerem violação é assegurase o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.¹

Nas palavras de Pamplona Filho e Gagliano² “Associada à natureza humana, a honra é um dos mais significativos direitos da personalidade, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, até depois de sua morte”.

É cediço que a honra pode ser objetiva, que “é o conceito que o indivíduo tem no meio social em que vive, evidenciando o juízo que os demais fazem de seus atributos. É a reputação da pessoa”³, como também subjetiva.

Certo é que a honra é algo que se estabelece durante toda uma vida e que pode, em

¹Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º, X. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em:07/04/2015.

²GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. V.1.10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 300.

³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Mini Código Penal anotado*. 2.ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 298.



virtude de apenas uma única acusação muitas vezes inconseqüente, que causa impactos extremamente danosos para o indivíduo, o que gera situações vexatórias, não sendo possível o seu retorno ao status quo.

Neste sentido, não obstante a Constituição Federal abordar somente a questão da reparação dos danos a honra na orbita civil, o Código Penal, desde o ano de 1940, tem demonstrado a importância que esse Bem merece, buscando tipificar penalmente as condutas que maculam a integridade moral e a honra individual.

Muñoz Conde apud Rogério Grego⁴ ressalta que:

A honra é um dos bens jurídicos mais sutis e mais difíceis de apreender desde o ponto de vista jurídico-penal. Isso se deve, sobretudo, a sua relativização. A existência de um ataque a honra depende das mais diversas situações, da sensibilidade, do grau de formação, da situação tanto do sujeito passivo como do ativo, e também das relações recíprocas entre ambos, assim como das circunstâncias do fato.

As tipificações dos crimes contra a honra estão elencadas nos Artigos. 138, 139 e 140 do Código Penal e são elas a calúnia, difamação e a injúria. Importante esclarecer que, quando da execução dos referidos crimes, o objetivo do sujeito ativo não é o de expor a honra alheia a perigo, mas sim, causar uma efetiva lesão jurídica.

O crime de calúnia é definido como o fato de atribuir a outrem, falsamente a pratica definida como crime. Dessa forma, na calúnia, atinge-se a honra objetiva, isto é, o conceito que o agente presume gozar em seu meio social.

Neste sentido, para Damásio⁵:

A calúnia constitui crime formal, porque a definição legal descreve o comportamento e o resultado visado pelo sujeito, mas não exige sua produção para que exista crime, não é necessário que o sujeito consiga obter o resultado visado, que é o dano a honra objetiva do agente.

O artigo 139 do CP aborda o crime de difamação que consiste em imputar fato ofensivo à reputação da vítima.

⁴GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. V.2.12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 415/416

⁵JESUS, Damásio. *Direito Penal: Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 28. ed. Ver e atual, São Paulo: Saraiva 2007. p.219



Sobre o delito HUNGRIA apud Rógerio Greco⁶ aduz:

Consiste na imputação de fato que, embora sem revestir caráter criminoso, incide na reprovação ético-social e é, portanto, ofensivo à reputação da pessoa a quem se atribui. Segundo já foi acentuado, é estreita a sua afinidade com a calúnia. Como esta, é lesiva da honra objetiva [reputação, boa fama, valor social da pessoa] e por isto mesmo, supõe necessariamente a comunicação a terceiro. Ainda mais: a difamação, do mesmo modo que a calúnia, está subordinada à condição de que o fato atribuído seja determinado. Há, porém, diferenças essenciais entre uma e outra dessas modalidades de crime contra a honra: na calúnia, o fato imputado é definido como crime e a imputação deve apresentar-se objetiva e subjetivamente falsa; enquanto na difamação o fato imputado incorre apenas na reprovação moral, e pouco importa que a imputação seja falsa ou verdadeira.

No que diz respeito à possibilidade de imputação de prática criminal àquele que divulga a difamação, diante da falta de tal previsão no CP, o entendimento que prevalece é no sentido de que quem toma conhecimento, por meio de terceiros, de fatos ofensivos à reputação da vítima e, por sua vez, leva adiante a notícia difamatória também deve ser considerado um agente difamador.

A última modalidade de crime contra a honra é prevista no artigo 140 do CP, qual seja, a injúria, tendo como objetividade jurídica a tutela da honra subjetiva da pessoa, sua auto-estima e o sentimento que tem de seus próprios atributos.

Sendo a honra subjetiva a auto-estima que a pessoa tem, o juízo que faz de si mesma em razão de seus atributos, a injúria caracteriza-se pela atribuição de uma qualidade negativa ao sujeito passivo, capaz de ofender-lhe a honra dignidade ou a honra-decoro.

Segundo Grego⁷ a injúria é infração penal tipificada contra a honra que possui o caráter menos grave. Contudo, ela se transforma na mais grave infração penal contra a honra quando consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, é a chamada injúria preconceituosa prevista no artigo §3º do artigo 140 do CP.

Ditas tipificações, quando evidenciadas, são capazes de cominar ao infrator, penas de

⁶ GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. V.2.12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 443/444.

⁷GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. V.2.12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 416.



reclusão e multas na esfera penal.

Certo é que o advento das novas tecnologias e a propagação do uso da internet através de um crescente número de usuários acabou por facilitar a prática de crimes diversos crimes , em especial aqueles contra a honra, que através da internet atingem um número muito maior de vítimas em menor tempo, muitas vezes com a prática de uma só ação, como por exemplo, o compartilhamento de uma imagem não autorizada através das redes sociais.

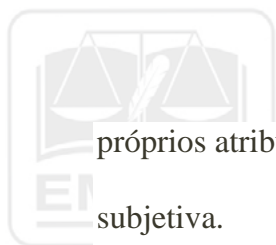
Nesse sentido, crimes como a divulgação de imagens pornográficas envolvendo menores, crimes contra a honra, injúria, difamação e calúnia, os crimes de racismo ou mensagens preconceituosas de qualquer cunho, as pichações virtuais que são os casos de invasão à sites privados ou públicos alterando sua essência ou informações contidas neles, não podem mais ser considerados mera fantasia virtual, pois são sim reais, e trazem conseqüências em grande parte dos casos muito maiores do que os cometidos sem o uso desta.

Não há como negar que a prática de crimes contra a honra ou a simples divulgação de qualquer conteúdo que venha a ofender a vitima, quando realizado através da internet acaba atingindo um número significativo de pessoas em poucos segundos, como por exemplo, a divulgação de uma foto pornográfica através do aplicativo “*whatapp*”, merecendo um tratamento diferenciado do legislador com relação à punição do que aqueles crimes que são aplicados em analogia, visto que já presentes no CP.

2- DA ILICITUDE DA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES NÃO AUTORIZADAS ATRAVÉS DA INTERNET.

A honra pode ser definida como o conjunto de atributos morais, físicos e intelectuais da pessoa, que lhe confere auto-estima e reputação. Quando se trata de auto-estima, fala-se de honra subjetiva. A reputação está relacionada com a honra objetiva.

Honra objetiva pode ser compreendida como o juízo que terceiros fazem acerca dos atributos de alguém. Honra subjetiva, o juízo que determinada pessoa faz acerca de seus



próprios atributos. ⁸A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva. A injúria atinge a honra subjetiva.

Os crimes contra a honra se caracterizam por serem todos crimes formais, pois ainda que a lesão ao bem esteja prevista, não é necessária, basta que o meio seja relativamente idôneo, ou seja, capaz eventualmente de atingir o resultado.

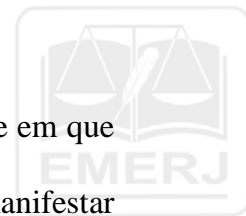
No sistema penal brasileiro, não há livre censura de atributos alheios, ou de seus comportamentos, bem como não se pode expor pensamentos a seu respeito. Essa é a essência dos raciocínios ligados com os crimes contra a honra. Ainda que seja “verdade” não deve ser dito. É que a ofensa sempre gera tumulto, violência na sociedade, e o Estado tenta a todo custo diminuir a violência.

Se o fato já é de conhecimento público, prevalece que não há difamação, pela ausência de risco ao bem jurídico.

Com a globalização e o crescente avanço tecnológico a internet tornou-se um poderoso meio de comunicação em virtude da facilidade ao seu acesso. O ambiente virtual tornou-se um dos meios mais eficazes para a rápida e ampla propagação de informações. Certo é que, a evolução tecnológica também alcançou os criminosos que passaram a se valer das redes sociais para praticar toda a sorte de ofensas à honra de pessoas que fazem uso dessas ferramentas para se comunicar.

Em grande parte dos casos, o “agressor” utiliza as redes sociais, como o *Facebook*, e o *Whatsapp*, bem como de sítios e *blog* para atribuir a outrem falsa imputação de fato definido como crime, imputar fato ofensivo à sua reputação, ou, ainda, ofender-lhe a dignidade ou o decoro, agem motivados por uma ilusão de que a tela do computador lhes garantirá o anonimato e a impunidade, bem como pelo fato de estarem amparados pelo direito de liberdade de expressão.

⁸ GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. V.2.12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 416.



No que diz respeito ao direito de liberdade de expressão, cabe esclarecer que em que pese a CRFB/88 em seu artigo 5º, assegurar o direito de todo e qualquer indivíduo de manifestar seu pensamento, opinião, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem censura. Esse direito Constitucional encontra uma barreira no artigo 187 do Código Civil de 2002 que estabelece a responsabilidade civil pelo abuso de direito. Sobre o tema, importante destacar os ensinamentos de Daniel Martins Boulos⁹:

Uma observação importante deve ser feita: quem age em abuso de direito invoca um poder que, formal ou aparentemente, lhe pertence, embora não tenha fundamento material, ou seja, o abuso do direito pressupõe logicamente a existência do direito (direito subjetivo ou mero poder legal), embora o titular se exceda no exercício dos poderes que o integram. Mesmo porque quem alega a ausência de direito não pode validamente alegar a existência de abuso de direito, isto é, a alegação de ausência de direito (ato ilegal) é prejudicial à alegação da ocorrência de abuso de tal direito.

Neste sentido, o direito à manifestação da liberdade de expressão deve ser exercido com moderação e urbanidade, de modo a não atingir a honra, a dignidade e a imagem da pessoa a quem se dirige, sob pena de se configurar ato ilícito.

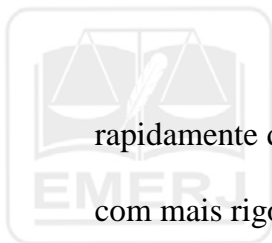
Nas palavras de Warren Buffett “são necessários 20 anos para construir uma reputação e 5 minutos para destruí-la”¹⁰. O uso de redes sociais com o intuito de registrar reclamações tornou-se uma prática habitual que, infelizmente, vem sendo utilizada cada vez mais para a prática dos crimes contra a honra. Entretanto, não se pode olvidar que, a internet é um sistema global de rede de computadores, e ao optar pela publicação de comentário na internet o autor do texto perde o controle da extensão de sua publicação, ante a velocidade de transmissão das informações e do número indefinido de pessoas que ela pode alcançar ¹¹.

A calúnia, a injúria e a difamação perpetradas nas redes sociais alcançam uma dimensão muito maior do que as ofensas irrogadas por outros meios, uma vez que são

⁹ BOULOS. Daniel Martins. *Abuso de direito no novo código civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 162

¹⁰Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1043/noticias/como-construir-ou-destruir-sua-imagem>>. Acesso em 01/09/2015.

¹¹Disponível em: <<http://tjdf19.tjdf.tjus.br/cgi-bin/tjegi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=38&CDNUPROC=20140111789662>>. Acesso em: 01/09/2015.



rapidamente divulgadas a um número indeterminado de pessoas. Cabendo ao legislador, punir com mais rigor essas condutas.

Assim, os crimes contra a honra praticados por meio das redes sociais trazem um efeito devastador na vida das vítimas, e acarreta enormes prejuízos na sua vida profissional, na família, na comunidade, além de sofrimentos morais, emocionais e mentais irreparáveis.¹²

Trata-se, portanto, de uma ferramenta que deve ser utilizada de forma consciente e responsável, pois as conseqüências de uma publicação não refletida podem causar danos irreparáveis.

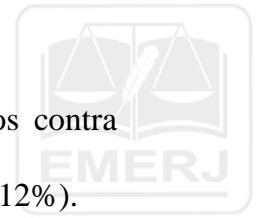
No Brasil, existem algumas organizações que acompanham a prática de ilícitos pela *internet*, e em especial se encontra em atividade a Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos, mantida pela organização Safernet, uma associação civil de direito privado, sem fins lucrativos e econômicos, com o objetivo de promover o uso seguro das Tecnologias da Informação e Comunicação e garantir a efetiva proteção dos Direitos Humanos na Sociedade da Informação.

Conforme informações disponíveis no sitio da Safernet¹³, em nove anos (no período de 2006 a 2014), o órgão recebeu e processou 3.606.419 denúncias anônimas envolvendo 585.778 páginas (URLs) distintas (das quais 163.269 foram removidas), escritas em 9 idiomas e hospedadas em 72.739 hosts (servidores) diferentes, conectados à Internet através de 41.354 números IPs distintos, atribuídos para 96 países em 5 continentes.

As denúncias foram registradas pela população através dos 7 "*hotlines*" brasileiros que integram a Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos. Das ocorrências registradas no Brasil, o maior número delas se refere a pornografia infantil (33,09%), seguida pelos seguintes delitos: racismo (27,04%), apologia e incitação a crimes contra a vida (16,28%),

¹²Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2CAB981AAFC8BDBF473C564AB31FCA62.proposicoesWeb2?codteor=1336614&filename=Tramitacao-PL+215/2015>. Acesso em: 01/09/2015.

¹³ Disponível em: <<http://indicadores.safernet.org.br/>>. Acesso em: 01/09/2015.



homofobia (5,86%), intolerância religiosa (5,25%), xenofobia (3,93%), maus tratos contra animais (3,32%), tráfico de pessoas (2,33%), neonazismo (1,78%) e outros crimes (1,12%).

Pode-se compreender o crescimento elevado do número de ocorrências, inclusive atos ilícitos na esfera penal, perpetrados por meio da internet, o que impõe reação imediata do legislador no sentido de editar leis que coíbam e punam tais práticas.

Sendo o Direito uma ciência de natureza social, deve evoluir com a sociedade a que esteja ligado. Neste sentido, Nader¹⁴, afirma que:

Para ser instrumento eficaz ao bem-estar e progresso social, o Direito deve estar sempre adequado à realidade, refletindo as instituições e a vontade coletiva. A sua evolução deve expressar sempre um esforço do legislador em realizar a adaptação de suas normas ao momento histórico. Os fatores que influenciam a vida social, provocando-lhe mutações, vão produzir igual efeito no setor jurídico, determinando alterações no Direito Positivo.

Diante das crescentes mudanças, que decorrem de um mundo cada vez mais globalizado e informatizado, cabe ao Direito buscar adequar o fato social a norma jurídica o que garante segurança jurídica as relações humanas e possibilita inibir a prática de condutas que violem o ordenamento jurídico.

Neste sentido, cabe ao direito penal através da tipificação de condutas reprimir a prática de conduta que viole ou afronte a paz e as relações interpessoais.

Cumprе trazer à tona o conceito de Direito Penal segundo Estefam¹⁵,

Ramo do Direito Público, que se ocupa de estudar os valores fundamentais sobre os quais se assentam as bases da convivência e da paz social, os fatos que os violam e o conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) destinadas a proteger tais valores, mediante a imposição de penas e medidas de segurança.

O Direito Penal está unido à *Internet*, pois as relações que ali ocorrem são entre indivíduos, os quais necessariamente precisam ter suas condutas disciplinadas e, cabe ao Direito disciplinar e regulamentar os comportamentos entre os indivíduos dessa sociedade digital.

A CRFB/88 em seu artigo 5º, XXXIX, estabelece o princípio da legalidade, que em

¹⁴ NADER. Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51.

¹⁵ ESTEFAM. André e Victor Eduardo Rios Gonçalves. *Direito Penal Esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40.



resumo estabelece que ninguém será punido sem que haja uma lei prévia, escrita, estrita e correta.

Desse modo, a legalidade, no Estado Democrático de Direito, deve está ligada aos anseios sociais, à realidade fática. O direito, e, por conseguinte, a tipificação penal deve acompanhar a evolução social.

Por consequência, a prática legislativa deve ser exacerbada, para que assim as leis possam alcançar o índice de desenvolvimento social. Neste sentido, a lei penal busca estabelecer respostas satisfatórias aos conflitos sociais, bem como erguer sólidas alicerces para compor a segurança jurídica daqueles que estão abrangidos pelo sistema jurídico vigente.

A tipificação visa a classificar as condutas humanas em normas penais proibitivas, , incriminando todos os fatos que possam estar desviados de uma conduta aceita socialmente, tendo como paradigma principal os critérios de censurabilidade da sociedade, formalizando essas ações na legislação criminal. Para os transgressores dessas normas, impõe-se uma sanção penal, que é geralmente a pena privativa de liberdade.

A tipificação de determinada conduta gera a consequente criminalização, ou seja, o reconhecimento formal da ilicitude da conduta descrita na norma descrevendo-a como infração penal.

O aumento da criminalidade no mundo digital exige que se entregue uma pronta resposta à sociedade com o melhoramento da legislação pátria, sobretudo no campo penal, a fim de diminuir ou mesmo erradicar, em alguns casos, a prática de crimes por meio da Internet ou de dispositivos de computação.

Certo é que, os avanços da informática não foram acompanhados pelos progressos no âmbito legislativo, sobretudo em matéria penal. Portanto, é manifesto a necessidade de adaptação de nossa legislação a essa nova realidade, sob pena de continuidade de violação de inúmeros preceitos penais.



3- PROPOSTAS LEGISLATIVAS

Diante do aumento da prática da divulgação não autorizada de conteúdo ofensivo através da internet, que tem ocorrido em decorrência da facilitação ao acesso à rede mundial de computadores, faz-se necessário a criação de norma penal que acompanhe a evolução dos fatos sociais e garanta a proteção ao bem jurídico tutelado.

Sobre os reflexos da internet na ciência jurídica cabe ressaltar as palavras de Martins¹⁶:

A difusão e crescimento da rede, assumindo dimensões gigantescas ao redor do mundo, num ritmo frenético, em torno de 10% ao mês e de sorte que, a cada dia, 130.000 usuários em torno do planeta, ali se inserem, traz à tona uma nova problemática a ser resolvida pelos vários ramos do direito, seja no campo do Direito Penal – com o aumento da criminalidade praticada por meio da informática, especialmente em rede [...].

De tal modo como ocorre em todos os setores da vida Social e do Direito atingidos pelo impacto tecnológico da globalização, a divulgação de conteúdo ofensivo através da internet se recente da falta de regulamentação legal, decorrente das próprias circunstâncias do nascimento e desenvolvimento da rede, as quais podem satisfatoriamente explicá-la.

Diante da crescente necessidade de uma resposta penal que seja capaz de coibir a prática do uso da internet para divulgar conteúdo ofensivo, têm surgido numerosos projetos de leis que objetivam a regulamentação expressa do tema, e permitindo a exacerbação dessas contas criminosas.

No campo do ordenamento jurídico pátrio, existem algumas propostas tramitando nas casas legislativas. Ainda que não seja presumível qual proposta será aprovada, algumas merecem oportuna reflexão.

Dentre elas o Projeto de Lei nº 236, proposto em 2012 pelo Senado Federal, objetiva reformar o Código Penal Brasileiro, trazendo propostas para modernizar a legislação vigente desde 1940.

¹⁶ MARTINS. Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37



O Senador e Relator do Projeto, no dia 20 de Agosto de 2013, ofereceu à Comissão Temporária de Reforma do Código Penal, seu Relatório sobre as proposições, junto com um Substitutivo do Projeto. Entre as alterações propostas no Substitutivo, merece destaque a que diz respeito aos Crimes Contra a Honra e sua prática através da rede mundial de computadores, bem como a que tipifica os crimes cibernéticos.

O Substitutivo estabelece, no artigo 144, pena de prisão de um a dois anos para quem comete o delito de difamação e institui nova figura em que incide na mesma pena quem, sem consentimento ou autorização, divulgar ou compartilhar fotografia, vídeo ou imagem, por qualquer meio eletrônico ou digital, que contenha cena que exponha a intimidade da vítima.

Portanto, também comete a figura típica de difamação quem divulga ou compartilha foto, vídeo ou imagem com cena que exponha a intimidade da vítima, sem sua autorização ou consentimento.¹⁷

Além de aumentar a pena para o delito de difamação, que antes era de detenção de três meses a um ano, e multa; para a pena de prisão de uma a dois anos, o substitutivo, criou, no parágrafo primeiro, a figura chamada pela doutrina de difamação por imagem, em que incorre na mesma pena aquele que propaga arquivo de imagem ou vídeo que exponha a intimidade da vítima.

Além das mudanças propostas pela reforma do Código Penal, há alguns projetos de lei envolvendo o tema. Entre os principais, cabe ressaltar os projetos de leis:

✓ 481/2011 do Senador Eduardo Amorim, que visa a punir os crimes contra a honra quando praticados pela internet.

A inovação em relação aos crimes contra a honra constava de duas propostas do Senador Eduardo Amorim, quais sejam: os PLS 481 e 484, 2011. Ocorre que o relator, o senador

¹⁷ VIOLANTE. Ana Carolina Lass. A reforma do Código Penal e os crimes contra a honra na sociedade digital. Disponível em: <<http://pppadvogados.com.br/areas-de-atuacao/consultivo/a-reforma-do-codigo-penal-e-os-crimes-contra-a-honra-na-sociedade-digital>>. Acesso em 16/09/2015.



Sérgio Souza, acabou por condensá-las em um substitutivo, acrescido de uma emenda própria e de outra de autoria do Senador Amorim.

O objetivo da emenda é alterar o artigo 143 do Código Penal, e impedir a concessão do benefício da retratação antes da sentença ao ofensor que cometa o delito através da internet.

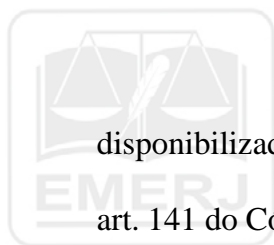
A ementa, ainda, acrescenta parágrafo ao artigo 14 do Código de Processo Civil, que com o objetivo de evitar que o criminoso elimine a publicação da internet e, assim, dificulte a produção de provas, determina a impressão pela polícia da página da internet com o material ofensivo à honra ou à privacidade de alguém.¹⁸

✓ PL 215/2015 que tem a finalidade de acrescentar o inciso V ao artigo 141 do Código Penal, para estabelecer como causa de aumento de pena a prática de crime contra a honra com a utilização das redes sócias.

A esse projeto de lei, se encontra apensado o Projeto de Lei nº 1.547, de 2015, de autoria do Deputado Expedito Netto, que em resumo, visa acrescentar o inciso V ao art. 141 do Código Penal para tornar causa de aumento de pena dos crimes contra a honra ter sido o delito cometido em sítios ou por meio de mensagens eletrônicas difundidas pela Internet. Além disso, adiciona o inciso X ao art. 6º do Código de Processo Penal, para determinar que, no inquérito policial, a autoridade policial deverá promover, mediante requerimento de quem tem qualidade para intentar a respectiva ação penal, o acesso ao sítio indicado e a respectiva impressão do material ofensivo, lavrando-se o competente termo, caso se trate de crime contra a honra praticado em sítios ou por meio de mensagens eletrônicas difundidas na Internet.

Ao mesmo tempo se encontra apensado à proposição principal o Projeto de Lei nº 1.589, de 2015, de autoria da Deputada Soraya Santos, que, em síntese: a) acrescenta § 2º ao art. 141 do Código Penal para estabelecer que, se o crime é cometido mediante conteúdo

¹⁸ Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/06/27/crimes-contr-a-honra-praticados-pela-internet-poderao-ser-punidos-pelo-codigo-penal>>. Acesso em: 16/09/2015.



disponibilizado na internet, a pena será de reclusão e aplicada em dobro; b) acrescenta § 3º ao art. 141 do Código Penal para estabelecer que, se a calúnia, a difamação ou a injúria ensejarem a morte da vítima, a pena será de reclusão e aplicada no quántuplo; c) altera o caput do art. 145 do Código Penal para determinar o crime não se processará mediante queixa nas hipóteses dos §§ 2º e 3º do art. 141 do Código Penal, além da já prevista; d) acrescenta inciso VI ao art. 323 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal, para tornar inafiançáveis os crimes de calúnia, difamação ou injúria cometidos mediante conteúdo disponibilizado na internet ou que ensejarem a prática de atos que causem a morte da vítima. e) altera o art. 387 do Código de Processo Penal para acrescentar explicitar que os danos a que deve fazer menção a condenatória são morais e materiais; f) acrescenta inciso IX à Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei de Crimes Hediondos, para caracterizar como hediondo o crime de calúnia (art. 138), difamação (art. 139) ou injúria (art. 140), quando ensejarem a prática de atos que causem a morte da vítima (art. 141, § 3º); g) altera a redação dos §§ 1º e 2º do art. 10, do § 5º do art. 13, § 3º do art. 15, § 4º do art. 19, todos da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, bem como acrescenta-lhe § 3º ao art. 19, e o art. 21-A e a Seção IV, com os artigos 23-A e 23-B.¹⁹

As propostas legislativas apresentadas merecem aplausos, pois reconhecem a necessidade de se punir com maior rigor os crimes contra a honra praticados através da internet com o objetivo de que tais condutas criminosas sejam exacerbadas por completo do ambiente virtual

Verifica-se que as propostas legislativas buscam intimidar o urso da internet com a finalidade de cometer crimes, em especial o contra a honra.

Insta salientar que o que se visa a coibir não é a liberdade de expressão, mas a conduta

¹⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1373606&filename=Parecer-CCJC-19-08-2015>. Acesso em: 15/09/2015.



que extrapola essa liberdade, sem se preocupar com as conseqüências do que é postado, escrito, desenhado e divulgado através da rede mundial de computadores.

Assim, o legislador não visa a impedir a liberdade de expressão, mas deixar claro que aquele que expressa sua opinião deve agir de modo a respeitar o direito do outro, e amparado pela veracidade do que se diz.

Tem se tornado comum o uso da rede mundial de computadores como forma de praticar o abuso do direito. Podemos citar como exemplo as situações de pessoas que utilizam as redes sócias para expressar seu descontentamento com determinada empresa, pessoa jurídica que não cumpre com as regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, e acaba praticando crime contra a honra dos funcionários desta.

Fato notório, publicado em grandes jornais de publicação nacional, recentemente, foi o cometimento de um linchamento de uma moça pelos vizinhos que acreditavam ser ela a mesma pessoa que sequestrava crianças, cuja foto circulava em redes sociais.

Assim, em síntese, verifica-se que as propostas legislativas têm por objetivo evitar o cometimento da justiça pelas próprias mãos através da internet.

CONCLUSÃO

Como é notório, hoje em dia, a internet tem facilitado o contato interpessoal, seja como mecanismo de aproximação das pessoas, ou como ferramenta capaz de expor ideias, conceitos, trabalhos, indignação e, até mesmo, como forma de garantir direitos e difundir conhecimento.

De tal modo, dúvida não há, de que a internet tem garantido, em sua plenitude, o direito de liberdade de expressão assegurado pela CRFB/88, em seu artigo 5, inciso IV. Todavia, se por um lado a Carga Magna garante a liberdade de expressão, por outro, veda o anonimato.

Portanto, aquele que exceder no seu direito de expor pensamentos e, até mesmo, indignações, deverá ser responsabilizado pela prática de crime contra a honra nas situações em que sua conduta for tipificada como tal, bem como garantir a devida reparação moral, conforme



estabelece o artigo 187 do Código Civil de 2002.

Neste sentido, tem crescido o número de registros de ocorrência em razão da prática de crimes contra a honra perpetrados através da rede mundial de computadores, visto que tem se tornado comum a utilização de redes sócias como forma de “fazer justiça com as próprias mãos”. Pode-se apontar como exemplo, o caso de namorados que por não aceitar o término do relacionamento utilizam a internet como maneira de ridicularizar, perseguir ou até mesmo chantagear o ex.

Assim, os crimes são praticados através das denominadas redes sociais, em e-mails, blogs, *WhatsApp* e abarcam ofensas nos mais variados segmentos: dentre ex-cônjuges, alunos e professores, colegas de trabalho, vizinhos e ex-amigos virtuais ou não.

Nesta linha de raciocínio, não cabe utilizar a rede mundial de computadores como forma de narrar conduta ou prática de terceiro, que pode até ser abusiva, com a finalidade de buscar justiça através da disseminação de informações, uma vez que tal conduta, na maior parte dos casos, caracteriza hipótese de crime contra a honra de terceiro.

A rede mundial de computadores não pode servir para a prática indiscriminada de postagens com conteúdo ofensivo de pessoas que se julgam ter direito de denegrir terceiros (seja pessoa física ou jurídica), por acreditar que estão imunes de qualquer penalidade pela tela do computador.

Por meio do estudo a respeito do tema em questão, bem como se levando em conta que o direito tem como papel primordial acompanhar a evolução da sociedade, vislumbra-se a eminente necessidade da tipificação penal de condutas delituosas praticadas no meio informático, visto que a inércia do direito em detrimento a condutas atualmente consideradas imorais pela sociedade, provoca no meio social a sensação de impunidade e consequente insegurança.



REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Mini Código Penal anotado*. 2.ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOULOS, Daniel Martins. *Abuso de direito no novo código civil*. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1043/noticias/comoconstruir-ou-destruir-sua-imagem>>. Acesso em 01/09/2015.

Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgibin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=38&CDNUPROC=2014011178966>>. Acesso em: 01/09/2015.

Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2CAB981AAFC8BDBF473C564AB31FCA62.proposicoesWeb2?codteor=1336614&filename=Tramitacao-PL+215/2015>. Acesso em: 01/09/2015.

Disponível em: <<http://indicadores.safernet.org.br/>>. Acesso em: 01/09/2015.

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9962&revista_caderno=17>. Acesso em: 02/09/2015.

Disponível em: <<http://pppadadvogados.com.br/Publicacoes.aspx?v=1&nid=40>>. Acesso em 27/09/2015.

ESTEFAM, André e Victor Eduardo Rios Gonçalves. *Direito Penal Esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIORDANI, José Acir Lessa. *A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Divulgação não autorizada da imagem pode causar dano à moral e dano à imagem*. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2127439/divulgacao-nao-autorizada-da-imagem-pode-causar-dano-a-moral-e-dano-a-imagem>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. V.2.12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio, *Direito Penal: Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 28. ed. Ver e atual, São Paulo: Saraiva, 2007

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



POMPLONA FILHO, Rodolfo. *Temas Atuais*: – Direito Civil e Direito do Trabalho, Leiditathi, 2005.

Projeto de Lei n. 6630/2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=598038>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

Projeto de Lei n. 5555/2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366&ord=1>>. Acesso em: 11 mar. 2015.



TUTELA DE EVIDÊNCIA COMO MEIO DE GARANTIR CELERIDADE E EFETIVIDADE JURISDICIONAL

Carolina Menezes Ferreira

Graduada pela Universidade Gama Filho – UGF.
Pós-Graduada em Direito da Economia e da
Empresa pela Fundação Getúlio Vargas.
Advogada.

Resumo: Este trabalho pretende estudar o instituto da tutela de evidência que foi introduzida no ordenamento jurídico a partir da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil. Tal lei pretende agilizar a legislação processual brasileira, de modo a proporcionar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional.

Palavras-chaves: Processo Civil. Tutela de evidência. Conceito de evidência. Tutela de evidência – evolução histórica. Princípios Constitucionais. Inovações. Novo Código de Processo Civil.

Sumário: Introdução. 1. A evolução histórica da tutela de evidência no direito brasileiro. 2. Princípios norteadores. 3. Formas de aplicação atuais do instituto com as diferenças trazidas com o Novo Código. Conclusão. Referências.

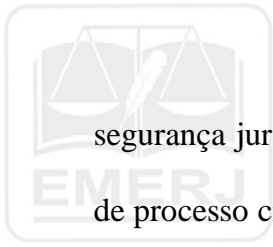
INTRODUÇÃO

Após a entrada em vigor da Constituição de 1988, também chamada de Constituição cidadã, que trouxe grandes modificações quanto aos direitos fundamentais e sociais, a população Brasileira passou a ter conhecimento de seus direitos e, desde então, passou a recorrer à justiça para exercê-los.

A Constituição viabilizou a tutela jurisdicional que é exercida através da garantia de acesso à justiça e se constituiu em um dos maiores, senão o maior, instrumento para garantia de uma ordem jurídica justa para o exercício da cidadania plena.

Mas a corrida ao Judiciário aumentou o número de demandas o que, somado ao excesso de formalidades do processo e o excessivo número de recursos, potencializou a morosidade da prestação jurisdicional.

Assim, de modo a garantir celeridade processual e uma maior efetividade jurisdicional, baseada no respeito à duração razoável do processo, mas sem se descuidar da



segurança jurídica e do devido processo legal, surge no direito brasileiro, com o novo código de processo civil a figura da tutela de evidência.

Apesar de textualmente se tratar de uma novidade trazida pelo novo código de processo civil, a tutela de evidência já existe no ordenamento jurídico, contudo, possui incidência restrita a determinados casos e é justamente o que se pretende ver alterado com o novo Código, já que esse busca ampliar as hipóteses de cabimento e sistematizar o procedimento de forma simples e célere.

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inc. XXXV que a apreciação judicial de toda lesão ou ameaça ao direito é garantia fundamental assegurada e no inc. LXXVIII que tal apreciação deve ser feita em período razoável para evitar a perda o objeto.

Assim, de modo a evitar a absoluta ineficácia jurisdicional e a impossibilidade do indivíduo gozar de seus direitos é que surge o instituto ora estudado, que visa a criar instituto capaz de satisfazer ou acautelar a futura satisfação do direito.

Nesse contexto, será analisada, neste trabalho, a tutela de evidência, numa interpretação feita à luz dos direitos fundamentais constitucionais, buscando demonstrar a evolução histórica da tutela de evidência no direito brasileiro, seus princípios norteadores e as formas de aplicação atuais do instituto com as diferenças trazidas com o Novo Código.

Busca-se, portanto, definir a forma como a tutela de evidência promete agilizar e simplificar a legislação processual brasileira, de forma a trazer celeridade e efetividade à prestação jurisdicional.

Por fim, tenta-se recomendar aos aplicadores do direito que o tema ora em comento tem a função de permitir ao julgador que, em vista de um direito evidente conceda a tutela antecipadamente, sem que para isso se precise percorrer todo o caminho probatório a fim de confirmar a existência desse direito, promover dinamismo ao processo e uma eficaz distribuição de justiça.



A pesquisa se valerá de meio bibliográfico, direito comparado, exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil, em abordagem que compatibilize o instituto da tutela de evidência com os direitos fundamentais constitucionais.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA DE EVIDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme ensina o Ministro Luiz Fux¹, o processo civil, ao tempo do Brasil-colônia, estava regulado no Código Filipino, que *a posteriori* exerceu grande influência na legislação brasileira. Promulgada em 11/01/1603 pelo rei D. Felipe II de Espanha e I de Portugal, as Ordenações Filipinas imprimiram profunda reforma, codificando a legislação Portuguesa

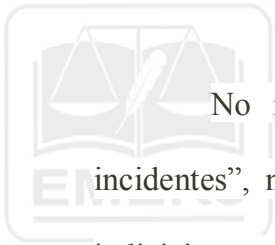
As Ordenações Filipinas eram o retrato legislativo do direito comum praticado na Europa medieval que foi sendo gradativamente superado à medida que avançava nos seus domínios a legislação francesa pós-monarquia e revolução, notadamente o Código Napoleônico.

Contudo, alheios a esse processo Portugal e Espanha mantiveram rígidas as instituições do processo comum, o que influenciou a elaboração da legislação brasileira.

À época em que o Brasil era colônia vigoravam as Ordenações Filipinas, Afonsinas e Manoelinas, sendo certo que nas duas últimas havia a previsão de garantias fornecidas pelo réu ao credor toda vez que não tivesse bens de raiz. As ordenações Afonsinas, que tiveram influência direta e constante no Brasil, tratavam do arresto, sequestro e fiança – hoje caução.

Mesmo depois da independência do Brasil – conquanto Portugal já tivesse abolido o Código de Felipe II – as causas cíveis se mantinham reguladas pelas ordenações Filipinas, complementadas pela Consolidação, e as comerciais, pelo Regulamento n. 737, que mais tarde também passaram a ser aplicadas às causas cíveis.

¹ FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 179.



No regulamento n.737, havia o título “processos preparatórios preventivos e incidentes”, nele inserindo-se o embargo ou arresto, detenção pessoal, a exibição, vendas judiciais, protestos, depósito, habilitação incidente nas causas comerciais e o embargos pendente à lide.

Com a promulgação da Constituição de 1891, estabelecendo a forma federativa, foi instituída a dualidade de “justiça e de processos”, autorizando-se os Estados a legislar infraconstitucionalmente sobre processo.

A partir daí foram surgindo os primeiros códigos nos Estados que se mantiveram vigentes até o advento do Código Nacional de Processo, decorrente da Constituinte de 1934.

Com o golpe de 1937, surge o Estado Novo e os trabalhos de elaboração do referido código sofrem solução de continuidade, mantendo-se a unidade processual e os livros relativos aos processos acessórios das medidas preventivas, surgindo o chamado “Código de 39”.

O Ministro Luiz Fux² assevera que:

O Código de 39 manteve o Livro V, relativo aos processos acessórios, o título I, das medidas preventivas. O que há de notável no Código de 1939 quanto ao tema ora tratado é que no seu art. 675 previa-se que “além dos casos em que a lei expressamente autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes”, dispositivo que regia o então “poder cautelar genérico” ao lado de medidas provisórias existentes, tais como o arresto de bens do devedor, o sequestro de coisa móvel ou imóvel, a busca e apreensão, prestação de cauções, exibição de livros, coisas ou documentos, vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam*, obras de conservação em coisa litigiosa, alimentos provisionais, afastamento temporário do lar conjugal, assistência entre os cônjuges durante o processo e guarda e educação de filhos.

A existência de inúmeras leis extravagantes regulando procedimentos especiais e principalmente a morosidade da prestação jurisdicional em razão dos instrumentos previstos no Código de 39 foram as razões para surgir o Código de 1973.

O código de 1973, institui livro próprio para o processo cautelar, previu inúmeros procedimentos específicos e sem prejuízo estatuiu o “poder cautelar genérico”.

² FUX, op. cit., p. 183.



No código de 1939 havia uma previsão do poder cautelar incidente, cujo laconismo de regulação gerou a explicitação “extrema” do Código de 1973 o que não representou evolução científica alguma a instituição de um livro próprio para o processo cautelar, consubstanciado um poder cautelar genérico e um específico através dos procedimentos próprios.

A tutela de segurança, à mercê desse último ponto de vista, é passível de ser aplicada em qualquer processo e procedimento, antecedente ou incidente, como consectário da responsabilidade judicial.

O regime célere da tutela de segurança, com a sua principiologia voltada para a rápida solução do litígio, é forma que se adapta aos novos reclamos de solução imediata para os denominados “direitos evidentes”.

Inexistia sob a égide do Código de 1973, uma real preocupação com a administração do tempo do processo, assumindo-se como verdade que o autor é quem deve sustentar o fardo gerado pela necessidade de bem analisar o teor da sua pretensão e da defesa do réu, sendo forçoso, portanto, a reforma do Código de Processo Civil.

As necessidades atuais da sociedade brasileira, no que diz respeito ao Judiciário, foram bem retratadas pelo Presidente da Comissão elaboradora do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, Luiz Fux³, na mensagem dirigida ao Presidente do Senado, confira-se:

É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo.

Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.

(...)

O tempo não nos fez medrar e de pronto a Comissão enfrentou a tormentosa questão da morosidade judicial.

Queremos justiça!!! Prestem-na com presteza; dizem os cidadãos.

(...)

³ FUX, apud BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 128.



O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça.

Os tempos modernos exigem respostas rápidas da Justiça e um dos principais instrumentos na busca dessa efetiva prestação jurisdicional consiste na tutela de evidência.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

A preocupação primordial do legislador ao inserir a tutela de evidência no ordenamento jurídico é contornar os diversos inconvenientes gerados pela demora do processo judicial. Sua missão é conceder ao autor o imediato acesso ao bem da vida que pretende, com vistas ao alcance de determinados objetivos.

A necessidade da criação de tal instituto, capaz de satisfazer ou acautelar a futura satisfação do direito, é facilmente compreendida por aqueles que lidam com o poder Judiciário brasileiro, qual seja, impedir que consequências desastrosas acarretem a ineficácia e impossibilidade do gozo de direitos.

A apreciação pelo Poder judiciário de lesão ou ameaça de direito é garantia fundamental assegurada pela Constituição, mas se essa apreciação não ocorrer em tempo razoável, acaba por sucumbir o próprio direito.

A tutela antecipada é garantida pelo princípio da inafastabilidade, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB. Isso porque, se há previsão do direito à adequada tutela jurisdicional, deve o Estado promover meios para que seja entregue em tempo adequado, de modo a efetivamente resguardar ou garantir seu exercício.

Daí se extrai outra garantia fundamental, que é a prestação eficaz da jurisdição. Se ao cidadão não é franqueado fazer justiça pelas próprias mãos, deve ele assegurar que as demandas levadas à sua apreciação sejam efetivamente cumpridas e apreciadas em tempo razoável.

Assevera Luiz Fux⁴ que:

⁴ FUX, op. cit., p. 70.



O processo hodiernamente se encontra sobre o crivo da “efetividade” dos direitos, que reclama reabizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade.

(...)

A hipótese serve ao nosso desígnio de arrastar para os direitos evidentes o regime jurídico da tutela de segurança, no sentido da concessão de provimento imediato, satisfativo e realizador, com ordenação, admitindo na mesma relação processual eventuais perdas e danos caso advenha a reforma diante de situação irreversível ou não.

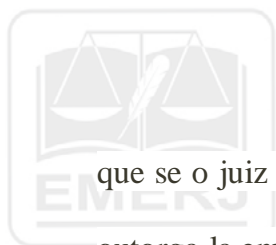
O princípio da efetividade deve ser aplicado em conjunto com outros Constitucionalmente assegurados, especialmente com os do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa.

O princípio do contraditório no processo civil pode ser efetivado através de três formas – prévio, eventual ou diferido. O contraditório, via de regra, é prévio, ou seja, é quando o magistrado argumenta com os sujeitos processuais para decidir sobre o litígio, e assim as partes se manifestam antes do julgamento, sendo respeitada a igualdade e a bilateralidade entre os litigantes na ação judicial.

O contraditório pode ser eventual quando a parte não poder exercer a sua defesa, através de um novo processo – pela ampliação da cognição sumária ou cognição parcial – consegue defender-se absolutamente. Entretanto, não há inconstitucionalidade no contraditório eventual – que é aquele que se realiza em outro processo na eventualidade de o interessado propor demanda para ampliação ou exaurimento da cognição.

Ainda, o contraditório pode ser diferido ou postergado, que ocorre quando o juiz tem o dever de julgar de maneira provisória sobre determinado assunto no decorrer da ação, antes de ouvir uma das partes, e que advém no momento que o julgador antecede a tutela *inaudita altera parte*, ou seja, sem que a parte contrária seja ouvida.

A postergação do contraditório se dá pela exigência da adequação e da efetividade da tutela jurisdicional, e conseqüentemente não há inconstitucionalidade na adoção da medida, já



que se o juiz verificou os pressupostos para a concessão da tutela antecipada, tem o dever de outorga-la em função da necessidade da tutela adequada dos direitos.

Quando há a possibilidade da concessão do pedido antecipatório sem a ouvida da outra parte, há um afastamento do contraditório diferindo-se a ouvida da contraparte para momento posterior à decisão jurisdicional, com garantia de sua eventual e posterior modificação e revogação, assegurado pela imediata determinação jurisdicional.

O contraditório jamais será eliminado, apenas ficará postergado para um momento futuro nas medidas *inaudita altera parte* (sem que o sujeito contrário seja ouvido) como ocorre nos processos onde há demonstração de direito evidente que necessita de imediata decisão do magistrado para a efetivação da tutela jurisdicional.

Apesar da sumariedade da cognição, justificada pela urgência, o contraditório é assegurado, sendo apenas deslocado para um segundo momento no processo. Não há que se falar, portanto, em desrespeito ao direito do contraditório e a ampla defesa na tutela de evidência. Há apenas uma preponderância momentânea de um sobre o outro.

Assim, quando do deferimento de uma medida antecipatória *inaudita altera parte*, o princípio da efetividade é preponderante ao do contraditório e da ampla defesa. Mas essa preponderância é momentânea, porque esses são exercidos antes da sentença definitiva.

Portanto, quando do deferimento da tutela de evidência deverão ser observados os princípios constitucionais da efetividade, da inafastabilidade, duração razoável do processo, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, que deverão ser combinados e ponderados de modo a não incidir qualquer conflito com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.



3. FORMAS DE APLICAÇÃO ATUAIS DO INSTITUTO COM AS DIFERENÇAS TRAZIDAS COM O NCPC

Apesar de somente com Emenda Constitucional 45, de 2004, o art. 5º, LXXVIII, passou a incluir como direito fundamental a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁵, a preocupação com a morosidade da justiça não é recente.

Como visto, o CPC de 1973 primava pela segurança jurídica, enquanto o novo CPC tem uma preocupação mais voltada à celeridade, de modo a adequar a legislação a realidade de uma sociedade dinâmica, que por vezes não pode esperar o desenvolvimento de um procedimento demorado, para que, ao final, o juiz dê a tutela jurisdicional.

Além das tutelas de urgência, outras alterações foram e continuam sendo propostas, com o objetivo de eliminar os efeitos que a morosidade produz. Para isso, surge o novo Código de Processo Civil brasileiro, que apresenta uma série de alterações, quanto às tutelas de urgência, visando obter uma prestação jurisdicional mais efetiva e tempestiva.

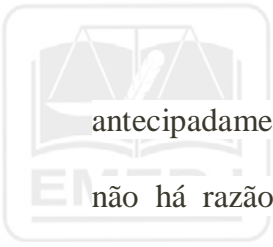
A expressão tutela de evidência foi primeiramente empregada por Luiz Fux⁶, na sua obra *“Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada”*. O autor vislumbrou a possibilidade de prestigiar modalidade de tutela jurisdicional destinada à satisfação de direitos demonstrados de plano.

A nova denominação busca designar uma propensão dos legisladores modernos à facilitação da tutela jurídica de direitos amparados por alto grau de verossimilhança, por meio de técnicas e instrumentos, com diferentes requisitos e âmbitos de aplicação.

A tutela de evidência, da forma que se apresenta no novo Código de Processo civil, tem a função de permitir ao julgador que, em vista de um direito evidente, conceda a tutela

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 07/10/2015.

⁶ FUX, op. cit., p. 313.



antecipadamente. Se um direito se mostra tão claro e certo aos olhos do julgador *prima facie*, não há razão para exigir que percorra todo o caminho probatório a fim de confirmar a existência deste direito. Deve-se destacar que o requisito da urgência foi eliminado pelo legislador, bastando que o direito se mostre evidente *prima facie*, sem que se requeira o risco de dano pela demora, que é o chamado *periculum in mora*.

O sistema processual vigente já possibilita a concessão de determinadas tutelas exclusivamente com fulcro na evidência do direito. Tais hipóteses estariam previstas no art. 273, II do CPC (no abuso do direito de defesa e/ou manifesto propósito protelatório do réu), no art. 273, § 6º (quando confirmado o pedido como incontroverso), no art. 1102-B (na liminar da ação monitória) e art. 901 e seguintes (na liminar da ação de depósito). Isto porque, em todos os casos, não se requer a urgência para a concessão da medida antecipatória. O fato é que foram integrados no novo diploma processual ao art. 311, que trata expressamente da tutela de evidência.

Perceba-se da redação do art. 311, inciso I do Novo Código de Processo Civil ⁷ é a transcrição do art. 273, II do CPC vigente, alterando apenas a expressão “parte” em vez de “réu”.

Busca-se com esse inciso, que tem caráter sancionador, impedir que o abuso de direito ou o propósito protelatório do réu prejudique ao autor, que já teria demonstrado *prima facie*, a plausibilidade de seu direito.

O inciso II do art. 311 do novo Código de Processo Civil é bem semelhante ao art. 273, § 6º do CPC, hipótese em que os pedidos se mostrem incontroversos. Essa incontrovérsia se refere ao objeto do processo e pode se dar no plano do direito ou dos fatos.

O inciso II do art. 311 do novo CPC⁸ prevê que será concedida a tutela antecipadamente quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas

⁷ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 311, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

⁸ Ibid.



documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

A decisão será tomada *inaudita altera parte*, porque depois de estabelecido o contraditório se a matéria é só de direito, o juiz deve julgar antecipadamente a lide. Por esse mesmo motivo é tida pela doutrina como cognição sumária.

Para alguns autores, como é o caso de Didier Jr, entretanto, este dispositivo não teria natureza de tutela antecipada porque a cognição não seria sumária, e sim, exauriente, ou seja, o juiz daria a resolução parcial do mérito, com análise das provas apresentadas, firmando sua convicção, não sendo necessário o prosseguimento do processo, porque não seria capaz de trazer ao magistrado nenhum elemento adicional a influir no julgamento daquela decisão.⁹

Para Marinoni¹⁰, melhor estaria tal previsão elencada no art. 353 do NCPC, uma vez que o julgamento antecipado da lide, nos termos do referido dispositivo, tem aptidão de produzir coisa julgada.

O inciso III do artigo 311 do novo Código de Processo Civil trata da ação reipersecutória cujo objetivo é possibilitar que o autor retome ao seu patrimônio o que lhe pertence, mas se encontra em poder de terceiro ou na esfera patrimonial do réu que não cumpriu uma obrigação contratual, no caso o depósito. Entretanto deve o pedido de tutela de evidência estar embasado em prova documental.

Com esse inciso III do art. 311, busca o legislador substituir a ação de depósito prevista nos art. 901 a 906 do CPC em vigor¹¹.

Atualmente a ação de depósito exige que se apresente a inicial com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, caso não esteja previsto no contrato. Já no novo

⁹ DIDIER JR., 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*. V. II. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 500.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 108.

¹¹ BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Art. 901 a 906, do Código de Processo Civil Brasileiro.



CPC exige-se “prova documental adequada do contrato de depósito”¹², passando a estimativa de valor necessária na fase de execução.

O inciso IV do artigo 311 do novo Código de Processo Civil se assemelha ao direito líquido e certo, que diz respeito à desnecessidade de dilação probatória para o deslinde dos fatos em que se fundamenta o pedido, podendo ser demonstrado mediante prova pré-constituída fundamentalmente documental.

Percebe-se que a tutela de evidência não exige a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, mas exige os requisitos de verossimilhança das alegações e da existência de prova inequívoca semelhante à tutela antecipada tratada no artigo 273 do Código de Processo Civil ainda em vigor, além dos pressupostos do abuso do direito de defesa e do propósito protelatório do réu.

O legislador, nas hipóteses dos inciso II e III, previu no parágrafo único do art. 311 que o juiz pode decidir liminarmente sem ouvir a parte contrária, nos demais casos a tutela pode ser deferida antecipadamente após ser ouvida a parte contrária, cabendo agravo de instrumento da decisão interlocutória de deferimento ou indeferimento da tutela de evidência e apelação quando deferida ou indeferida na sentença.

Portanto, verifica-se que a tutela de evidência tal qual prevista no Novo Código de Processo Civil visa reduzir o tempo da efetiva prestação jurisdicional de um direito explícito, claro, evidente e, à primeira vista, que não demande do julgador a análise aprofundada da questão.

Desse modo, a tutela de evidência, do modo que foi sistematizada no novo Código, procura otimizar as relações processuais, simplificando e reduzindo a burocracia da prestação jurisdicional, com o que se procura atingir aos direitos fundamentais assegurados

¹² BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 311, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.



constitucionalmente da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de seu tramitação.

CONCLUSÃO

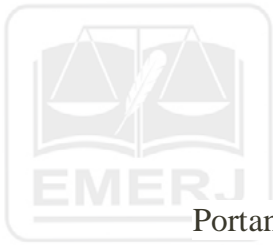
O presente trabalho procurou apresentar o tema da tutela da evidência demonstrando sua origem histórica, os princípios Constitucionais que nortearam sua inclusão no ordenamento jurídico, como exemplo de que esse instituto contribui para a celeridade da prestação jurisdicional, e os dispositivos que a originaram, relativos à tutela antecipada.

Assim, como forma de reduzir o dispêndio de tempo, numa sociedade cada vez mais dinâmica, surge a tutela de evidência, que é uma das formas pela qual o Estado visa a promover e assegurar o exercício das garantias fundamentais constitucionais.

Pelo sistema atual, salvo em situações de urgência, uma das partes, na maioria das vezes o autor, suporta os custos do tempo. Contudo, o mais razoável é que seja a parte que demonstrar menores chances de êxito ao final do processo. Até porque, como demonstrado, sequer a cognição exauriente é garantia contra o erro judiciário.

Viu-se, com as linhas aqui expostas sobre a tutela de evidência, que o novo Código de Processo civil visa a reduzir o tempo da efetiva prestação jurisdicional de um direito explícito, claro, evidente, que não demande profunda análise da questão, de modo a criar meios de padronização de solução de demandas repetitivas, prevendo formas alternativas de resolução de conflitos.

Da análise dos dispositivos do novo código de Processo civil, se extrai o seguinte conceito: A tutela de evidência distribui os ônus decorrentes do tempo do processo entre as partes e consiste no deferimento da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, caso se revele improvável ou impossível o sucesso do réu após o transcurso da fase instrutória do processo.



Portanto, como demonstrado, se a celeridade processual nunca fez parte historicamente da preocupação do legislador, a novel legislação foi atenta a essa necessidade da sociedade e, pelo menos em tese, contribuirá para alcançar o principal objetivo da Constituição Federal que é, sem se furtar da segurança jurídica necessária para o provimento processual, atender a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

BIBLIOGRAFIA:

BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Art. 901 a 906, do Código de Processo Civil Brasileiro.

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 311, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 07/10/2015.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIDIER JR., 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*. V. II. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



O DANO MORAL PELA PERDA DO TEMPO ÚTIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Catherine Martins de Souza Franco

Graduada pela Universidade Salgado de Oliveira. Advogada.

Resumo: Nos dias atuais, o tempo é considerado um bem de imenso valor e em razão disso precisa e merece ser tutelado. Na esfera consumerista diversas são as reclamações devido à perda do tempo útil. O tema relacionado à possibilidade de compensação por danos morais devido à perda do tempo útil do consumidor ainda é bastante controvertido, mas ultimamente vem sendo admitido nas doutrinas e jurisprudências dos Tribunais Superiores. O objetivo do trabalho é abordar a possibilidade de compensação por danos morais pela perda do tempo útil, abordando os fundamentos legais e o entendimento jurisprudencial e doutrinário.

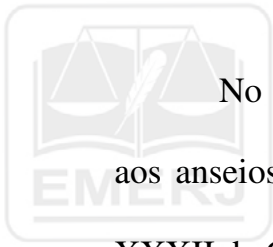
Palavras-chave: Perda do tempo. Consumidor. Compensação por danos morais.

Sumário: Introdução. 1. O dano moral e sua evolução histórica no que tange à reparação. 2. Das espécies de danos morais surgidas ao longo dos anos. 3. Quando a perda do tempo útil ultrapassa a esfera do mero aborrecimento e gera dano moral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de indenização por danos morais em decorrência da perda do tempo útil do consumidor ao tentar solucionar seus conflitos de forma administrativa. Procura-se demonstrar o quanto se torna dispendioso o tempo perdido na tentativa frustrada de solução administrativa nas relações de consumo.

Para tanto, serão abordadas questões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir quando a perda do tempo útil deixa de ser mero aborrecimento cotidiano e passa a atingir direitos da personalidade capaz de ensejar reparação por danos morais.



No Brasil, a criação do Código de Defesa do Consumidor em 1990 – obedeceu, aos anseios do Poder Constituinte Originário, observado o disposto no Art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988.

A criação do Código de Defesa do Consumidor não decorreu de mera conveniência legislativa, mas sim, da obediência do Poder Legislativo à vontade do Poder Constituinte, traduzida em expresse comando constitucional (art 5º, XXXII da CF/1988 c/c art. 48 do ADCT). No CDC uma das principais garantias dadas ao consumidor, e também estudo do presente trabalho, é a previsão de ressarcimento por dano causado em virtude da violação de direitos.

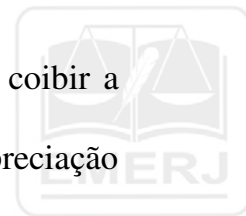
O tema é controvertido na doutrina e jurisprudência, de um lado há quem defenda que a perda do tempo útil atinge direitos da personalidade garantidos constitucionalmente e de outro lado há quem sustente que a perda do tempo útil não ultrapassa a esfera do mero aborrecimento.

Para melhor compreensão do tema busca-se apresentar conceito de dano moral e compreender como esse conceito foi alterado no ordenamento jurídico pátrio ao longo dos anos, principalmente depois do advento do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8078/90. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a nova modalidade de dano moral, que é a perda do tempo útil e a possibilidade de indenização nesses casos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com o conceito de dano moral e sua evolução histórica em relação possibilidade de reparação.

Segue-se ponderando as diversas modalidades de danos morais surgidas no mundo jurídico e no cotidiano do consumidor.

O terceiro capítulo visa a apresentar a postura dos fornecedores diante da tentativa de solução administrativa por parte do consumidor e quais as consequências.



O quarto capítulo pesquisa quais medidas deveriam ser adotadas para coibir a inércia do fornecedor e incentivá-lo a solucionar os conflitos antes da apreciação jurisdicional.

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

1. DANO MORAL: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO QUE TANGE À REPARAÇÃO

O dano moral de difícil conceituação por ser de ordem subjetiva, uma vez que cada ser humano mede a extensão do dano de acordo com o que sentiu com o ilícito praticado, sempre existiu e antigamente era embasado apenas em costumes da sociedade, uma vez que não existia lei em sentido formal.

Carlos Roberto Gonçalves conceituou o dano moral da seguinte forma:

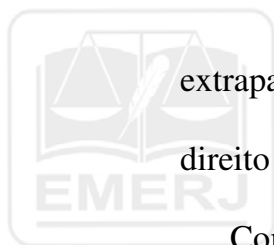
Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc. (...) e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.¹

A reprovabilidade e reparação partiam da própria sociedade, o que acabava em selvageria com graves resultados.

Com a necessidade de proteção de seus bens, vida e integridade física e moral, foi surgindo necessidade de regulamentação que previsse a reparação por danos morais.

Doutrinariamente era possível o dano moral, dano extrapatrimonial, independente de ofensa econômica. Já a jurisprudência não admitia o dano

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.359.



extrapatrimonial e o dano dito moral somente seria passível de reparação se atingido direito patrimonial.

Com a pressão imposta pelos doutrinadores e pela sociedade como um todo, o dano moral passou a ser reconhecido não somente com enfoque na parte econômica, mas no campo da ética, da moral, da honra, reconhecendo a reparação nesses casos veio o Código Civil de 1916.

O Código Civil de 1916 previu a reparação do dano moral em seus artigos 159 e 76:

“Art. 159 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

“Art. 76 - Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral.”

Assim foi evoluindo a formação da possibilidade de reparação por danos morais no Código Civil e com a reforma do Código Civil em 2002, passou a prevê em seu artigo 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”.

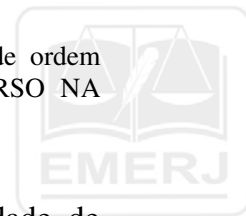
Em 1988 passou a ter previsão na Constituição da república Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso V: É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Já admitido pela doutrina, passou o dano extrapatrimonial encontrar amparo também na jurisprudência dos Tribunais. Vejamos:

APELAÇÃO. INDENIZATÓRIA POR DANO MATERIAL E MORAL. Falha na prestação do serviço. Internet que não funciona a contento. Acordo de devolução dos valores pagos que não foi cumprido pela empresa. Negativação do nome do consumidor. Sentença de procedência que fixou o dano moral em R\$7.000,00. Manutenção da sentença. Prova dos autos que



demonstram a falha na prestação do serviço que trouxe danos de ordem material e extrapatrimonial. NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT DO CPC. ²



Sendo assim, conclui-se que atualmente o dano moral e a possibilidade de compensação por ofensa a ele estão previstos no Código Civil Brasileiro, nas legislações esparsas, como o Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Idoso, mas, principalmente encontra amparo constitucional.

2 - DAS ESPÉCIES DE DANOS MORAIS SURTIDAS AO LONGO DOS ANOS

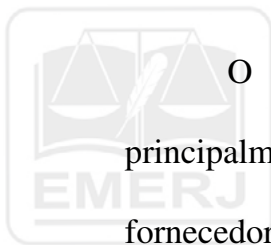
Com o passar dos anos e já reconhecido pela doutrina e jurisprudência a existência de dano moral extrapatrimonial, passaram a existir categorias de danos morais. Passou-se a diferenciar o dano moral por ofensa aos direitos da personalidade, o dano moral como caráter punitivo pedagógico e ao que se destina este trabalho, o dano moral pela perda do tempo útil.

O dano moral por ofensa aos direitos da personalidade é o dano moral propriamente dito, aquele que atinge a honra subjetiva e primeiramente admitido pela doutrina e jurisprudência, bem conceituado nas palavras de Cláudio Américo Führer:

[...] a expressão dano moral tem duplo significado. Num sentido próprio, ou estrito, refere-se ao abalo dos sentimentos de uma pessoa, provocando-lhe dor, tristeza, desgosto, depressão, perda da alegria de viver, etc. E num sentido impróprio, ou amplo, abrange também a lesão de todos e quaisquer bens ou interesses pessoais, como a liberdade, o nome, a família, a honra e a própria integridade física. Por isso a lesão corporal é um dano moral [...].³

² BRASIL. Décima Terceira Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro. Des. Sebastião Bolelli. Apelação Cível 0069442-65.2011.8.19.0001. Data de Julgamento: 16/02/2012. Acesso 27/11/2015.

³ FÜHRER, Cláudio Américo - *Resumo de Obrigações e Contratos* (Civis, Comerciais, Consumidor) – São Paulo: 21. ed. Malheiros Editores, 2002, p. 99/100.



O dano moral como caráter punitivo pedagógico passou a ser aceito principalmente nas relações de consumo por práticas abusivas reiteradas por parte dos fornecedores, sendo uma forma de reduzir a prática desses atos.

Recentemente veio a discussão sobre a possibilidade de reparação pelo dano moral pela perda do tempo útil.

O dano moral pela perda do tempo útil tem como fundamento a perda do tempo de vida útil, que é retirada do consumidor por longas tentativas de solução de problemas criados pelo próprio fornecedor de produtos e serviços.

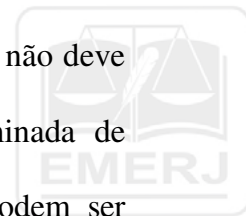
Diante da correria cotidiana, o tempo se torna precioso e não pode ser desperdiçado, por isso se discute a possibilidade de compensar o consumidor quando o tempo útil dele é invadido por ilícitos praticados pelo fornecedor de produtos e serviços.

Maria Helena Diniz conceitua o dano moral da seguinte forma: “Dano moral, no sentido jurídico não é a dor, a angustia, ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesão que legitima a vítima e os interessados reclamarem uma indenização pecuniária, no sentimento de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofridos”.⁴

Diante do conceito de Maria Helena Diniz, o dano moral ganha uma visão mais abrangente, de forma que, o dano moral não é causado apenas quando um dos direitos da personalidade é atingido, mas engloba qualquer lesão a direitos.

Para Cícero Favaretto : “O instituto jurídico do dano moral ou extrapatrimonial tem três funções básicas: compensar alguém em razão de lesão cometida por outrem à sua esfera personalíssima, punir o agente causador do dano, e, por último, dissuadir e/ou prevenir nova prática do mesmo tipo de evento danoso. Essa prevenção ocorre tanto de maneira pontual em relação ao agente lesante, como também de forma ampla para sociedade como um todo. Uma das funções é dirigida à pessoa que sofreu o dano; a outra atinge o responsável pela

4 - DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.82.



ocorrência do dano e a última dispõe que tanto o responsável pelo evento danoso não deve repeti-lo como também a sociedade, razão pela qual esta também é denominada de pedagógica ou educativa. Em síntese, as funções do dano extrapatrimonial podem ser representadas por três verbos: compensar, punir e dissuadir.”⁵

Com base nos conceitos acima, conclui-se que o dano moral não se caracteriza apenas quando direitos da personalidade são violados, mas também por diversas outras razões, como o caráter punitivo pedagógico da medida e a perda do tempo útil do consumidor.

O tempo se caracteriza como bem extrapatrimonial e quando, injustamente, o fornecedor de produtos e/ou serviços retira do consumidor o seu precioso tempo, estará sujeito à responsabilidade civil com conseqüente reparação por danos extrapatrimoniais.

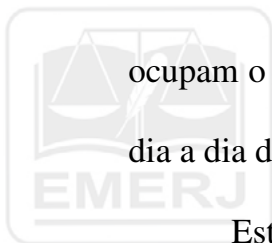
3 - QUANDO A PERDA DO TEMPO ÚTIL ULTRAPASSA A ESFERA DO MERO ABORRECIMENTO E GERA DANO MORAL?

Há alguns anos houve uma massificação nas relações de consumo e com isso diversos infortúnios foram surgindo entre fornecedores e consumidores, o que acarreta hoje a sobrecarga do judiciário para solução desses conflitos.

Certo é que em muitos casos é necessário um tempo razoável para solução de determinados problemas e esse tempo deve ser empregado para resolver questões cotidianas.

Em outros casos, questões que poderiam e deveriam ser solucionadas com brevidade, dentro de um tempo razoável, são postergadas sem qualquer justificativa e

⁵ FAVARETTO, Cícero. *A tríplice função do dano moral*. Disponível em: < <http://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos>. Acesso em 29/11/2015.



ocupam o tempo de outros afazeres que hoje é tido como precioso, devido à correria do dia a dia de cada um.

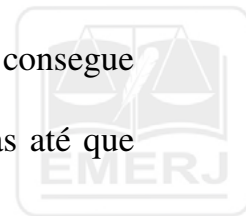
Estar diante de um problema para resolver, saber que a questão é de simples solução e ver seu tempo passar, perder a oportunidade de ler um livro, descansar, brincar com os filhos, dentre outros afazeres importantes e essenciais, e perceber que o impasse não é solucionado por descaso, falta de organização do fornecedor, pode gerar danos de ordem moral, passíveis de reparação.

O tempo é hoje um bem jurídico e só o seu titular pode dele dispor. Quem injustificadamente se apropria desse bem, causa lesão que, dependendo das circunstâncias pode causar dano que vai além do simples aborrecimento do cotidiano, ou seja, dano moral.

A importância do tempo, no entanto, não se limita à ideia que cada um tem sobre suas implicações, é a subjetividade que envolve a análise de sua influência no cotidiano. Na seara jurídica, o tempo é parâmetro objetivo utilizado para criar e extinguir direitos. No direito pátrio, encontra-se presente na própria Constituição Federal, como direito fundamental implícito na norma que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo (art. 5º, LXXVIII)⁶.

Exemplo que se encaixa perfeitamente na perda do tempo útil do consumidor é o serviço de telefonia, quando necessário resolver qualquer problema e primeiro o consumidor é atendido por atendente virtual e transferido diversas vezes para diversos setores e depois de esperar minutos e mais minutos consegue falar com um atendente

⁶ 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: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.



personalizado e muitas das vezes, depois de todo esse percurso, não consegue solucionar seu problema, o que faz com que repita a tentativa por outros dias até que decida buscar o judiciário para solucionar seu problema.

Muitos doutrinadores já entendem que situações como essas ultrapassam o mero aborrecimento cotidiano, transbordam a normalidade e geram danos morais muitas vezes irreparáveis, mas passíveis de compensação por danos morais.

Acórdãos recentes representam uma mudança de rumo na jurisprudência sobre o assunto:

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. EMPRÉSTIMOS NÃO CONTRATADOS. DESCONTOS INDEVIDOS. REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. No caso, o autor narra que foi surpreendido por um crédito realizado em sua conta corrente e pela informação de que teriam sido contratados dois empréstimos consignados em seu nome junto ao banco réu. Prova documental que aponta para os aludidos descontos no contracheque do autor, sendo incontroverso o crédito na sua conta corrente pelo apelante. Nesse contexto, cabia à instituição bancária a comprovação de ter agido diligentemente no caso e, especialmente, a demonstração de que o apelado contratou os mútuos consignados, o que não ocorreu na espécie. Súmula nº 479 E. STJ e Súmula nº 94 deste TJRJ. Autorizada a aplicação da sanção do parágrafo único do art. 42 do CDC. Ausência de impugnação específica à alegação autoral de que tentou resolver a questão administrativamente. Dano moral, notadamente pela falta de zelo do réu aliada à perda do tempo útil do autor, circunstâncias que acarretaram transtorno, angústia, insegurança e sensação de impotência ao consumidor, que se viu privado de parte de sua renda mensal, em virtude de empréstimos que não contratara. Razoável reduzir a quantia indenizatória fixada para R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Precedentes STJ e TJRJ. Artigo 557, §1º-A, do CPC. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO”.⁷

De casos que envolvem demora em fila de banco a devolução de parcelas pagas em cursos, desembargadores já aceitam a tese do chamado “desvio produtivo” para justificar a reparação moral do consumidor. Em síntese, os julgados responsabilizam o fornecedor pelo tempo gasto para se resolver os problemas que eles mesmos causaram.

O desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências, de uma

⁷ BRASIL. Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor do Estado do Rio de Janeiro. Des. Maria Luiza Carvalho. Apelação Cível 0011374-55.2010.8.19.0067. Data de Julgamento: 15/10/2015. Acesso 27/10/2015.



atividade necessária ou por ele preferida, para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável.

É direito de o consumidor ser tratado com respeito e presteza e perda do tempo causa desgaste físico e transtorno emocional.

Por inúmeras vezes, o consumidor que tenta a solução de um desses problemas do cotidiano são pessoas idosas, com pouca habilidade com as tecnologias do mundo atual e se sentem verdadeiras vítimas reféns do pouco caso e desrespeito com que são tratadas.

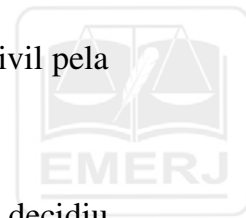
O dano moral atualmente atinge diversos aspectos e o dano moral pela perda do tempo útil, do tempo produtivo vem ganhando espaço nos julgados recentes, que não mais consideram como mero aborrecimento do cotidiano e passou a reconhecer o quanto se perde da preciosidade do tempo nos dias atuais com questões administrativas que poderiam ser solucionadas brevemente.

Assim vem entendendo os Tribunais, veja-se:

RELAÇÃO DE CONSUMO. MAU ATENDIMENTO. FATO INCONTROVERSO. PERDA DE TEMPO ÚTIL. DANO MORAL. REFORMA DA SENTENÇA. Neste caso concreto, em que pese não ter a parte autora logrado êxito em comprovar a divergência entre o bem adquirido e o produto entregue (CPC. art. 333, inciso I), certo é que o mau atendimento narrado, consistente em longas esperas e inexistência de qualquer resposta às solicitações formuladas revelam a ocorrência de falha na prestação do serviço, devendo ser reconhecida a ocorrência de lesão extrapatrimonial em razão da perda de tempo útil experimentada pelo autor. O quantum compensatório deve observar o tríplice aspecto da condenação (punitivo/pedagógico/compensatório), assim como a capacidade econômica das partes, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, razão pela qual vejo como razoável a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 2.000,00, acrescida de juros de 1% a.m a partir da citação e de correção monetária a partir da publicação do acórdão. Sem ônus sucumbenciais.⁸

O doutrinador Vitor Gunglinski, citada seguinte forma: “A ocorrência sucessiva e acintosa de mau atendimento ao consumidor, gerando a perda de tempo útil, tem levado a jurisprudência a dar seus primeiros passos para solucionar os dissabores

⁸ BRASIL. Quinta Turma Recursal do Estado do Rio de Janeiro. Des. Tula Correa De Mello Barbosa. Recurso Inominado 0001148-79.2013.8.19.0036. Data de Julgamento 06/02/2014. Acesso 27/11/2015.



experimentados por milhares de consumidores, passando a admitir a reparação civil pela perda do tempo livre”.⁹

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro enfrentou o tema e decidiu pela caracterização do dano moral pela perda do tempo produtivo, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL DIREITO DO CONSUMIDOR AÇÃO SOB O RITO SUMÁRIO. DEMORA NA FILA DO BANCO. CONSUMIDOR QUE PERMANECEU ESPERANDO POR APROXIMADAMENTE UMA HORA E MEIA NA FILA DO BANCO - Sentença que julgou procedente o pleito autoral para condenar o réu ao pagamento de R\$3.110,00 de indenização por danos morais - restou caracterizada a violação ao dever de qualidade falha na prestação do serviço desvio produtivo do consumidor - são inaceitáveis as alegações do apelante de que o autor poderia ter realizado o pagamento das contas por terminais de autoatendimento, uma vez que cabe a este optar pelo meio que avalie mais conveniente, cabendo, por conseguinte, ao banco disponibilizar um serviço de qualidade, o que não se verificou - dessa forma, entende-se que os fatos narrados pelo consumidor ultrapassam o mero aborrecimento cotidiano, em razão de ter esperado na fila do banco por quase 02 horas, perdendo tempo produtivo, ensejando o dever de indenizar. Desprovisionamento do recurso.¹⁰

A análise da possibilidade de reparação do dano pela perda do tempo útil deve ser feita casuisticamente, pois existem situações em que o tempo é necessário à solução do problema, casos em que nada pode ser feito para agilizar a solução, diferentemente de casos em que há desídia e falta de cuidados com o consumidor.

Questão de difícil apreciação é o limite entre o mero aborrecimento e o dano moral. Para a verificação da possibilidade de compensação por danos morais, deve o magistrado utilizar os critérios da proporcionalidade e razoabilidade para identificar em que ponto o dano causado deixou de ser um mero aborrecimento cotidiano a passou a ser um transtorno eu grave a ponto de afetar moralmente o consumidor, causando danos extrapatrimoniais que ultrapassam o mero aborrecimento, merecendo a indenização compensatória.

A título de exemplificação, veja-se o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

⁹ GUGLINSKI, Vitor. *Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: Acesso 27/11/2015.

¹⁰ . BRASIL. Vigésima Sétima Câmara Cível. Des. Fernando Antônio De Almeida. *Apelação Cível 035092-08.2012.8.19.004*. Data de julgamento 12/02/ 2014). Acesso 27/11/2015.



Apelação cível. Responsabilidade civil. Relação de consumo. Atraso em horário de vôo que inviabilizou o comparecimento da apelada ao sepultamento de seu pai. Longa espera no aeroporto e incerteza quanto ao novo embarque. Transtorno que ultrapassa os limites do mero aborrecimento. Dano moral caracterizado e indenização corretamente arbitrada. Inexistência de litigância de má-fé pelo simples uso do direito de recorrer, para obtenção da apreciação em duplo grau. Recurso desprovido.¹¹

Quando o fornecedor de produtos ou serviços atende de forma que extrapola os limites da razoabilidade, causando dor, sofrimento, angústia, sensação de hipossuficiência, insegurança, descaso, essa atitude viola do direito à paz, a tranquilidade, à dignidade, ao dever de prestar adequadamente os serviços contratados, o que muitas vezes se torna uma *via crucis* para o consumidor.

O Desembargador Jones Figueiredo Alves do Estado de Pernambuco, ao proferir voto/vista na Apelação Cível nº 230521-7, julgada pela 4ª Câmara Cível do TJPE, destacou em sua decisão:

A visão eclesiástica do tempo diz-nos que tudo tem o seu tempo determinado e há tempo para todo propósito debaixo do céu: há tempo de nascer e tempo de morrer; tempo de chorar e tempo de rir; tempo de abraçar e tempo de afastar-se; tempo de amar e tempo de aborrecer; tempo de guerra e tempo de paz.(...)

A questão é de extrema gravidade e não se pode admiti-la, por retóricas de tolerância ou de condescendência, que sejam os transtornos do cotidiano que nos submetam a esse vilipêndio de tempo subtraído de vida, em face de uma sociedade tecnológica e massificada, impessoal e disforme, onde nela as pessoas possam perder a sua própria individualidade, consideradas que se tornem apenas em usuários numerados em bancos informatizados de dados.¹²

Assim, a análise será casuística, devendo ser verificada a possibilidade de indenização quando ultrapassado o mero aborrecimento.

¹¹ BRASIL. Primeira Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro. Des. Fábio Dutra. Apelação 0122703-47.2008.8.19.0001. Data de Julgamento 12/01/2010. Acesso 29/11/2015.

¹² BRASIL. Quarta Câmara Cível do Estado de Pernambuco. Des. Jones Figueiredo Alves. Apelação Cível nº 230521-7. Acesso 29/11/2015.



CONCLUSÃO

Delinear os limites do dano moral, não é tarefa fácil, visto que a temática é objeto de diversas interpretações e críticas.

A Constituição Federal, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, trazem a previsão de reparação por danos morais, mas a definição e o alcance dessa compensação são interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

Desse modo, ainda que haja previsão legal quanto a reparação por danos morais eventualmente sofridos, é constante as mudanças de entendimento na doutrina e jurisprudências das espécies de dano moral e os limites para reparação, o que ultrapassa ou não o mero aborrecimento cotidiano.

Com o grande aumento das relações de consumo e os conflitos cotidianos decorrentes dessas relações, hoje foi reconhecida a possibilidade de compensação por danos morais pela perda do tempo útil do consumidor, sendo assim o entendimento predominante na doutrina e jurisprudência, mas ainda bastante discutido e, portanto, não pacificado.

Discussão que vem sendo consolidada e reconhecida pelos Tribunais, mas que ainda gera discussões e controvérsias acerca do cabimento ou não da compensação por danos morais pela perda do tempo útil do consumidor.

Essa discussão vem ficando cada vez menos “calorosa”, tendo em vista que vem sendo pacificada e cada vez mais aceita, sendo diariamente reconhecidos pelos Tribunais e Juízes de primeira instância a diversidades das causas que geram o dano moral e os motivos para indenizá-lo, compensando materialmente o dano extrapatrimonial sofrido pelo consumidor, que muitas das vezes extrapola o mero aborrecimento e causa danos irreparáveis, sendo a indenização uma forma de amenizar,



tornar menos sofrido o dano causado e servindo, ainda, como caráter punitivo pedagógico para o causador do dano.

Não é sempre que um ato de desrespeito ao consumidor ou abuso nas relações de consumo vai atingir direitos da personalidade, por diversas vezes o que ocorre é a busca incessante do consumidor em ver reparada a falha na prestação do serviço e, para isso, perde horas em ligações, ouvindo atendentes virtuais, enfrentam horas de filas e ainda assim não conseguem solucionar administrativamente, tendo que recorrer ao judiciário e perder meses ou até anos para ter seu direito atendido pelo fornecedor de serviços.

Diante desse quadro, é possível imaginar o quanto foi perdido em termos de lazer, descanso, trabalho, convívio com a família, estudos, tempo útil na tentativa de solução de problemas que se fosse atendido com mais presteza e respeito ao consumidor não seria necessária essa árdua espera e perda de tempo.

A tendência é a pacificação de entendimento no sentido da existência do dano moral pela perda do tempo útil/produtivo, utilizando critérios de proporcionalidade e razoabilidade casuisticamente, identificando onde termina o mero aborrecimento e se concretiza o dano moral pelo tempo perdido.

Majoritariamente esse entendimento vem sendo aplicado, mas ainda existem posicionamentos que adotam o conceito de dano moral como somente ofensa a direitos da personalidade.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. 03 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. REsp. n. 582.760/RS. Relatora Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. 03 mar. 2015.

_____. BRASIL. Primeira Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro. Des. Fábio Dutra. Apelação 0122703-47.2008.8.19.0001. Data de Julgamento 12/01/2010. Acesso 29/11/2015.

_____. BRASIL. Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor do Estado do Rio de Janeiro. Des. Maria Luiza Carvalho. Apelação Cível 0011374-55.2010.8.19.0067. Data de Julgamento: 15/10/2015. Acesso 27/10/2015.

_____. BRASIL. Décima Terceira Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro. Des. Sebastião Bolelli. Apelação Cível 0069442-65.2011.8.19.0001. Data de Julgamento: 16/02/2012. Acesso 27/11/2015.

_____. BRASIL. Quinta Turma Recursal do Estado do Rio de Janeiro. Des. Tula Correa De Mello Barbosa. Recurso Inominado 0001148-79.2013.8.19.0036. Data de Julgamento 06/02/2014. Acesso 27/11/2015.

_____. BRASIL. Vigésima Sétima Câmara Cível. Des. Fernando Antônio De Almeida. Apelação Cível 035092-08.2012.8.19.004. Data de julgamento 12/02/ 2014). Acesso 27/11/2015.

_____.BRASIL. Quarta Câmara Cível do Estado de Pernambuco. Des. Jones Figueiredo Alves. Apelação Cível nº 230521-7. Acesso 29/11/2015.

CAVALIEIRI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FAVARETTO, Cícero. *A tríplice função do dano moral*. Disponível em: <<http://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos>>. Acesso em 29/11/2015.

FÜHRER, Cláudio Américo - *Resumo de Obrigações e Contratos (Civis, Comerciais, Consumidor)*. 21.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.



GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.359.

GUGLINSKI, Vitor. *Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em:. Acesso 27/11/2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011.



O INQUÉRITO POLICIAL E A ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A INVESTIGAÇÃO PENAL

Cesar Augusto Pereira de Castro Junior

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: Este trabalho tem por escopo perquirir se o procedimento investigatório denominado inquérito policial deve ser presidido exclusivamente pelos delegados de polícia ou se os membros do Ministério Público possuem legitimidade para conduzi-lo. A investigação criminal se externa na figura do inquérito policial que, conforme dispõe o texto constitucional, deve ser presidido pela autoridade policial. Entretanto, apresenta-se como questão controvertida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, se tal prerrogativa é de atribuição exclusiva da autoridade policial ou se esta pode ser mitigada para que possa ser exercida pelos membros do Ministério Público.

Palavras Chaves: Direito Processual Penal. Sistema Acusatório. Inquérito Policial. Poder Investigatório.

Sumário: Introdução. 1. Evolução Histórica da Atividade Policial. 2. O Inquérito Policial. 2.1. Formas de Instauração. 2.2. Fontes Legislativas. 3. A atuação do Delegado de Polícia e do Promotor de Justiça Durante a Fase Investigatória. 4. Doutrina. 5. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 6. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir a relevância do inquérito policial e o exercício de sua presidência pela autoridade policial (delegado de polícia), bem como analisar o papel institucional atribuído aos membros do Ministério Público pela Constituição Federal de 1988 e a impossibilidade de estes promoverem autonomamente investigações criminais, em que pese entendimento diverso do Supremo Tribunal Federal.

A controvérsia reside, portanto, na divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da existência, ou não, de um monopólio do poder investigatório atribuído às polícias judiciárias,



sendo indispensável sopesar de um lado o que está expressamente delineado no art. 144, §1º, IV, da CRFB/88 – que confere à autoridade policial a exclusividade das investigações criminais - e de outro, o conjunto de princípios constitucionais que dão suporte ao poder investigatório dos promotores de justiça.

Em regra, a investigação criminal se externa na figura do inquérito policial que, conforme se extrai do texto constitucional, deve ser presidido pela autoridade policial.

Por oportuno, será desenvolvido um ponto que, como não poderia ser diferente, tem sido objeto de muitas discussões no mundo jurídico, uma vez que muitas correntes divergem acerca da pertinência de o inquérito policial permanecer no *Codex Instrumental Repressivo* e da continuidade de sua presidência pelo delegado de polícia.

Serão citadas leis, jurisprudência e doutrina, que darão suporte ao argumento de que a presidência do inquérito policial deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades policiais; bem como serão citados as fontes e os argumentos dos promotores de justiça quanto à possibilidade deles próprios conduzirem suas investigações criminais.

Nesse contexto, serão enfocadas algumas correntes que vêm crescendo, sobretudo na Europa Continental, com a visão de que as investigações preliminares ao exercício da ação penal devem ficar a cargo do Ministério Público, realçando-se a figura do chamado Promotor Investigador.

Por fim, será objeto de discussão a decisão do Supremo Tribunal Federal que conferiu poderes aos membros do Ministério Público para conduzir investigações de natureza penal.

Apesar de toda a controvérsia que envolve o tema, deve-se externar que, no ordenamento jurídico brasileiro, não é atribuição ordinária do Ministério Público realizar investigação preliminar em matéria penal. Para a polícia judiciária incumbe o desempenho de tal função.



Por outro lado, cabe destacar que o inquérito policial – instrumento por excelência, da polícia investigativa – pode perfeitamente ser dispensável pelo autor da ação penal.

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

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATIVIDADE POLICIAL

A polícia, um dos órgãos de que atualmente se vale o Estado para manter a ordem pública, como instituição regularmente organizada e aparelhada, não existiu no regime colonial, onde os governadores eram senhores absolutos da terra. Era ao sabor da vontade das elites locais que se faziam as investigações e que se aplicava a Justiça.

No século XIX, Juízes de Paz e Autoridades Policiais eram apontados entre as classes dominantes, sendo funções não remuneradas que derivavam do poder e reforçavam o prestígio¹. A mistura de autoridade pessoal e estatal, presentes no Estado Patrimonial, era inerente das autoridades policiais, e continuariam a prevalecer na prática por muito tempo, mesmo depois da elite perder o interesse pelo exercício destas funções, ao final do século passado.

A substituição da autoridade tradicional local por uma justiça do Estado, impessoal ou profissional, enfrentou forte resistência. Outra dificuldade era o Estado não poder contar com uma elite de formação jurídica grande o bastante para ocupar as diferentes funções de justiça brasileira. O Estado precisou utilizar elementos da autoridade local para assumir as funções de justiça do Estado, indicando celebridades locais para Juízes de Paz ou Autoridade Policial. O

¹ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Inquérito Policial no Brasil – Origens*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/inquerito-policial-no-brasil--origens/415>. Acesso em: 16 nov. 2015.



poder conferido a estes funcionários para regular pequenos conflitos e decidir pequenas causas era muito amplo, e apenas parcialmente baseado na lei, tomando decisões na vida das pessoas que não dispunham de outras instâncias para recorrer. Entretanto, atualmente, tais investigações devem obedecer às regras de um procedimento administrativo, denominado Inquérito Policial.

Contudo, constatados diversos abusos nesse procedimento administrativo por parte dos detentores de poder, a Constituição Federal de 1988, instituindo o Estado Democrático de Direito, atribuiu ao Ministério Público um importante papel; de fiscal da atividade policial, motivo de grande discussão por parte das autoridades que não aceitavam nenhuma forma de controle externo.

Segundo Xavier², o Poder de Polícia pode ser assim conceituado: “em definição simplista, nada mais é que o poder do Estado de invadir e limitar certas garantias e direitos individuais quando o interesse público prevalecer sobre o interesse particular”.

Desta forma, baseada em dados ictericos e atuais, a presente investigação buscará o esclarecimento e a análise de algumas das questões que foram propostas.

2. O INQUÉRITO POLICIAL

Pode-se dizer que apurar uma determinada infração penal é colher informações a respeito de um fato criminoso, ouvir testemunhas, apreender objetos, realizar perícias etc., com o objetivo de se descobrir o real autor de um crime. Isto significa que a autoridade policial deve desenvolver a necessária atividade com o objetivo de se descobrir o verdadeiro autor do fato infringente da

² XAXIER, Luiz Marcelo da Fontoura. *Doutrina Nacional: Uma Reflexão sobre a Atual Situação da Segurança Pública e a Atuação do Delegado de Polícia*. Disponível em: < <https://www.ibccrim.org.br/artigo/549-Doutrina-nacional-Uma-reflexo-sobre-a-atual-situao-da-segurana-pblica-e-a-atuao-do-Delegado-de-polcia>>. Acesso em: 16 nov. 2015.



norma, uma vez que sem se conhecer quem o teria cometido não se poderá promover a correspondente ação penal.

2.1 FORMAS DE INSTAURAÇÃO

O inquérito policial pode ser instaurado: (i) de ofício, por portaria da autoridade policial; (ii) pela lavratura do auto de prisão em flagrante; (iii) mediante representação do ofendido ou seu representante legal; (iv) por requisição da autoridade judiciária ou de membro do Ministério Público.

2.2. FONTES LEGISLATIVAS

Decerto que, para a obtenção de uma verdade absoluta dentro dos limites da legalidade previsto em lei, é necessário que se faça uma investigação clamorosa, sem erros e ou vícios, não deixando dúvidas acerca do delito e da materialidade, embora esta não seja de suma relevância para a instauração da ação penal, porém acreditamos, que na busca da realidade do crime, deverá a autoridade policial funcionar em perfeita harmonia com o órgão do Ministério Público para a elucidação da verdade real, visando imputar ao infrator delinquente, dentro da legalidade de um processo justo, real e verdadeiro, a sanção penal adequada.

O Inquérito Policial é o procedimento destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. É o momento inicial da *persecutio criminis*. É o conjunto de informações, que no momento oportuno, propiciará o início da ação penal. O IP irá levar, portanto, até o Ministério Público, informes acerca da infração investigada.



Quando a autoridade policial tiver o conhecimento da existência de um fato criminoso, deverá mediante portaria instaurar o inquérito policial no intuito de apurar todas as circunstâncias do evento criminoso e a sua autoria, conforme o art. 4º do Código de Processo Penal, que aqui é transcrito: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria³”.

O Código de Processo Penal dita as normas para se elaborar (proceder, formalizar, realizar) o inquérito policial (arts. 4º ao 23º), porém a ausência do contraditório regular e o poder discricionário exercido pelo delegado de polícia são suficientes para descaracterizá-lo como processo.

Muitas das vezes, no ato da instauração do inquérito, não estão reunidos ainda elementos suficientes para indicar uma direção correta a ser seguida, devendo a autoridade policial determinar as diligências que deverão ser empregadas, bem como proceder à reprodução simulada dos fatos, não podendo, contudo, contrariar a moralidade ou a ordem pública, devendo toda a tramitação ser acompanhada pelo Ministério Público, para que haja uma fiscalização permanente, pois é ele o titular da Ação Penal Pública. Como o disposto no art. 129, incisos I, VII e VIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A investigação procedida pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo o CPP o Inquérito Policial (arts. 4º ao 23), da instrução criminal (arts. 394 a 405). Por este motivo, não se aplicam ao inquérito policial os princípios processuais penais, nem mesmo o contraditório.

O Inquérito Policial é inquisitivo, art. 107 do CPP, porque a autoridade comanda as investigações como melhor lhe aprouver. Não existe um rito preestabelecido para elaboração do inquérito ou andamento das investigações. Estas têm seqüência dependendo das determinações da

³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



autoridade em face da necessidade de realização desta ou daquela diligência. O inquérito não se sujeita ao chamado Princípio do Contraditório, próprio do processo penal, onde acusação e defesa se encontram no mesmo plano, em igualdade de condições. Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia, *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve também ser ouvida. Como se trata de um instrumento de investigação, não há que se falar em nulidade do inquérito policial, mas somente em mera irregularidade nos vícios que houver, que podem ensejar o relaxamento da prisão em flagrante, caso ocorra, mas que não prejudicam a propositura da ação penal. Entretanto, algumas peças podem ser nulas por ausência de requisitos legais, como por exemplo, a perícia realizada por peritos não oficiais se estes não forem compromissados, art. 159, §2º, do CPP. A perícia deve ser realizada por mais de um perito, pois: “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que estiver funcionado anteriormente na diligência de apreensão⁴”.

Sobre nulidade no Inquérito Policial, explica José Frederico Marques que, “O inquérito, como instrumento da denúncia, nunca é nulo, não estando sujeito, assim, às sanções que o Código prevê para os atos processuais⁵”.

O Ministério Público, por sua vez, baseia-se no Artigo 129, VII e VIII da Constituição da República Federativa do Brasil que aqui são transcritos na íntegra:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.⁶

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 361. Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em 18 nov. 2015.

⁵ MARQUES, José Frederico, *Elementos do Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p.159.

⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.



Desta forma entendem os promotores que o Ministério Público pode investigar, uma vez que compete a ele o controle externo da atividade policial e a presidência da ação penal.

3. A ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA E DO PROMOTOR DE JUSTIÇA DURANTE A FASE INVESTIGATÓRIA.

Quanto à presidência do inquérito policial pelo delegado de polícia e a possibilidade de o Ministério público investigar crimes, existem basicamente duas correntes: uma que entende ser ilegal os membros do *Parquet* realizarem atos investigatórios - por não estar descrito em nenhum ordenamento jurídico tal atribuição a tão nobre instituição - e outra, que entende que o Ministério Público detém poderes para investigar, uma vez que o artigo 129, VII da CRFB/88 autoriza o MP a exercer o controle externo da atividade da polícia judiciária⁷.

A controvérsia, portanto, quanto a participação do promotor de justiça nas investigações criminais, reside na literalidade do artigo 144, 1º, IV da CRFB – que dispõe ser exclusiva das polícias judiciárias a atribuição para a apuração das infrações penais⁸ - e a disposição contida no artigo 129, I da CRFB/88, com o qual os membros do Ministério Público invocam a Teoria dos Poderes Implícitos⁹.

⁷ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

⁸ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 1º - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. §4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto militares.

⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *O Ministério Público e sua Investigação Criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 176



Nesse embate de interpretações, exsurge parcela importante da doutrina¹⁰¹¹ que atribui tratar-se de invasão de atribuição por parte do Ministério Público a realização de investigação criminal no papel constitucionalmente destinado à autoridade policial.

De outro giro, sustentam os promotores de justiça que podem sim investigar crimes, amparados no fundamento de que é o Ministério Público o destinatário final da ação penal¹², que naturalmente se desenvolve por meio do inquérito policial. Portanto, o Ministério Público, como *dominus litis* da ação penal pública, pode praticar, *de per se*, atos investigatórios.

Destarte, muito se discute na doutrina e, principalmente, na jurisprudência, sobre a possibilidade de a investigação criminal ser procedida pelo promotor de justiça.

4. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Sabe-se que diversos promotores e procuradores, imbuídos de verdadeiro senso público, têm realizado procedimentos investigatórios alheios ao inquérito policial, com o escopo de colher provas criminais diretamente.

Contudo, num Estado Democrático de Direito, há procedimentos legais previamente determinados pelo legislador, a fim de garantir o controle sobre os agentes públicos.

Se a autoridade policial não instaura o inquérito policial ou não dá o devido andamento, a sociedade tem meios para exigir a responsabilização desse agente, por não ter seguido os preceitos designados na lei, *in casu*, o Código de Processo Penal. O mesmo não ocorreria se atribuíssemos, no atual ordenamento jurídico, a investigação criminal ao Ministério Público, pois

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 68/69.

¹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 20.

¹² MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de Direito Penal Interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 143.



não há em lei contornos que definam a responsabilização dos promotores de justiça nas hipóteses de instauração e arquivamento indevido do inquérito policial, dada a sua autonomia funcional.

Nesse sentido já se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conforme a seguinte ementa:

Habeas Corpus. Investigação criminal procedida por Promotor de Justiça. Invasão de atribuição da Polícia Judiciária. Denúncia ofertada pelo mesmo Promotor que exerceu função de Delegado de Polícia na Investigação. Impedimento legal. Prova ilegítima para escorar a instauração da ação penal. Nulidade do processo “ab initio”. Inteligência dos artigos 144, par. 4º, da CRFB e 258 c/c 252, II, do CPP. Crime de responsabilidade de funcionário público. Notificação para resposta fixando prazo de 5 dias e não de 15 dias. Ato processual realizado fora jurisdição do Juiz processante. Falta de nomeação de defensor para apresentação da resposta preliminar. Denúncia recebida. Cerceamento de defesa configurado. Nulidade. O Ministério Público é o guardião da Ordem Jurídica mas, separando a Constituição Federal as funções constitucionais e entregando expressamente, as de investigação criminal e, em certas hipóteses, a outros órgãos à Polícia Judiciária, não tem o “Parquet” legitimidade para proceder a investigação preparatória da ação penal, já que a ele também se confere o poder de requerer o arquivamento da documentação dos fatos, situação que o tornaria ao mesmo tempo o autor e o juiz da demanda em verdadeiro sistema inquisitório vedado pela Carta da República¹³.

Em outra ocasião, o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro em acórdão que, segundo a revista do Ministério Público pareceu infeliz, novamente assim decidiu:

Promotor de Justiça não é Promotor de Polícia. Agindo como policial, com a requisição oficiosa de serventários da Justiça e procedendo a diligência com apreensão de documentos da Municipalidade, o Órgão de Atuação do MP viola o contraditório, e seleciona provas em benefício exclusivo da acusação em detrimento da defesa, mormente em cidades interioranas. A função da Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais, exceto militares, são privativas das polícias civis. Ao Ministério Público Cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e policial militar. Somente quando se trata de inquéritos civis públicos é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e procedimentos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias¹⁴.

¹³ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC nº 2001.059.00597. Relator Des. Walmir de Oliveira Silva. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200105900597>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

¹⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC nº: 1735 RJ 2000.059.01735. Relator designado para Acórdão Des. Eduardo Mayr. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200005901735>>. Acesso em: 21 nov. 2015.



Corroborando a tese da impossibilidade de atuação investigatória por parte do Ministério Público, o prestigiado magistério de Antônio Evaristo de Moraes Filho:

Seria, sem dúvida, de extrema valia que o Ministério Público Federal acompanhasse as diligências investigatórias e os inquéritos realizados pelas autoridades policiais, ainda mais por que isto traduziria, de alguma forma, o exercício do controle externo da atividade policial, porém, a faculdade de o Ministério Público produzir direta e pessoalmente, sem qualquer controle, as peças de informação que virão a servir, no futuro, de base para o oferecimento de denúncia, ou para o pedido de arquivamento, conferiria a este órgão um arbítrio incontestável, no exercício da função de promover a ação penal que lhe é privativa¹⁵.

De outro giro, o fortalecimento do delegado de polícia é uma saída não só para obtermos atuações mais eficazes, como também para evitarmos o assoberbamento da justiça, que se dá pelo número excessivo de processos natimortos e inócuos que são produzidos todos os dias, haja vista a autoridade policial não ter, até o momento, dispositivos legais que o amparem a realizar juízo de valor diante das infrações penais, assim sendo, tem que obrigatoriamente remeter o caso à valoração Ministerial e Judicial.

Cabe destacar que a doutrina moderna, ao analisar os princípios do direito penal, sustentam que o delegado de polícia pode fazer juízo de valor. Nesse sentido Fernando Capez:

O princípio da intervenção mínima tem dois destinatários principais. O legislador, do qual se exige cautela no momento de eleger as condutas que merecerão punição criminal e o operador do direito, a este se recomenda não proceder a enquadramento típico, quando notar que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos do direito menos agressivo ao ordenamento jurídico. Assim, se a demissão por justa causa pacifica o conflito gerado pelo pequeno furto cometido pelo empregado, tornou-se inoportuno o ingresso do direito penal¹⁶.

Continua o ilustre doutrinador:

“Se um furto de chocolate em um supermercado já foi solucionado com o pagamento do débito e a expulsão do freguês inconveniente, não há necessidade de se movimentar a máquina persecutória do Estado, tão

¹⁵ Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12375-12376-1-PB.pdf>>. Acesso em 21 nov. 2015.

¹⁶ CAPEZ, op. cit., p. 20



assoberbada com a criminalidade violenta, organizada, o narcotráfico e as dilapidações ao erário¹⁷”

Segundo o princípio da intervenção mínima, existem dois destinatários, quais sejam, o legislador e o operador do Direito que, neste caso, lhe é recomendado que não tipifique tal atitude como tipo penal, haja vista, não ser razoável punir um furto de chocolate, pois, a solução foi encontrada pelo pagamento do respectivo doce e o direito penal não existe para tutelar esta bagatela.

Entretanto, em que pese tais posicionamentos, o Supremo Tribunal Federal decidiu de modo diverso, conforme se observa no seguinte julgado:

“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição¹⁸”.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de o Ministério Público promover, por autoridade própria, investigações de natureza criminal. Porém, cabe destacar o posicionamento do Ministro Marco Aurélio quanto a impossibilidade de tal medida, sob o fundamento de que a Constituição Federal exige, antes da fase judicial, o controle do procedimento investigatório:

Essa distinção entre os inquéritos se deu pelo cuidado em conferir maiores garantias a bens jurídicos caros à sociedade. A investigação criminal é muito mais tormentosa para o investigado do que a civil, pois coloca em risco a liberdade. Assim, na Constituição, acabou-se por dividir atribuições entre dois órgãos, objetivando que o destinatário das atividades preparatórias pudesse, com isenção, avaliar o trabalho desenvolvido. A postergação do controle para fase judicial, caso o Ministério Público investigasse, implicaria descompasso com os ditames constitucionais que buscaram garantir um controle obrigatório antes da fase judicial, isso para não prolongar sofrimento passível de existir como consequência de uma apuração criminal infundada. Legitimar a investigação por parte do titular da

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 593727/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>>. Acesso em: 21 nov. 2015.



ação penal é inverter a ordem natural das coisas: quem surge como responsável pelo controle não pode exercer a atividade controlada.

A Carta da República, ao estabelecer competências, busca assegurar o equilíbrio e a harmonia entre os órgãos públicos, os quais também funcionam como garantia da liberdade e da privacidade do indivíduo. Nesse contexto, a concentração de poder é prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual as interpretações ampliadoras do poder estatal devem ser feitas com todas as reservas.

CONCLUSÃO

Não se desconhece que o Ministério Público é o guardião da ordem jurídica. Entretanto, quando a Constituição Federal separa as funções constitucionais e entrega expressamente a investigação criminal à polícia judiciária, isto significa que não tem o *Parquet* legitimidade para proceder à investigação preparatória para a propositura da ação penal.

Conforme exposto no presente estudo, uma interpretação literal dos artigos 129, I e III da Constituição Federal amparam tal entendimento. Isto porque no inciso primeiro o legislador determina que cabe ao Ministério Público a promoção privativa da ação penal pública. Nesse mister, o múnus do controle externo da atividade policial se incompatibiliza com a tarefa de investigar, uma vez que aquele que investiga é o mesmo que tem o dever de fiscalizar a investigação. Situação que por si só evidencia a ausência de controle da atividade investigatória.

Segundo porque a teoria de poderes implícitos se destina a salvaguardar aqueles poderes que implicitamente são conferidos pela norma jurídica. Ocorre que nos dispositivos constitucionais, o que se observa é que o constituinte conferiu, explicitamente, o poder de investigar às polícias judiciárias.



Já no inciso III a norma dispõe acerca da promoção do inquérito civil e da ação civil pública, sendo eloquente o silêncio do constituinte originário quanto a participação direta e autônoma do Ministério Público nos inquéritos criminais.

De outro giro, para o Supremo Tribunal Federal, o promotor de justiça tem atribuições para desenvolver investigação penal autônoma, ainda que este procedimento aparentemente se confunda com aquele que foi originalmente destinado ao delegado de polícia.

Portanto, para a maioria dos ministros do STF, não há afronta ao ordenamento jurídico brasileiro a atuação investigatória realizada pelos promotores de justiça, ainda que estes optem por inquirir testemunhas em seu próprio gabinete, realizem diligências ou de qualquer outra forma realizem procedimentos que considerem imprescindíveis à completa conformação da atividade acusatória.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Agamenon Bento do. *Direito Processual Penal: Lições Teóricas e Práticas*. Curitiba: Juruá, 1998.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. DF. Senado Federal, 1988.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Milton Lopes da. *Manual da Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.



MARQUES, José Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. V2. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

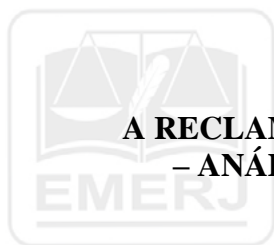
NETO, Diogo Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 7.ed. São Paulo: RT, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V4. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.



A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ANÁLISE DE POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES NOS TRIBUNAIS ATRAVÉS DA AMPLIAÇÃO DO USO DO INSTITUTO

Cristiane Reis Fonseca

Graduada em Direito pelo Instituto Vianna Júnior. Assessora Jurídica do I Juizado de Violência Doméstica da Comarca da Capital - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: É fato que, na atualidade, a massificação dos processos ensejou o abarrotamento do Judiciário, sendo é imprescindível que a sistemática do Código de Processo Civil acompanhe a conjuntura atual do Poder Judiciário. Diante disso, é necessário que a legislação processual tenha instrumentos para abreviar e acelerar o trâmite dos processos, garantindo a segurança jurídica, e trazendo celeridade e eficácia na solução dos litígios. Nessa linha de raciocínio a sistemática do novo Código de Processo Civil ampliou o instituto da reclamação para que se adote instrumentos processuais que propiciem a solução célere e uniforme de demandas repetitivas.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Direito Constitucional. Reclamação Constitucional. Código de Processo Civil de 2015. Recursos. Competência do Tribunal. Autoridade das Decisões do Tribunal.

Sumário: Introdução. 1. Panorama Geral da Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro. 2. Breve análise do instituto a partir do advento do código de processo civil de 2015. 3. Possíveis críticas doutrinárias que poderão surgir a partir do novo escopo do instituto da reclamação no código de processo civil de 2015. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca analisar os novos parâmetros delineados na Reclamação Constitucional com suas inovações e possíveis consequências a partir do advento do novo Código de Processo Civil.

A Constituição de 1988 disciplinou a Reclamação Constitucional em seus artigos 102, I, 103-A, §3º, e 105, I, f. Tal instituto possui o escopo constitucional de garantir a autoridade das decisões de competência originária dos Tribunais Superiores, visando



preservação da garantia e autoridade dessas decisões, bem como o cumprimento do conteúdo sumular.

Dessa forma, pode-se dizer que da decisão judicial ou ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar sua vigência ou a aplicar de maneira indevida, caberá reclamação ao Superior Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, dependendo da natureza do ato violado.

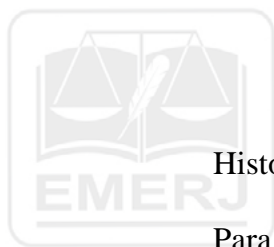
Assim, em um primeiro momento, busca-se analisar a Reclamação Constitucional como um todo e o seu atual uso na jurisprudência para garantia da supremacia das decisões em sede de repercussão geral e efeito vinculante. Busca-se a perquirição dos ordinários efeitos em casos específicos, de modo a concluir se a omissão ou atuação deficiente figurou como uso do instituto.

Pretende-se, também, estabelecer um panorama geral sobre as inovações trazidas pelo advento no novo Código de Processo Civil, vislumbrando os possíveis efeitos nos Tribunais bem como a análise da constitucionalidade do instituto decorrido a partir da ampliação vislumbrada no Direito Processual Brasileiro.

Diante disso, é necessário que a legislação processual tenha instrumentos para abreviar e acelerar o trâmite dos processos, garantindo a segurança jurídica, e trazendo celeridade e eficácia na solução dos litígios. Todavia, a inovação e ampliação do instituto poderá trazer efeito inverso, gerando maior congestionamento na via recursal, o que será analisado no decorrer deste artigo.

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

1. PANORAMA GERAL DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO.



Historicamente, a reclamação possui divergências doutrinárias.

Para Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹, a reclamação constitucional é fruto da construção jurisprudencial brasileira com fundamento na teoria dos poderes implícitos.

Por outro lado, José da Silva Pacheco², aduz que o instituto possui raízes no Direito Romano através da *supplicatio*.

Atualmente, a Corte Superior³ entende que a reclamação é resultado de sua própria construção jurisprudencial que com o transcorrer temporal acabou por ser englobada no texto constitucional.

Independente da origem da reclamação, é fato que a Constituição de 1988 a positivou.

A Reclamação é um processo sobre preservação de competência do Supremo Tribunal Federal (STF). Está prevista na Constituição Federal⁴ de 1988, artigo 102, inciso I, letra “I”, e regulamentada pelos artigos 156 e seguintes, do Regimento Interno do STF.

Tem como objetivo primordial a preservação ou garantia da autoridade das decisões da Corte Constitucional perante os demais tribunais. Além dos requisitos gerais comuns a todos os recursos, deve ser instruída com prova documental que mostre a violação da decisão do Supremo.

Tradicionalmente a reclamação é cabível em três hipóteses. Uma delas é preservar a competência do STF – quando algum juiz ou tribunal, usurpando a competência estabelecida no artigo 102 da Constituição, processa ou julga ações ou recursos de competência do STF.

¹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. 11. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 51-52.

² PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. Ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 603.

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271852>> . Acesso em 20/10/2015.

⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20/10/2015.



Outra, é garantir a autoridade das decisões do STF, ou seja, quando decisões monocráticas ou colegiadas do STF são desrespeitadas ou descumpridas por autoridades judiciárias ou administrativas.

Também é possível ajuizar reclamação para garantir a autoridade das súmulas vinculantes: depois de editada uma súmula vinculante pelo Plenário do STF, seu comando vincula ou subordina todas as autoridades judiciárias e administrativas do país. No caso de seu descumprimento, a parte pode ajuizar Reclamação diretamente ao STF. A medida não se aplica, porém, para as súmulas convencionais da jurisprudência dominante do STF.

Nas hipóteses de omissão ou ato da administração pública lesiona Pedro Lenza ⁵:

[...] o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. Trata-se de instituição, por parte da lei, de contencioso administrativo atenuado e sem violar o princípio do livre acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), na medida em que o que se veda é somente o ajuizamento da reclamação e não de qualquer outra medida cabível, como ação ordinária, o mandado de segurança etc.

Portanto, vislumbrando a estatura constitucional do instituto e a extensão da competência para o seu julgamento, ora outorgado ao STF, ora ao STJ, tem-se um extenso meio de proteção aos direitos.

2. BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO A PARTIR DO ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

O Código de Processo Civil de 2015 ampliou o cabimento da reclamação, veja as hipóteses trazidas pelo instituto processual⁶:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
I - preservar a competência do tribunal;
II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 586.

⁶ BRASIL. Lei 13.105 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> . Acesso em 20/10/2015



III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão.

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

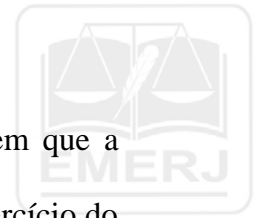
A primeira conjectura de cabimento da reclamação trazida pelo dispositivo legal são nos casos cujo objeto é a preservação de competência do tribunal, ou seja, ocorrer-se-á nos casos em que as partes forem entes federativos, havendo usurpação de competência do STJ ou STF, dependendo da análise no caso concreto.

Outa hipótese interessante capitaneada por Alexandre de Freitas Câmara, explanada em sua obra⁷:

Caso interessante de cabimento de reclamação é aquele em que o juízo de primeiro grau profere decisão de inadmissão de apelação. É que, por força do disposto no art. 1.010, §3º, não é de competência do juízo de primeira instância exercer juízo de admissibilidade de apelação. Tal exame cabe, originariamente, ao tribunal de segundo grau. Assim, decisão do juízo de primeira instância que declare inadmissível a apelação é ato de usurpação de competência do tribunal de segundo grau. Ocorre que tal decisão, de natureza interlocutória, não é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015), motivo pelo qual a reclamação será, na hipótese, a única via processual adequada para impugnar-se aquele ato jurisdicional praticado por órgão desprovido de competência para praticá-lo.

O inciso II do artigo supracitado trata dos casos que a reclamação é usada para garantir a autoridade das decisões do tribunal, ou seja, abrange as hipóteses em que por determinado motivo o tribunal de instância superior promove alguma determinação no processo e por alguma razão o de instância inferior deixa de observar. Assim, para tais sucedidos poder-se-á empregar a reclamação.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 485.



Muito parecido com a hipótese anterior, o inciso III abrange dos casos em que a reclamação é usada para garantir a observância da decisão proferida pelo STF no exercício do controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque, de acordo com o art. 102, §2º da Constituição Federal⁸, as decisões deliberadas pelo STF em sede do controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia erga omnes e vinculante e qualquer decisão em sentido contrário teremos um desrespeito ao assentado, cabendo a reclamação.

Com relação ao inciso IV, não há muitos comentários a fazer, uma vez que ocorreu apenas a mera repetição do que já está disposto pela CF.

Cabe ressaltar que não é possível a utilização do instituto para impugnar decisão judicial transitada em julgado. Nesse sentido já temos a súmula 734 do STF⁹ e também o parágrafo 5º do art. 988 do nCPC¹⁰.

No ato de interposição da reclamação, deve-se verificar o tribunal competente para a sua interposição e também, dentro da estrutura interna do tribunal, qual o órgão competente para reconhecê-la.

Ao julgar procedente o pedido contido na reclamação, o tribunal não reformará a decisão proferida na instância *a quo*, mas determinará a cassação da decisão exorbitante ou uma medida apropriada para a solução da controvérsia.

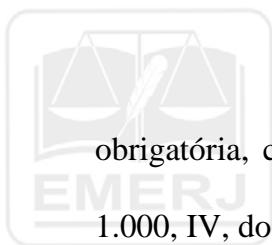
Outra relevante novidade está no §3º do art. 959 do nCPC¹¹, que garante a vinculação de todos os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal ao entendimento firmado no incidente de assunção de competência. Trata-se, portanto, de um precedente de força

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20/10/2015.

⁹ BRASIL. Lei 13.105 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> . Acesso em 20/10/2015.

¹⁰ BRASIL. Lei 13.105 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> . Acesso em 20/10/2015.

¹¹ BRASIL. Lei 13.105 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> . Acesso em 20/10/2015.



obrigatória, cuja inobservância pode ensejar a propositura de reclamação na forma do art. 1.000, IV, do CPC¹².

3. POSSÍVEIS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS QUE PODERÃO SURTIR A PARTIR DO NOVO ESCOPO DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

A partir do diagnóstico do instituto da reclamação no novo CPC, podemos realizar algumas indagações que irão direcionar a presente investigação.

Assim, podemos interpelar que se a reclamação será apreciada diretamente no órgão jurisdicional cuja a autoridade se pretende garantir, há risco de haver uma utilização demasiada do instituto multiplicando o número de reclamações nos Tribunais Superiores, inviabilizando uma prestação jurisdicional ineficaz?

Existe risco de que o sucedâneo da reclamação se converta em verdadeiro recurso *per saltum*, concentrando no STF o controle de todas as decisões judiciais do país proferidas em desconformidade com suas decisões em controle concentrado, suas súmulas e seus precedentes em recursos repetitivos?

Os questionamentos supracitados ganham maior relevância no novo aspecto da conjectura atual, uma vez que o novo CPC amplia essa competência para os tribunais de segunda instância, bem como declara vinculante os precedentes, todavia não estabelece sanções para aqueles que não observam a força vinculante.

É fato notório que o atual sistema processual brasileiro tem que lidar com uma enorme contingência numérica de demandas com um presumível homogeneidade de casos,

¹² BRASIL. Lei 13.105 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> . Acesso em 20/10/2015



por outro lado um reduzido número de funcionários. Todavia não deve-se negligenciar a aplicação dos direitos tais argumentos.

Nesta perspectiva, a nova legislação processual traz inovações através de um sistema determinado de microssistema de litigiosidade repetitiva, no qual vem acompanhado de ideologias que buscam maior efetividade da justiça brasileira. Assim aduz Humberto Teodoro no seu livro¹³:

Agora busca-se promover a estruturação de um novo modelo dogmático para dimensionamento do direito jurisprudencial no Brasil em face de um quadro de alta instabilidade decisória que acabou tornando inviável a promoção do uso adequado dos precedentes, em face da superficialidade da fundamentação dos julgados, da ausência da análise panorâmica dos fundamentos, entre outros déficits de aplicação.

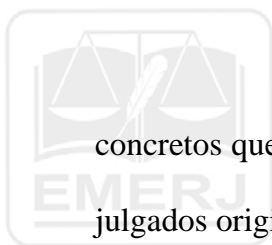
A partir da vigência do novo Código de Processo Civil, os precedentes ganharão maior expressividade, visto que em alguns processos percebe-se uma litigiosidade de massa na qual verifica-se da inicial à sentença uma reprodução mecânica das peças processuais, sem qualquer particularidade.

De tal forma surgiu a premissa da parametricidade que consiste na análise de casos passados ao presente julgamento, ensejando discriminações quanto ao tratamento das singularidades.

Com as inovações verifica-se que o Brasil vem a contra mão dos países do *common law*, visto que nesses são estudadas técnicas para flexibilizar a assídua estabilidade de precedentes, quando aqui, *civil law*, investigam-se técnicas para solidificar, harmonizar a grande variedade de precedentes, visto que a segurança jurídica torna-se frequentemente abalada, produzindo diversos efeitos reflexos.

Outro aspecto que vislumbra-se frequentemente nos nossos tribunais é o uso recorrente de ementas e enunciados de súmulas completamente dissociados dos casos

¹³ THEODORO, Humberto. *O Novo CPC Fundamentos e Sistematização*. 2.ed. São Paulo: Forense, 2015, p 485.



concretos que lhes deu fundamento, de forma tão abstrata e genérica que se desligam de seus julgados originais, podendo até mesmo serem equiparados à leis.

Há uma cultura de jurisprudência defensiva a qual esforça-se para elaborar precedentes afim de criar, desde logo, um parâmetro na resolução de casos, evitando-se maiores demandas futuras.

Neste mesmo sentido, Humberto Theodoro faz a seguinte crítica¹⁴:

Falta aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos “precedentes”. Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento “correto”, deve-se atentar que o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos – entre as hipóteses fáticas-, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo.

Na prática, verifica-se que existe uma grande quantidade de processos nos tribunais e as decisões que, em tese, deveriam ser efetivamente colegiadas, são proferidas, na verdade, pelo juízo monocrático de um relator, sem a efetiva pacificação do entendimento, ou até mesmo, quando a decisão fruto de uma turma na qual os julgadores proferem um “de acordo”, que na verdade são fruto de uma mera análise superficial.

Assim também se posiciona o supracitado autor¹⁵:

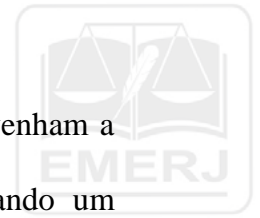
Se a discussão em outros sistemas seria se o Tribunal respeita seus próprios entendimentos (vinculação horizontal) e se respeita os entendimentos dos Tribunais Superiores (vinculação vertical), aqui o desafio é o de perquirir até mesmo se o julgador respeita suas próprias decisões, uma vez que se torna cada vez mais recorrente que encontremos, em curto espaço de tempo, decisões de um mesmo juiz com posicionamentos claramente opostos sobre casos idênticos, sem que ocorra qualquer motivação ou peculiaridade que os distingam.

Diante desse cenário, surge a nova legislação processual que busca viabilizar maior uniformidade ao direito jurisprudencial, visto que vivemos em uma conjuntura multifacetária, com jurisprudências para “todos os gostos”.

É fato que dificilmente um caso apreciado pelo Judiciário será totalmente novo, desagarrado de qualquer outra contingência, todavia questiona-se aqui é a pretensão de

¹⁴ THEODORO, op. cit., p.339.

¹⁵Ibid., p.341.



resolve-se os casos trabalhando-se por amostragem diante do uso de ementas que venham a abarcar todas as situações de vida possíveis. Ademais, os Tribunais vem adotando um posicionamento de enrijecimento do Direito de modo a cessar discussões sobre teses já decididas, o que inviabiliza a renovação de novas visões e padrões decisórios, podendo-se gerar uma mecanização do sistema.

Dessa forma, o Novo Código de Processo Civil, abarcou no art. 926 e seguintes a questão dos precedentes¹⁶:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

A noção de integridade e coerência surge como parte de um ciclo no qual todo o complexo de sua formação deve ser levado em consideração ao serem aplicados em novos casos, de forma que o juiz não deve ser apenas um mero repetidor de ementas e enunciados, mas sim promover uma reconstrução do julgamento do *leading case*, verificando se esse serve como base para o caso em tela e é neste mesmo sentido que o parágrafo segundo do supracitado artigo se posiciona.

Contudo o art. 927 traça indicadores que qualquer súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça deverá ser observada pelos Tribunais inferiores, em paridade ao que já havia de força vinculante, veja-se¹⁷:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

¹⁶ BRASIL. Lei 13.105 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> . Acesso em 20/10/2015

¹⁷ BRASIL. Lei 13.105 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> . Acesso em 20/10/2015



IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Outra indagação mais básica e lógica que chega-se a partir de então é: qual a diferença entre uma súmula do STF ou STJ em face a uma súmula vinculante, uma vez que todas vincularão? A ampliação de competência de um Tribunal não deve ser feita por meio de emenda à Constituição Federal? E o princípio do livre convencimento motivado dos juízes?

Aumento da possibilidade de Reclamação poderia causar um efeito reverso, isso é, o Novo Código de Processo Civil ao tentar buscar uma uniformidade do direito jurisprudencial, diminuição dos números de julgamentos dos tribunais superiores não estaria, na verdade, causando maior congestionamento das vias impugnativas bem como uma estagnação da dinâmica do sistema?

Neste passo, destaca-se a grande inovação trazida legislação processual no art. 988, §1º, no qual cria a possibilidade da reclamação ser ajuizada perante qualquer Tribunal. Portanto, poderá ser ajuizada quando contrariada as decisões tomadas em precedentes repetitivos.

Portanto, ocorreu um espelhamento da atual previsão constitucional para a legislação processual vigente.



Tal inovação gera controvérsia na doutrina. Pedro Lenza, em artigo publicado na internet, critica a modificação do instituto. Observe¹⁸:

Em nosso entender, essas regras de vinculação não poderiam ser introduzidas por legislação infraconstitucional, mas, necessariamente, por emenda constitucional a prever outras hipóteses de decisões com efeito vinculante, além daquelas já previstas na Constituição.

Assim, entende o autor que a inovação ser flagrantemente inconstitucional, já que o art. §3º traz em seu dispositivo que o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, o que, conseqüentemente, poderia afetar diretamente o princípio constitucional da razoável duração do processo, gerando um aumento demasiado das reclamações nos tribunais.

Além disso, deve-se ressaltar o princípio do livre convencimento motivado do juiz, de alguma forma acaba por ser atingido, uma vez que o juiz estará previamente vinculado aos precedentes que serão estabelecidos pela Turma de Uniformização de Jurisprudência, nas hipóteses geradas a partir dos incidentes de resolução de demanda repetitiva.

O presente estudo visa, apenas, a incitar pontos que em um futuro próximo poderão ser melhores aprofundados, uma vez que a doutrina ainda está engatinhando e não há muito material disponível para analisar as indagações. Todavia, todos nós sabemos que é partir de interpelações que o porvir será melhor solucionado.

CONCLUSÃO

O dispositivo em comento buscou viabilizar maior incidência dos princípios da efetividade, celeridade e os princípios constitucionais do processo, o contraditório e a ampla defesa, devido processo legal, isonomia, do livre acesso à justiça, dentre outros.

¹⁸ LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>> . Acesso em 20/10/2015



É fato que, na atualidade, a massificação dos processos ensejou o abarrotamento do Judiciário, sendo é imprescindível que a sistemática do Código de Processo Civil acompanhe a conjuntura atual do Poder Judiciário.

Diante disso, é necessário que a legislação processual tenha instrumentos para abreviar e acelerar o trâmite dos processos, garantindo a segurança jurídica, e trazendo celeridade e eficácia na solução dos litígios.

Além disso, surge um inusitado cenário a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, permeado de dúvidas e incertezas por todos operadores do direito.

Apesar de todas as dúvidas e questionamentos sem qualquer tipo de resposta, escasso tema sobre o assunto e inexistência de qualquer jurisprudência, as expectativas são muitas.

Sabe-se que o início da implementação de um novo processo às vezes é doloroso, ainda mais quando tem-se que arrancar raízes profundas de todos aqueles que usam diariamente no ambiente de trabalho um sistema anacrônico, entretanto já acomodado.

Crê-se que inicialmente o instituto poderá causar um aumento no volume de demandas dos tribunais, mas após a pacificação da jurisprudência, a reclamação será de grande utilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 04 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271852>> . Acesso em 20 out. 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> . Acesso em 20 out. 2015.



CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. 11. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>> . Acesso em 20/10/2015



A APLICAÇÃO DA TEORIA DO MUNICÍPIO PUTATIVO NOS CASOS DOS MUNICÍPIOS CRIADOS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 15/1996 E A INCONSTITUCIONALIDADE DA SOLUÇÃO CONFERIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 57/2008

Daniel Rapozo Jannotti

Graduado em Direito pelo Instituto Superior de Ensino La Salle – UNI LA SALLE.
Advogado.

Resumo: Trata-se de uma análise sobre a Teoria do Município Putativo e sua aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, aos casos dos Municípios criados após a Emenda Constitucional n.15/1996, que tornou mais dificultoso o processo emancipatório local. Aborda-se, também, a solução conferida pela Emenda Constitucional n. 57/2008 aos casos dos Municípios Putativos, que é alvo de severas críticas doutrinárias por violação das teorias da nulidade da norma inconstitucional e da contemporaneidade, adotadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Municipal. Teoria do Município Putativo. Constitucionalidade Superveniente. Emenda Constitucional n. 57/2008. Inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1. Regras de Criação de Municípios após a Emenda Constitucional n. 15/1996. 2. Aplicação da Teoria do Município Putativo pelo STF na análise dos casos dos Municípios criados em desacordo com a nova regra constitucional. 3. Inconstitucionalidade da Solução Conferida pela Emenda Constitucional n. 57/2008. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva discutir as consequências trazidas pela alteração feita pela Emenda Constitucional n. 15/1996, que tornou mais dificultoso o processo emancipatório dos municípios, e as soluções encontradas pela doutrina, jurisprudência, e pelo poder legislativo para o deslinde dos casos dos Municípios criados em desacordo com a referida norma, bem como a Inconstitucionalidade da solução conferida pela Emenda Constitucional n. 57/2008.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da temática da criação de municípios em inobservância das regras constitucionais, as soluções conferidas pelo Supremo Tribunal Federal aos casos que lhe foram entregues para julgamento,



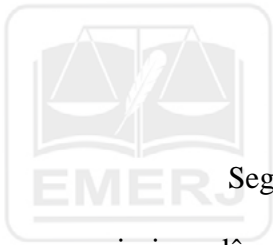
e a questionável solução final dada pelo Congresso Nacional com a edição da Emenda Constitucional n. 57/2008.

O modelo federativo brasileiro, ao constituir os Municípios como entidades estatais que compõem a Federação brasileira, proporcionou ampla valorização dos entes municipais ao outorgar-lhes diversas capacidades, tais como a de auto-organização, autogoverno, normatividade própria e autoadministração, como se extrai dos artigos 18, 29 e 30 da Constituição da República. Por esse motivo, a intensa criação de municípios é um fenômeno muito presente no Brasil.

Porém, com a criação descontrolada de novos municípios, presenciou-se uma crescente fragmentação territorial da federação em unidades municipais de pequena escala, que não possuíam uma estrutura básica mínima que sustentasse seu pleno funcionamento e sobrevivência autônoma, o que motivou o constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional n. 15/1996, a passar a impor restrições à criação de novos municípios com o fim de tornar o processo emancipatório mais dificultoso.

Contudo, muitos municípios foram criados sem a observância das novas regras constitucionais emancipatórias, o que passou a ser objeto de questionamentos de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que se viu obrigado a confrontar a aplicação da Teoria da Nulidade em controle de constitucionalidade com a existência de posições jurídicas já consolidadas na sociedade, na realidade, em virtude de uma decisão política de caráter institucional.

Para enfrentar o tema proposto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando as regras de criação de municípios após a Emenda Constitucional n. 15/1996, abordando as novas restrições impostas ao surgimento de novos entes municipais que tornaram, em teoria, inviável o processo emancipatório, mas que não evitaram, na prática, o afloramento de novos entes federativos locais.



Segue-se abordando, no segundo capítulo, os enfoques dados pela doutrina e jurisprudência sobre o que seria a Teoria do Município Putativo, bem como a aplicação dessa teoria, pelo Supremo Tribunal Federal, na análise dos casos dos Municípios criados em desacordo com a nova regra constitucional, destacando a aproximação, por esse tribunal, à Teoria da Força Normativa da Constituição, de Konrad Hesse, e o afastamento da aplicação inflexível da Teoria da Nulidade, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

O terceiro capítulo destina-se a discutir a solução dada ao caso dos Municípios Putativos pelo Congresso Nacional que, ao editar a Emenda Constitucional n. 57/2008, acrescentando o art. 96 ao ADCT, recebeu duras críticas doutrinárias, pois, buscando convalidar o vício formal de todas as leis estaduais que criaram Municípios sem a observância dos preceitos constitucionais, atuou de maneira ilegítima e inconstitucional ao formular hipótese de constitucionalidade superveniente, técnica essa que não é admitida pelo Direito brasileiro.

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

1 – REGRAS DE CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 15/1996

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu texto original, conforme redação de seu artigo 18, § 4^o, dispunha que “a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas”.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.



É possível notar que a referida redação do dispositivo constitucional adveio de uma tendência de descentralização política, também conhecida como “onda emancipacionista”, ocorrida pós governo militar centralizador, em que se buscou flexibilizar as regras para criação de novos municípios, de modo que cabia aos Estados-membros, por meio de lei complementar estadual, fixar os requisitos mínimos para a criação das municipalidades, sem prejuízo das demais exigências constitucionais. Dessa forma, a União Federal, na redação original do dispositivo supracitado, ficou à margem do processo de criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios no Brasil.

Porém, como consequência de tal flexibilização normativa, de acordo com os dados do IPEA², no período compreendido entre 1984 e 1997 foram instalados 1.405 novos municípios no Brasil, dos quais 94,5% com menos de 20 mil habitantes, muitos sem qualquer perspectiva de viabilidade socioeconômica, o que ocasionou a fragmentação territorial da federação em unidades municipais de pequena escala, que não possuíam uma estrutura básica mínima que sustentasse seu pleno funcionamento e sobrevivência autônoma.

Como bem denota Ives Gandra da Silva Martins³, “foram criados inúmeros municípios sem condições de se sustentarem, pois bastava, para criá-los, lei estadual após plebiscito das populações locais, segundo regime definido por lei complementar estadual”.

A crescente proliferação de pequenos e micromunicípios passou a causar a pulverização dos recursos repassados para esses novos entes, que passaram a ser utilizados, basicamente, no pagamento de despesa com pessoal e custos administrativos, restando ínfimas disponibilidades para aplicação em programas sociais e de interesse público, e para o

² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Descentralização Política, Federalismo Fiscal e Criação de Municípios: O que é Mau para o Econômico nem sempre é Bom para o Social*. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4133>. Acesso em: 20 jul. 2015.

³ MARTINS apud ZAHER, Hugo. *O processo de criação de municípios e a nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma interpretação constitucional à luz do princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hugo_zaher.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2015.



financiamento de investimentos. Assim, houve o surgimento de diversos municípios sem receita tributária suficiente para manterem sua máquina administrativa e promoverem melhorias sociais.

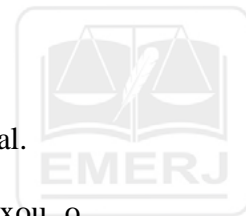
Diante de tal cenário que levava à degradação da federação, o constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional n. 15/1996, alterou a norma supracitada e os requisitos acima aventados, e passou a impor restrições à criação de novos municípios com o fim de tornar o processo emancipatório mais dificultoso.

Assim, o artigo 18, §4º, da CRFB/88⁴, após sua alteração pela referida emenda constitucional, passou a dispor que “a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”.

Da nova norma, depreende-se que a criação de novos entes municipais passa a depender não apenas de edição de lei estadual e de consulta prévia às populações diretamente interessadas dos Municípios envolvidos, como se limitava a exigir o antigo regramento, mas também de outros dois novos elementos condicionantes, quais sejam, a divulgação de Estudo de Viabilidade Municipal prévio à realização do plebiscito, apresentado e publicado na forma da lei, e a existência de Lei Complementar Federal que estabeleça o período em que o ato normativo estadual possa ser editado para criar, incorporar, fundir ou desmembrar o Município.

Em que pese a atual redação do artigo 18, § 4º, da CRB/88, ter mantido sua eficácia limitada, uma vez que a norma não tem o condão de produzir todos os seus efeitos, mantendo-se a dependência de edição de lei integrativa infraconstitucional, houve a alteração da competência para a elaboração da lei complementar, que antes competia aos Estados-membros,

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.



e atualmente passa a caber à União Federal, por intermédio de Lei Complementar Federal.

Convém ressaltar que o STF, na ADI 2.381/RS e na ADI 2.395/DF, fixou o entendimento pela constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 15/1996, não havendo que se falar em ofensa ao princípio federativo, protegido pela cláusula pétrea do art. 60, §4º, inciso I, da Constituição, a alteração do dispositivo constitucional com o escopo de frear a crescente proliferação de novos municípios.

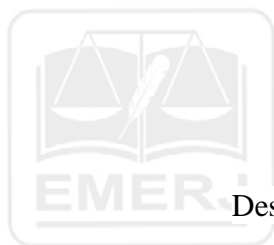
Contudo, a referida Lei Complementar Federal, exigida pela nova redação do artigo 18, § 4º, da CRB/88, nunca foi editada pelo Congresso Nacional, motivo pelo qual o dispositivo constitucional que autoriza a criação de municípios, por ser norma de eficácia limitada, fica sem possibilidade de aplicação até que tal lei complementar seja aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Executivo, o que inviabiliza a criação de novos Municípios.

Importante destacar que o Congresso Nacional já aprovou diversos projetos de lei complementar, como o P.L.S. 98/2002, P.L.P. 41/2003, P.L.S. 96/2008 e o P.L.S. 104/2014, que tratavam da regulamentação necessária para tornar eficaz a norma constitucional, suprimindo a lacuna de regulamentação. Porém, todos os projetos foram vetados integralmente pela Chefia do Executivo, na pessoa do Presidente da República, sob fundamentações políticas de contrariedade ao interesse público, e de problemáticas relacionadas ao controle de gastos públicos e responsabilidade fiscal na federação, uma vez que haveria aumento de despesas com as novas estruturas municipais sem que houvesse a correspondente geração de novas receitas.

Sobre o tema, vale destacar as razões de veto ao P.L.S. 98/2002, exaradas através da Mensagem nº 47/2013⁵:

A medida permitirá a expansão expressiva do número de municípios no País, resultando em aumento de despesas com a manutenção de sua estrutura administrativa e representativa. Além disso, esse crescimento de despesas não será acompanhado por receitas equivalentes, o que impactará negativamente a sustentabilidade fiscal e a estabilidade macroeconômica. Por fim, haverá maior pulverização na repartição dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, o que prejudicará principalmente os municípios menores e com maiores dificuldades financeiras.

⁵ BRASIL. Mensagem de Veto Total nº 47, de 12 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141401&tp=1>>. Acesso em: 05 abr. 2015.



Destaque-se, igualmente, os fundamentos do veto ao P.L.P. 41/2003, exarados na Mensagem nº 289/2003⁶:

[...] Assim o que se deseja é que a Lei Complementar Federal, no interesse da Federação, defina o período e os critérios mínimos reclamados pelo dispositivo constitucional conforme o magistério da nossa Corte Suprema. Não nos parece suficiente, nesse ponto, a necessária observância pelos demais entes federativos, por simetria, dos princípios constitucionais maiores. A criação de municípios diz respeito à dimensão populacional e territorial e à sustentabilidade financeira das novas unidades, entre outros critérios. Se não é adequado que se mantenha congelado o processo de criação de municípios, também não é salutar que se prive a Federação de regramentos mínimos que devem orientar tal processo de criação.

Por consequência de tais fatos, o Supremo Tribunal Federal passou a consolidar o entendimento pela atual inviabilidade de criação de novos Municípios, como, também, pela impossibilidade de fusão de municípios já existentes, de desmembramento de área de município para se anexar a outro ou, ainda, de incorporação de município a outro, enquanto não for promulgada a lei complementar federal regulamentadora da matéria, conforme exige o art. 18, §4º, da CRFB/88. Fixou-se o entendimento de que toda lei estadual que criar Município, sem a existência da lei complementar federal regulamentadora, estará eivada de inconstitucionalidade, por violação a pressupostos objetivos do ato.

Assim, vale destacar a crítica feita por Hugo Zaher⁷, segundo o qual a alteração do dispositivo constitucional que tinha a intenção de ser um instrumento de contenção da criação de Municípios insustentáveis, tornou-se uma providência dilatória, já que desde 1996, até o presente momento, a lei complementar federal que definiria o período em que os Municípios seriam criados ainda não foi editada.

No mesmo diapasão, manifestou-se o Ex-Ministro Eros Grau, em seu voto como relator da ADI 3.316/MT⁸, segundo o qual a omissão do Congresso Nacional em editar a

⁶ BRASIL. Mensagem de Veto Total nº 289, de 30 de junho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/VETO_TOTAL/2003/Mv289-03.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.

⁷ ZAHER, Hugo. *O processo de criação de municípios e a nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma interpretação constitucional à luz do princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hugo_zaher.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2015.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.316. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>>. Acesso em 06 abr. 2015.



referida lei complementar estaria inviabilizando algo que a Constituição autoriza: a criação de Municípios. Por esse motivo, entende que a não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável constância autêntica violação da ordem constitucional.

Porém, a modificação constitucional trazida pela Emenda Constitucional n. 15/1996, e a ausência da lei complementar federal, não impediram que os Estados-membros editassem normas gerais, definindo critérios, condições e procedimentos para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios. Assim, mesmo sem o devido amparo legal, inúmeros municípios foram efetivamente criados no Brasil, e assumiram existência de fato, o que passou a ser alvo de questionamentos de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

2 – APLICAÇÃO DA TEORIA DO MUNICÍPIO PUTATIVO PELO STF NA ANÁLISE DOS CASOS DOS MUNICÍPIOS CRIADOS EM DESACORDO COM A NOVA REGRA CONSTITUCIONAL

Conforme anteriormente dito, e igualmente ressaltado por Nathalia Masson⁹, o fato de não ter sido editada a lei complementar federal exigida pelo novo dispositivo constitucional não foi obstáculo para que alguns Estados-membros aprovassem leis estaduais instituindo novos Municípios após a Emenda Constitucional n. 15/1996. Referidas entidades, que foram denominadas como Municípios Putativos, existiram de fato, mas juridicamente eram inconstitucionais, por evidente contradição às exigências do art. 18, §4º, da CRFB/88.

Assim, no julgamento da ADI 2.240/BA, que cuidava de aferir a (in)constitucionalidade da Lei n. 7.619/2000 do Estado da Bahia, que criara o Município de Luís Eduardo Magalhães ao arrepio dos pressupostos estabelecidos pela Emenda Constitucional n. 15/1996, o Supremo Tribunal Federal, em decisão emblemática, julgou procedente a ação

⁹ MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 515.



direta, declarando a inconstitucionalidade da lei estadual, uma vez que a referida criação do novo Município violara a regra do art. 18, §4º, da CRFB/88, em diversos pontos, dentre eles, pela inexistência de lei complementar federal prevista no referido texto constitucional, a qual competiria definir o período em que os municípios poderiam ser instituídos, ou seja, a criação do município ocorrera quando ainda pendente a lei complementar federal mencionada no texto constitucional.

Porém, cumpre destacar que, apesar de ter sido julgada procedente a ADI, a Corte decidiu, por maioria, não pronunciar a nulidade do ato impugnado e manter sua vigência por 24 meses, com fundamento no artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, para que houvesse readequação às exigências constitucionais e legais, e resguardando as inúmeras relações jurídicas já estabelecidas sob a égide das ordens jurídicas municipais. Tal decisão inspirou-se na técnica alemã da “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade”, que é fruto da ponderação entre, de um lado, o princípio da nulidade da lei inconstitucional, e, de outro, o princípio da segurança jurídica e excepcional interesse social.

De acordo com o relator do processo, Ministro Eros Grau¹⁰, em primeiro lugar, considerou-se que era anormal a situação existente no momento da criação do citado município, haja vista a *inertia deliberandi* e o estado de mora do Congresso Nacional, reconhecidos no julgamento da ADO 3.682 e do MI nº 725/2007, ao não editar a lei complementar federal dentro de prazo razoável. Ademais, ao se ponderar aparente conflito de inconstitucionalidades, quais sejam, ofensas ao § 4º do art. 18 da CRFB/1988 ou ao princípio federativo, mostrou-se imperioso reconhecer a existência válida do Município, com base na Teoria do Município Putativo, para afastar a ofensa à federação. Isso porque o Município em questão fora efetivamente criado a partir de uma decisão política, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia há mais de seis anos, e que esta realidade não poderia ser

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.240. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 06 abr. 2015.



ignorada, em atenção à força normativa dos fatos, de modo que a reversão ao *status quo ante* causaria mais danos à Constituição do que sua manutenção. Considerou-se, assim, que esse ente assumira existência e, desta, resultaram efeitos jurídicos, que devem ser preservados em atenção aos princípios da segurança jurídica e da continuidade do Estado.

Note-se que, conforme destacam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet¹¹, além da Teoria do Município Putativo, foi invocado o princípio da continuidade do Estado, e levou-se em conta que o Tribunal, no MI 725/2007 e na ADO 3.682, ao reconhecer o estado de mora do Congresso Nacional, fixou o parâmetro temporal razoável de 18 (dezoito) meses para que este adotasse as providências legislativas necessárias para a edição da lei complementar federal referida pelo § 4º do art. 18 da Constituição.

De igual forma, de acordo com esquematização elaborada por Pedro Lenza¹², em tal julgado, destaca-se a consagração de diversos princípios, dentre eles o do Município Putativo, da Reserva do Impossível, da Continuidade do Estado, da Segurança Jurídica, e da Força Normativa dos Fatos.

Tal técnica de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade também foi adotada nas decisões da ADI 3.316/MT, contra a Lei n. 6.983/98, do Estado do Mato Grosso, que criara o Município de Santo Antônio do Leste; na ADI 3.489/SC, contra a Lei 12.924/2002, do Estado de Santa Catarina, que determinara o desmembramento do Município de Campos Novos; e na ADI 3.689/PA, contra a Lei n. 6.066/97 do Estado do Pará, que determinara o desmembramento do Município de Água Azul do Norte, mantendo, igualmente, a vigência das referidas leis estaduais por 24 meses.

Assim, em tais decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a criação irregular de municípios, inaugurou-se a utilização da Teoria do Município Putativo, para se referir à situação

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 834.

¹² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-340.



na qual um ente, mesmo tendo sido criado por ato nulo, por este ter produzido efeitos como uma situação excepcional socialmente consolidada, e ter traduzido uma decisão política de caráter institucional, deverá manter sua existência incólume, como se tivesse sido criado por uma norma em perfeita constitucionalidade, para que não haja violação aos princípios da continuidade do Estado, segurança jurídica, confiança, força normativa dos fatos, e ao princípio federativo.

Conforme leciona Ravênia Márcia de Oliveira Leite¹³, a utilização da terminologia Município Putativo, para reportar-se a tais municípios criados em afronta às normas constitucionais, foi uma criação daquela Corte, em analogia ao casamento putativo e às sociedades de fato. Isso porque a putatividade se refere às situações excepcionalmente consolidadas, que devem continuar a existir e repercutir seus efeitos jurídicos.

Nesse ponto, aplicam-se os ensinamentos de Pontes de Miranda¹⁴, segundo o qual a putatividade impede a incidência dos efeitos da anulação, pela conferência fictícia de validade à situação excepcional, que suprime o impedimento em tese existente e faz desaparecer o vício ou causa anulatória. Assim, conforme destacado na ADI 2.240/BA¹⁵, nos casos dos Municípios Putativos, há uma conferência fictícia de validade à sua criação, como um obstáculo à incidência dos efeitos da inconstitucionalidade da lei que a operou, ou seja, conforme lição de Pontes de Miranda, a ficção suprime o impedimento e faz desaparecer o vício.

Postas essas premissas, é oportuno salientar que tais Municípios foram efetivamente criados, e passaram a existir, de fato, e agir como entes federativos dotados de autonomia municipal, com poderes executivo e legislativo em funcionamento, a partir de decisões políticas de caráter institucional. Em seus territórios foram exercidos atos próprios aos entes federativos

¹³ LEITE, Ravênia. *A criação de municípios e a jurisprudência do STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-10/stf-criacao-municipio-luis-eduardo-magalhaes-bahia#author>>. Acesso em 15 jul. 2011.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1947, p. 384.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.240. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 06 abr. 2015.



autônomos, dentre eles a edição de lei orgânica, a sanção de inúmeras leis municipais sobre assuntos de interesse local, administração e gestão de negócios públicos, eleições de prefeito, vice-prefeito e vereadores, realizadas pela justiça eleitoral, instituição e arrecadação de tributos de sua competência, prestação de serviços públicos, exercício do poder de polícia, dentre outros. Ademais, os próprios cidadãos, em boa-fé, domiciliados no município, supõem seja juridicamente regular a autonomia política deste.

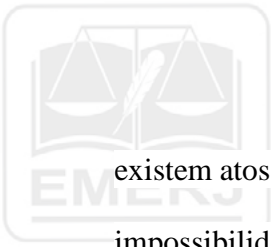
Essa realidade, conforme foi ressaltado pelos Ministros do STF nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade anteriormente citadas, não pode ser ignorada, sendo impossível que se empregue efeitos retroativos para anular essa existência, sem agressão à autonomia de tais entes, e, consecutivamente, ao princípio federativo. Assim, haveria toda uma situação excepcional consolidada, não prevista pelo direito positivo, que não poderia ser ignorada em virtude da força normativa dos fatos, e que é protegida pela Teoria do Município Putativo.

Portanto, a situação de exceção consolidada, embora não jurídica, não poderia ser desconsiderada. Conforme manifestado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.689/PA¹⁶, “a exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15/1996, deve-se à ausência de lei complementar federal”.

Ainda, contribui como fundamento para a Teoria do Município Putativo a ideia da reserva do impossível, que, conforme observa Victor Galeno Rodrigues Lima¹⁷, não pode ser confundida com o princípio da reserva do possível, instituto do Direito Financeiro, que traduz a ideia de que a atuação estatal está condicionada à existência de recursos públicos disponíveis. De acordo com o princípio da reserva do impossível, em algumas situações excepcionais,

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.689. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469708>>. Acesso em 15 abr. 2015.

¹⁷ LIMA, Victor Galeno Rodrigues. *A formação de Municípios e a reserva do impossível*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11181/a-formacao-de-municipios-e-a-reserva-do-impossivel>>. Acesso em 20 jul. 2015.



existem atos que, ainda que formalmente estejam maculados de inconstitucionalidade, por uma impossibilidade fática, não devem ter a nulidade pronunciada. Assim, a anulação da situação fática decorrente de decisão política, de caráter institucional, que resultou a criação do Município, com a respectiva cassação da realidade política local, ocasionaria agressão à estrutura federativa, ao princípio federativo, por supressão da autonomia deste novo ente político.

Também prosperam em benefício da preservação dos Municípios Putativos os princípios da segurança jurídica, da continuidade do Estado e da força normativa dos fatos, este último trazido de Jellinek, que traduz a ideia de que na vida do Estado as relações reais e fáticas precedem a existência das normas em função delas produzidas.

Em virtude dessas considerações, segundo a Teoria do Município Putativo, ainda que se reconheça a inconstitucionalidade das leis estaduais que, com ofensa à constituição, criaram municípios, não se deve declarar a nulidade de tais leis, reconhecendo referidos Municípios como entes federativos válidos, dotados de autonomia municipal, em função da situação de fato que se criou.

Porém, vale destacar que, conforme explica o Min. Gilmar Mendes¹⁸, o princípio da nulidade continua a ser a regra, e o afastamento de sua incidência dependerá de um juízo de ponderação baseado no princípio da proporcionalidade, de modo que prevaleça a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, a não aplicação do princípio da nulidade não poderá se basear apenas em razões políticas, mas em fundamentos constitucionais próprios.

3 – INCONSTITUCIONALIDADE DA SOLUÇÃO CONFERIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 57/2008

¹⁸ MENDES apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 341.



Conforme anteriormente citado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade que tratavam dos casos dos Municípios que foram criados ao arrepio das novas regras constitucionais emancipatórias fixadas pela Emenda Constitucional n. 15/1996, fixou o prazo de 24 meses em que se admitiria a existência de tais entes putativos, até que o Congresso estabelecesse a nova regra. Tal decisão, justificada em função do princípio da segurança jurídica, da reserva do impossível e da força normativa dos fatos, e com base na Teoria do Município Putativo, também levou em consideração o julgamento do MI nº 725/2007 e da ADO 3.682, nos quais se reconheceu a *inertia deliberandi* do Congresso Nacional, e determinou que este adotasse as providências legislativas necessárias para a edição da aguardada lei complementar federal exigida pelo art. 18, §4º, da CRFB/88 no prazo de 18 meses.

Nessas decisões a respeito da omissão legislativa do Congresso Nacional, além de fixar o prazo para edição do ato normativo, o Supremo Tribunal Federal também fez a exigência, a ser cumprida pela futura legislação, de que fosse reconhecida, com caráter retroativo, a existência e regulamentada a situação dos municípios criados de modo irregular no período em que o Congresso permaneceu omissos. Neste ponto, cabe transcrever trecho do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, na ADO 3.682/MT¹⁹:

[...] voto no sentido de declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI ns. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.

Assim, caso fossem seguidos os prazos fixados pela Corte Constitucional, após a

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 3.682. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em 15 mai. 2015.



elaboração da lei complementar federal, cada ente municipal abrangido nas decisões teria o prazo de, no mínimo, 6 meses para corrigir os vícios em sua criação, e, se nada fizessem, findo o prazo de 24 meses, o Município desapareceria.

Ocorre que, como ressalta Barroso²⁰, apesar de o Tribunal, em decisão inovadora, ter estabelecido um prazo para a atuação do Congresso Nacional, fez-se a ressalva de que tal prazo se tratava mais de um parâmetro a indicar o lapso de tempo que a Corte entendia razoável para suprir a omissão, e não de uma imposição para a atuação legislativa do Congresso Nacional, não se estabelecendo consequências para o caso de eventual descumprimento.

Assim, como a comunicação ao Poder Legislativo não era dotada de caráter coercitivo, em respeito ao princípio da separação de Poderes, e possuía apenas uma valia essencialmente política, não foram obedecidas as determinações do Supremo Tribunal Federal e a lei complementar federal não foi produzida no interregno designado nas decisões desta Corte.

Porém, observando que, caso não fosse solucionada a situação dos Municípios Putativos até o prazo de 24 meses definido pelo STF, tais entes desapareceriam, o Congresso Nacional, em evidente manobra política, e como forma de resolver tal impasse, promulgou a Emenda Constitucional n. 57/2008, que acrescentou ao ADCT o art. 96²¹, com a seguinte redação: “ Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”. Assim, tal emenda constitucional, que buscou realizar uma contextualização jurídica de uma situação de fato, cumpriu parcialmente a decisão do STF, ao resguardar a existência dos Municípios Putativos, convalidando o vício formal das leis estaduais que criaram tais entes ao arripio da Constituição.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 294.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.



De acordo com Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet²², a Emenda abriu exceção, com efeito retroativo, às normas constitucionais sobre criação de municípios, isentando do vício de nulidade, por não haverem atendido a todos os requisitos constitucionais, previstos no art. 18, §4º, da CRFB, os atos de criação dessas entidades políticas.

Por este motivo, tal iniciativa legislativa do poder constituinte derivado reformador foi considerada, por muitos doutrinadores, uma ilegítima forma de constitucionalização de uma lei que nascera inconstitucional, uma vez que o STF adota a teoria da nulidade da norma inconstitucional e a teoria da contemporaneidade, motivo pelo qual no ordenamento jurídico brasileiro não se admite o fenômeno da constitucionalidade superveniente, conforme entendimento que fora fixado no julgamento da ADI 2.158 e da ADI 2.189.

Preleciona o princípio da contemporaneidade que deverá ser aferida a constitucionalidade da lei tendo como paradigma de confronto a Constituição da época em que aquela foi editada. Em decorrência disso, não é possível que uma norma nasça com vício congênito de inconstitucionalidade, para, posteriormente, sofrer um processo de constitucionalização em virtude da edição de uma emenda constitucional superveniente, já que a inconstitucionalidade originária é um vício insanável, que não pode ser corrigido pela recepção de nova norma constitucional.

Ademais, cabe registrar que, conforme lição de Paulo Gustavo Gonet²³, uma lei, para ser recepcionada pela nova norma constitucional, deve, antes, apresentar compatibilidade material e formal com a norma constitucional sob cuja regência ela foi promulgada, já que a inconstitucionalidade gera nulidade absoluta, desde quando editada, pouco importando a compatibilidade material com a nova Constituição, que não revigora diplomas nulos. Em igual

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 834.

²³ *Ibid.*, p. 113.



sentido leciona Ives Gandra Martins²⁴, segundo o qual “texto inconstitucional não pode ser recepcionado pela nova ordem, mesmo que esta não considere inconstitucional o que a ordem pretérita assim considerava”.

Desta forma, seguindo a teoria da contemporaneidade, adotada pelo STF, a inconstitucionalidade de uma norma, ao tempo de sua edição, nunca irá convalescer, nem mesmo pela alteração do paradigma constitucional por emenda à constituição, devendo a lei maculada de inconstitucionalidade originária ser nulificada em face da regra da Constituição que vigorara à época de sua edição.

Assim, cabe destacar a crítica feita por Pedro Lenza²⁵, que considera ser “bastante complicado aceitar que Municípios que foram criados, alguns até, por exemplo, sem o plebiscito adequado, sem um rigoroso estudo de viabilidade, sejam convalidados por emenda constitucional em um gritante e imoral mecanismo de constitucionalidade superveniente”. O autor continua sua crítica, argumentando que a Emenda Constitucional n. 57/2008 contrariou a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reclamava a elaboração de lei complementar federal descrita no art. 18, §4º, da CRFB, prevendo o período em que os municípios poderiam ser instituídos, e que esta também garantisse a oportunidade para que os Municípios Putativos corrigissem os vícios em sua criação. Por esse motivo é que a Corte fixou prazos distintos na modulação dos efeitos, quais sejam, 18 meses para edição da lei complementar e 24 meses de sobrevida para os Municípios Putativos.

Igualmente relevante é a análise feita por Constança Sales Carneiro:²⁶

A edição desse ato é de manifesta inconstitucionalidade por burlar regras constitucionais vigentes, excepcionando, sem relevante motivação, os requisitos para a criação de Municípios, sem alterar ou revogar a exigência de Lei Complementar Federal prevista no art. 18, §4º, da Constituição. Se havia regra expressa na Constituição estabelecendo etapas de criação desses entes federativos, não poderia o Legislativo ignorar tal procedimento.

²⁴ MARTINS apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 113.

²⁵ LENZA, op. cit., p. 397.

²⁶ CARNEIRO, Constança Sales Varela de Oliveira Martins Carneiro. *Limites do poder constituinte derivado reformador e a Emenda Constitucional nº 57/2008*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17197>>. Acesso em: 3 set. 2015.



Isso é admitir que Emendas Constitucionais tenham, a partir de agora, o poder de transformar leis inconstitucionais em constitucionais, o que é flagrantemente ilegítimo e assustador, diante de um Estado Democrático de Direito.

(...)

Com efeito, o Constituinte Reformador não tem poderes para validar uma situação de inconstitucionalidade através de Emenda Constitucional. (...) Verifica-se que o Congresso Nacional realizou verdadeira manobra para "constitucionalizar" estados de inconstitucionalidade gerados por leis estaduais que criaram os Municípios indevidamente, ato que deve ser repudiado diante da ordem constitucional vigente.

Convém notar, outrossim, que Uadi Lammêgo Bulos²⁷ analisa a inconstitucionalidade da referida emenda sob outro aspecto, ao afirmar que “em vez de editar a lei complementar federal, a EC n. 57/2008, num único dispositivo, convalidou o estado de inércia legislativa, algo que, formalmente falando, não poderia ser feito, porque não é dado a emendas constitucionais a atribuição de invadirem o campo reservado às leis complementares”. Assim, na visão do autor, se a constituição prevê uma reserva de lei complementar, do ponto de vista técnica, não pode tal exigência ser preenchida por nenhuma outra espécie normativa, inclusive emenda à Constituição.

Ademais, conforme destaca Rodrigo Padilha²⁸, mesmo com a edição da EC n. 57/2008, persiste a inconstitucionalidade por omissão, uma vez que ainda não foi editada a lei complementar federal exigida pela norma constitucional de eficácia limitada do art. 18, §4º, da CRFB. Por este motivo, toda criação de Município feita após o advento da referida emenda constitucional será nula, pois, sem a existência da lei complementar federal regulamentadora, estará eivada de inconstitucionalidade a criação do ente municipal, por violação a pressupostos objetivos do ato. Este raciocínio foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.992.

Portanto, não obstante a Emenda Constitucional n. 57/2008 ter impedido a extinção de 56 municípios que se encontravam em situação de putatividade, validando as leis estaduais de criação antes declaradas inconstitucionais pelo STF, tal ato legislativo se reveste de

²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 965.

²⁸ PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2011, p. 284-285.



inconstitucionalidade chapada, por desrespeitar a decisão do STF na ADO 3.682, já que não supriu a omissão legislativa, e os princípios constitucionais da nulidade do ato inconstitucional e da contemporaneidade, ao atribuir validade a atos com inconstitucionalidade já reconhecida pela Corte Suprema, o que também afronta o princípio da separação dos poderes.

Em virtude dessas considerações, mesmo com o advento da Emenda Constitucional n. 57/2008, posterior à formação dos Municípios Putativos, que passaria a dar sustentáculo à existência destes, não se pode aceitar a convalidação do vício de inconstitucionalidade da legislação que criou tais entes, já que não se admite o fenômeno da constitucionalidade superveniente ou convalidação do ato inconstitucional.

Assim, infere-se que a solução adequada para o caso dos Municípios Putativos, seria a edição da lei complementar em comento, dispondo sobre o período em que os novos municípios poderiam ser instituídos por lei estadual, e garantindo a oportunidade para que os Municípios Putativos corrigissem, com efeito retroativo, os vícios em sua criação.

Por fim, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal não se pronunciou sobre a (in)constitucionalidade da solução conferida pela Emenda Constitucional n. 57/2008. Contudo, de acordo com Nathalia Masson²⁹, apesar de a Corte sempre ter descartado qualquer tentativa de constitucionalização superveniente, em relação a esta convalidação em especial, por ter se dado em cumprimento ao disposto na ADO 3.682, é possível que o STF, caso seja instado a se manifestar sobre o assunto, considere compatível com a Carta constitucional a manifestação do poder constituinte derivado reformador, admitindo inédita possibilidade do fenômeno da constitucionalidade superveniente.

CONCLUSÃO

²⁹ MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 516.

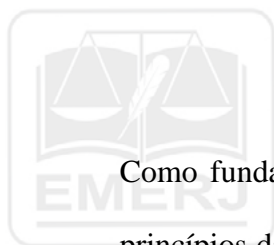


A Emenda Constitucional n. 15/1996, ao tentar conter a criação descontrolada de novos municípios, tornando mais dificultoso o processo emancipatório local, passou a exigir a existência de Lei Complementar Federal que estabeleça o período em que o ato normativo estadual possa ser editado para criar, incorporar, fundir ou desmembrar entes municipais. Contudo, até o presente momento, a referida lei complementar não foi editada, o que inviabiliza a aplicabilidade da norma de eficácia limitada do artigo 18, § 4º, da CRB/88, e traduz verdadeira providência dilatória, violadora da ordem constitucional, por inviabilizar algo que a Constituição autoriza: a criação de Municípios.

Porém, mesmo com a modificação constitucional trazida pela Emenda Constitucional n. 15/1996, e a ausência da lei complementar federal, não se impediu a criação efetiva de inúmeros municípios no Brasil, que assumiram existência de fato, o que passou a ser objeto de questionamentos de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que se viu obrigado a confrontar a aplicação da Teoria da Nulidade em controle de constitucionalidade com a existência de posições jurídicas já consolidadas na sociedade, na realidade, em virtude de uma decisão política de caráter institucional.

A solução para os casos dos Municípios Putativos, que, apesar de existirem de fato, eram juridicamente inconstitucionais, já que foram criados em contradição às exigências do art. 18, §4º, da CRFB/88, foi dada por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, conjuntamente com a aprovação, pelo Congresso Nacional, de uma emenda constitucional.

O STF declarou a inconstitucionalidade da criação de tais municípios, sem, contudo, pronunciar a nulidade do ato impugnado, mantendo sua vigência por 24 meses. Tal decisão inspirou-se na técnica alemã da “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade”, que é fruto da ponderação entre, de um lado, o princípio da nulidade da lei inconstitucional, e, de outro, o princípio da segurança jurídica e excepcional interesse social.



Como fundamento da decisão, a Corte invocou, além da Teoria do Município Putativo, os princípios da Continuidade do Estado, da Reserva do Impossível, da Segurança Jurídica, e da Força Normativa dos Fatos, o que possibilitou o reconhecimento de tais Municípios como entes federativos válidos, dotados de autonomia municipal, em função da situação de fato criada.

Por sua vez, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 57/2008, que acrescentou ao ADCT o art. 96, convalidando a existência dos Municípios cuja lei de criação tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, e isentando-os do vício da nulidade. Tal ato normativo, que buscou realizar uma contextualização jurídica de uma situação de fato, é alvo de críticas por traduzir uma ilegítima forma de constitucionalização de uma lei que nascera inconstitucional, prática vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, que, ao adotar a teoria da nulidade da norma inconstitucional e a teoria da contemporaneidade, não admite o fenômeno da constitucionalidade superveniente.

Conforme defendido no presente artigo, a solução legislativa adequada seria a edição da lei complementar constitucionalmente prevista, dispondo sobre o período em que os novos municípios poderiam ser instituídos por lei estadual, e garantindo a oportunidade para que os Municípios Putativos corrigissem, com efeito retroativo, os vícios em sua criação.

Pela ausência de tal normatividade, persiste a inconstitucionalidade por omissão por falta da lei complementar integrativa da norma constitucional de eficácia limitada do art. 18, §4º, da CRFB/88. Por este motivo, será eivada de inconstitucionalidade a criação de municípios após a data fixada no art. 96 do ADCT, por ausência da norma federal regulamentadora.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr.



2015.

_____. Mensagem de Veto Total nº 47, de 12 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141401&tp=1>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

_____. Mensagem de Veto Total nº 289, de 30 de junho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/VETO_TOTAL/2003/Mv289-03.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.240. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 06 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.689. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469708>>. Acesso em 15 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.316. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>>. Acesso em 06 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADO 3.682. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em 15 mai. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNEIRO, Constança Sales Varela de Oliveira Martins Carneiro. *Limites do poder constituinte derivado reformador e a Emenda Constitucional nº 57/2008*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17197>>. Acesso em: 3 set. 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Descentralização Política, Federalismo Fiscal e Criação de Municípios: O que é Mau para o Econômico nem sempre é Bom para o Social*. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4133>. Acesso em: 20 jul. 2015.

LEITE, Ravênia. *A criação de municípios e a jurisprudência do STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-10/stf-criacao-municipio-luis-eduardo-magalhaes-bahia#author>>. Acesso em 15 jul. 2011.

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

LIMA, Victor Galeno Rodrigues. *A formação de Municípios e a reserva do impossível*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11181/a-formacao-de-municipios-e-a-reserva-do-impossivel>>. Acesso em 20 jul. 2015.

MARTINS apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



_____ apud ZAHER, Hugo. *O processo de criação de municípios e a nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma interpretação constitucional à luz do princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hugo_zaher.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2015.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1947.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2011.

ZAHER, Hugo. *O processo de criação de municípios e a nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma interpretação constitucional à luz do princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hugo_zaher.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2015.



O DIREITO À MORADIA, A OCUPAÇÃO URBANA E A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DESAFIO PARA O PODER JUDICIÁRIO

Danielle Morais Bourguignon Sparta

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Pós-Graduada em Advocacia Pública pela
UERJ-ESAP. Advogada e Liquidante
Extrajudicial.

Resumo: O Poder Judiciário tem sido buscado com vistas à resolução de conflitos de interesse sobre questões sensíveis à preservação do meio ambiente e à promoção do direito à moradia, sendo ambos institutos alçados à garantia de direito fundamental, na Constituição da República de 1988. Nesse sentido, o princípio da função social da propriedade torna-se grande aliado na efetivação da garantia constitucional do direito à moradia. Por outro lado, deve-se levar em conta que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todos. Em um cenário de omissão da administração pública na implementação de políticas que visem, tanto à proteção e à preservação do meio ambiente, quanto à facilitação do acesso à moradia digna, legitima-se a atuação do Poder Judiciário para, utilizando-se da técnica de ponderação de interesses, garantir o mínimo vital. O desafio do presente trabalho acadêmico está na descoberta do limite da atuação do Poder Judiciário para que, no atendimento da função social da propriedade e em respeito à dignidade humana, possa dizer o direito em atendimento ao preceito constitucional de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas sem se imiscuir na função típica de atuação do Poder Executivo, qual seja a promoção de políticas públicas de moradia.

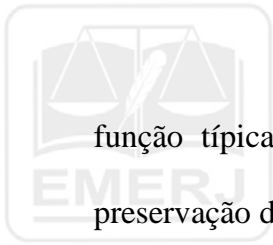
Palavras-chave: Direito Constitucional e Ambiental. Meio ambiente. Moradia. Ponderação de interesses. Separação de Poderes.

Sumário: Introdução. 1. A proteção do meio ambiente. 2. O direito à moradia. 3. A legitimidade da atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas. Análise de caso concreto: deslizamento no morro do fubá. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a legitimidade da atuação do Poder Judiciário do Rio de Janeiro na preservação do meio ambiente e na efetivação do direito à moradia digna, ambos institutos com previsão normativa na Constituição Federal de 1988.

Para tanto, serão indicados os dispositivos legais e posições doutrinárias pertinentes, juntamente com a análise de um caso concreto acerca do tema, de modo a verificar qual seria o limite da atuação do Poder Judiciário para que este possa dizer o direito, sem se imiscuir na



função típica do Poder Executivo, de promoção de políticas públicas de moradia e de preservação do meio ambiente.

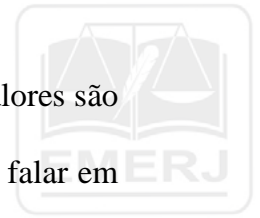
Sabe-se que o notório *déficit* e a dificuldade de acesso à moradia digna levam à ocupação irregular de imóveis nas grandes cidades. Uma situação que, ante a omissão do Estado na implementação de programas de acesso à moradia, para as classes menos favorecidas, passa a ser definitiva e culmina com a ocupação e devastação de áreas verdes e essenciais para a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O tema é novo, mas de grande relevância, uma vez que a questão da necessidade de uma moradia digna interessa às pessoas de todas as classes sociais, individualmente consideradas, ao passo que o meio ambiente é assunto de interesse de toda a coletividade. Ademais, considerando-se as bases em que construído o Estado Democrático de Direito, a intervenção do Poder Judiciário nas esferas de atuação típica dos outros Poderes é extremamente delicada, sendo vista com exceção.

O trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro deles, aborda-se a proteção do meio ambiente e sua importância para a sociedade moderna, apresentando a repercussão da presente Carta Constitucional e dos compromissos internacionalmente firmados pelo Brasil no Direito Ambiental e no tratamento dos institutos contemporâneos vinculados a esse ramo do Direito.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o direito à moradia é bem jurídico tutelado pela ordem jurídica brasileira, com o objetivo de aferir de que maneira se verifica a violação a esse bem jurídico no meio social em que se vive. Sem prejuízo, são apresentados os normativos do direito nacional e internacional que regem o tema.

O terceiro capítulo destina-se a analisar uma situação concretamente ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, a fim de verificar a legitimidade e o limite da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos à moradia digna e ao meio ambiente equilibrado, quando da omissão do Estado. Esse capítulo tem por objetivo comprovar, com base na técnica da



ponderação de interesses e no princípio da dignidade da pessoa humana, que esses valores são plenamente compatíveis com o elenco de direitos fundamentais, não havendo que se falar em aplicação da teoria do mínimo existencial.

A pesquisa utilizará a metodologia bibliográfica e de estudo de caso, sendo de natureza qualitativa e explicativa.

1. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) inovou, na ordem jurídica brasileira, ao estabelecer expressamente a tutela do meio ambiente e elencando responsabilidades para alcançar a efetividade do mencionado direito. Além disso, previu regras para aplicação de sanções aplicáveis no caso de condutas e atividades que maculem a sua preservação¹. Considerando-se a pluralidade da sociedade brasileira, marcada por nítidos contrastes de ordem econômico-social tem-se que o crescimento acelerado e desordenado das cidades brasileiras traz como consequências, não apenas as desigualdades sociais, mas também, a necessidade de efetiva atuação dos entes estatais para a busca da efetivação dos direitos previstos na constituição.

Não sem razão, ganham relevância os conflitos relativos à tutela dos direitos coletivos, cuja abordagem impõe a superação da velha dicotomia entre bens públicos *versus* bens privados. Nesse contexto, o artigo 225 da CRFB/88 traz a ideia do bem de uso comum do povo, o bem ambiental: “ Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”².

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

² Ibid.



Como se infere da leitura do dispositivo em comento, o Poder Constituinte originário foi enfático ao utilizar os vocábulos “todos”, “bem de uso comum do povo” e “essencial”, ficando claro o intuito de disciplinar um bem de natureza difusa, que pertence a todos e não se adapta aos tradicionais conceitos de bem público ou privado. Nesse sentido, veja-se o que diz José Afonso da Silva³:

O bem ambiental não está na disponibilidade particular de ninguém, nem de pessoa privada nem de pessoa pública. Por assim ser, devemos frizar que o gerenciamento dessa espécie de bem caberá ao poder público, que deverá administrá-lo com vistas à promoção do bem estar de toda a coletividade.

Ademais o meio ambiente enquanto bem “essencial à sadia qualidade de vida” deve ser visto à luz da norma contida no art. 1º, inciso III e art. 6º, todos da CRFB/88, sendo clara a ideia de que ao indivíduo deve ser possível gozar de vida digna, conforme previsão constitucional: acesso à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade e da infância e à assistência aos desamparados.

Tem-se então que, além da forte vinculação entre a tutela do meio ambiente e a garantia da dignidade da pessoa, prevista no art. 1º, inciso III, da CRFB/88, o sistema constitucional é antropocêntrico⁴, ou seja: o Homem é o destinatário das normas constitucionais, o que se apresenta como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, portanto devendo ser considerado quando se fizer necessária a ponderação dos interesses constitucionalmente previstos que apresentem aparente conflito entre si.

Em nível infraconstitucional, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de um microsistema para tutela do meio ambiente, conforme será a seguir discriminado, em ordem cronológica.

A ação popular, regulamentada na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965⁵, foi pioneira na defesa dos direitos coletivos em juízo, portanto sendo útil na defesa dos bens públicos e de natureza difusa, justamente como ocorre quanto ao meio ambiente, ante a previsão de que

³ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p.55.

⁴ BRASIL, op. cit., 1988.

⁵ BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.



qualquer cidadão será parte legítima para propositura da ação popular, com vistas a anular ato que lese o meio ambiente.

A política nacional de meio ambiente foi instituída com o advento da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dado sua relevância jurídica, a mencionada lei foi recepcionada pela CRFB/88, sendo a norma infraconstitucional de maior relevância em matéria de proteção ao meio ambiente, uma vez que, pela criação do Sistema Nacional de Meio Ambiente, unificou os sistemas de proteção ambiental, e possibilitou a efetivação do conjunto de instrumentos legais, técnicos, científicos, políticos e econômicos destinados à busca do equilíbrio entre a natureza desenvolvimento econômico.

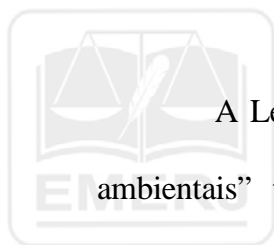
A Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, instituiu a ação civil pública. Trata-se do primeiro instrumento processual de proteção aos interesses da coletividade, com vistas à responsabilização de danos eventualmente causados ao meio ambiente, dentre outros.⁶ Atualmente uma ação constitucional que, ao lado do Código de Defesa do Consumidor, compõe a base normativa do processo coletivo brasileiro, ou do sistema da ação civil pública, cujo objetivo é a defesa dos interesses difusos de maneira geral, já que visa a responsabilizar pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, por danos eventualmente causados àqueles que tutela.⁷ Ademais, o objeto também é amplo, já que pode envolver, tanto uma condenação em dinheiro, quanto o cumprimento de obrigação de fazer e/ou não fazer, ou ambas.

A menção ao Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990⁸, em sede de defesa do meio ambiente, pode causar certa estranheza aos mais desavisados. No entanto, trata-se de diploma fundamental para a proteção ambiental, notadamente ante a previsão normatativa do artigo 81, que versa sobre a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas, em caráter individual, ou coletivo.

⁶ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

⁷ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

⁸ Ibid.



A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, também conhecida como “lei de crimes ambientais” teve o escopo de codificar os normativos esparsos em matéria de crimes ambientais. Em que pese algumas críticas quanto aos retrocessos advindos com a nova lei, merece destaque a previsão do tipo culposo para crimes ambientais, anteriormente inexistente, bem como a inserção de crimes de perigo, além da expressa previsão da responsabilização objetiva do causador de dano ambiental. Outrossim, sem prejuízo da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos crimes ambientais, a lei prevê, nos artigos 2º e 3º, a possibilidade de responsabilização de pessoas naturais ou jurídicas, inserindo assim a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica aos crimes ambientais.

A mais recente lei introduzida no ordenamento jurídico, com vistas à tutela do meio ambiente, foi a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, também conhecida como “estatuto da cidade”, eis que os normativos tratam da política urbana, com vistas a regular e organizar a *urbe*, e buscando a promoção do desenvolvimento urbano e melhorias na qualidade de vida da população urbana.⁹

Por se tratar de um direito da coletividade, a proteção do meio ambiente tem caráter transnacional, de modo que a sua repercussão global ultrapassa as fronteiras dos países já que os graves impactos ocasionados pela atividade humana têm elevado a tutela do meio ambiente a uma posição de destaque no âmbito das relações internacionais. Sendo assim, a várias convenções internacionais que firmaram acordos diplomáticos entre as nações, tudo com o escopo de diminuir os impactos ambientais causados pelos signatários.

Merecem destaque os seguintes documentos que versam sobre a proteção ao meio ambiente: o Protocolo de Kyoto (1997), a Agenda 21 Global (1992), a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), a Carta Mundial da Natureza (1982), a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) e, por fim e não menos importante o Pacto Internacional da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

⁹ 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>. Acesso em: 14 out. 2015.



(1966), cujo preceito vinculante e obrigatório é a melhoria do meio ambiente para assegurar um elevado nível de saúde física e mental. Senão vejamos:

Art 12 – 1. Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para segurar:[...]
b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

Como se vê a proteção ao meio ambiente está prevista, já há algum tempo, em variados instrumentos normativos que visam a efetivar a tutela do meio ambiente sobre os mais variados aspectos, restando claro que a forte vinculação entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental. Nesse sentido, veja-se o ensinamento de Cançado Trindade¹⁰:

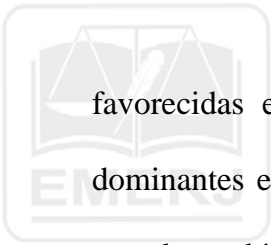
A proteção ao meio ambiente acompanhou a proteção aos direitos humanos no plano internacional, assim como os avanços na proteção dos direitos humanos incluíram, implícita ou explicitamente instrumentos que têm alargado o escopo de proteção do direito ambiental internacional. Instrumentos do direito internacional ambiental foram paulatinamente colocando os seres humanos no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável.

Cumprir destacar que o Brasil é signatário de tratados internacionais de direitos humanos, os quais foram internalizados por meio dos decretos de nº 591, de 1992 e 3.321, de 1999, tornando obrigatória a adoção de providências que garantam tanto a proteção dos direitos humanos quanto à proteção do meio ambiente equilibrado, deixando clara a correlação entre dignidade humana e meio ambiente saudável.

2. O DIREITO À MORADIA

Pode-se dizer, de uma maneira geral, que as cidades surgem de uma necessidade de integração do homem com os seus semelhantes, visando à construção de um local ideal para viver. Comparando-se diferentes cidades de diferentes países e continentes, constata-se que as nítidas diferenças entre a ocupação de terras pelas elites e aquela pelas classes menos

¹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os direitos humanos e o meio ambiente. In: SYMONIDES, Janusz (Org.). *Direitos humanos: novas dimensões e desafios*. Brasília: Unesco, 2003, p. 165.



favorecidas economicamente. Significa dizer que, mesmo que informalmente, as classes dominantes estabelecem a ocupação e organização do espaço urbano, relegando aos demais um plano além do perímetro urbano, onde o acesso aos serviços essenciais como transporte, educação, saúde, etc., acabam sendo precários ou até mesmo inexistentes.

Isso porque, o traçado do perímetro urbano exclui dos limites da cidade as famílias sem recurso para a aquisição de moradia regular, ou seja, construídas de acordo com as normas de parcelamento e de ocupação do solo previstas na legislação, essa situação não é nova. Ao contrário, tem-se notícias de que desde a época medieval as cidades eram divididas nas regiões intra e extra muros. Na primeira os cidadãos gozavam de todos os serviços e recursos inerentes à vida em sociedade, na segunda estavam expostos a toda sorte de aventuras e perigos.

Em que pese as centenas de anos passados desde o medievo, ainda hoje são ausentes projetos inclusivos para contemplar todos os aspectos necessários a um desenvolvimento urbano equilibrado e acessível a todas as classes sociais. Sobre esse assunto, Adir Ubaldo Rech¹¹ afirma que “a verdade é que os Municípios nunca tiveram grandes preocupações em estabelecer normas de direito público na construção de moradias, mas sempre o tema foi pautado pelo Direito Imobiliário, porém de caráter privado.”.

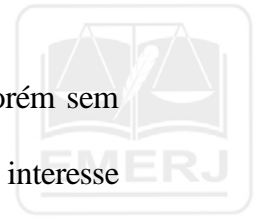
Vale ainda citar Alvacir Alfredo Nicz¹²:

O próprio direito teve sempre a predominância privatística que, por influência romana impera de um modo geral no pensamento dos juristas, uma vez que o direito privado alcançou o mais completo grau de elaboração doutrinária, tendo o direito público sofrido ingerência em seu campo, o que traz, muitas vezes, a insegurança e a incerteza na perfeita definição de seus institutos.

À luz desse cenário no qual prevaleceram as relações jurídicas constituídas com foco nos interesses privados, não houve a preocupação com a destinação de espaço para ocupação pelas classes mais humildes que acabaram por buscar a fixação de sua moradia alhures. Logo, com a impossibilidade de aquisição e construção de imóveis de acordo com as normas urbanísticas da

¹¹ RECH, Adir Ubaldo. Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana, *Direito Público*, Brasília, ano XI, n. 60, p. 74-85, nov. Dez. 2014.

¹² NICZ apud RECH, Adir Ubaldo. Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana, *Direito Público*, Brasília, ano XI, n. 60, p. 74-85, nov. Dez. 2014, p. 75



cidade, acabam por construir fora do perímetro urbano ou ocupando áreas urbanas, porém sem interesse econômico, como é o caso das encostas e margens de rios, ou seja, áreas de interesse ambiental. Rech¹³ traz dados objetivos sobre esse assunto conforme adiante:

Há, no Brasil, mais de 16 mil favelas cadastradas. Soma-se a isso, o fato de que mais de 42% dos lotes ocupados em área urbana são irregulares, o que demonstra que as nossas cidades não foram e nem são planejadas e, portanto, não existe espaço para essa grande parcela da população brasileira [...]

Passados anos de omissão do poder público no incentivo à oferta de meios para aquisição de moradias, observa-se que o Brasil, na condição de signatário¹⁴ de tratados internacionais que asseguram o acesso à moradia digna e a promoção do desenvolvimento sustentável, passa por uma explosão do mercado mobiliário em que o setor de construção volta-se para as habitações de interesse social. A alteração desse panorama deu-se principalmente, desde que, o direito fundamental e social à moradia foi alçado a norma constitucionalmente prevista, conforme disposto no artigo 6º da CFRB/88¹⁵.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Cidade¹⁶, especificamente, no que diz respeito à moradia, tem-se no artigo 2º, incisos I, XIV e XV, a previsão de garantia do direito a cidades sustentáveis, regularização fundiária¹⁷ e a simplificação da legislação e das normas de edificação para permitir a redução dos custos e o aumento da oferta de imóveis para moradia.

Como não poderia deixar de ser, a ordem jurídica internacional tem grande influência no reconhecimento do caráter fundamental do direito à moradia, conforme se infere da redação do artigo 25, item 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)¹⁸, do qual o Brasil é signatário:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao

¹³ RECH, op. cit., p. 77.

¹⁴ O Brasil ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no ano de 1992, e a incorporou ao ordenamento jurídico interno com o Decreto 3.321 de 30 de dezembro de 1999.

¹⁵ BRASIL, op. cit., 1988.

¹⁶ BRASIL, op. cit., 2001.

¹⁷ Regularização fundiária conforme previsto no art. 46 da lei 11.977 de 7 de julho de 2009, é o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

¹⁸ NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015.



alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Ainda no âmbito internacional, menciona-se o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁹, de 1966, que em seu artigo 11, item 1, tornou vinculante o disposto pela DUDH e passando a considerar a moradia digna como um direito essencial que deve ser promovido pelos Estados²⁰ conforme adiante:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito [...]

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), o tema aqui tratado também é abordado com grande relevância no Programa das Nações Unidas para Assentamentos Urbanos (ONU-Habitat) e foi objeto de debate em duas conferências internacionais nas quais foram traçaram diretrizes para a questão dos assentamentos humanos, culminando com a Declaração de Vancouver²¹ sobre assentamentos humanos em 1976, também conhecida como Agenda Habitat I, e com a Agenda Habitat II, na Conferência de Istambul²² em 1996. DO todo acordo pelas nações participantes destaca-se o reconhecimento da moradia como direito fundamental e a necessidade de sua preconização para o atendimento da dignidade da pessoa humana.

Por fim, ainda com caráter normativo, cita-se o Comentário Geral nº 4²³ da ONU, que elenca a segurança jurídica da posse, a disponibilidade de serviços e de infraestrutura

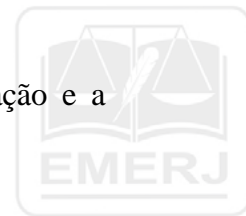
¹⁹ NAÇÕES UNIDAS, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais de 16 de dezembro de 1966 e em vigor em 3 de janeiro de 1976. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015.

²⁰ O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos e Sociais, ratificado pelo Brasil, foi internalizado por meio do Decreto 591, de 6 de julho de 1992.

²¹ ONU-HABITAT, Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-sobre-assentamentos-humanos-de-vancouver>>. Acesso em: 25 out. 2015.

²² ONU-HABITAT, Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>>. Acesso em: 25 out. 2015.

²³ UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment N° 04: The Right To Adequate Housing (Art. 11, Para. 1). Geneva, 1991. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/469f4d91a9378221c12563ed0053547e>>. Acesso em: 25 out. 2015.



urbana, o custo acessível da moradia, a habitabilidade, a acessibilidade, a localização e a adequação cultural da habitação como requisitos da moradia adequada.

3. A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ANÁLISE DE CASO CONCRETO: DESLIZAMENTO NO MORRO DO FUBÁ

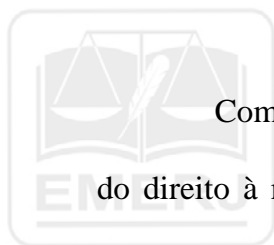
Engana-se aquele que pensa que o *déficit* de moradia atinge apenas as classes menos favorecidas. Essas são apenas as primeiras a sentir os impactos da exclusão, já que diretamente atingidos desde o momento em que ocupam desordenadamente o espaço urbano, fixando-se naquele espaço “que sobrou”: áreas sem valor econômico e que escaparam da malfadada especulação imobiliária.

Nesse cenário caótico, mais cedo ou mais tarde, a sociedade acaba sendo atingida como um todo, já que os efeitos da degradação do meio ambiente não podem ser mensurados individualizados, já que impactam as presentes e as futuras gerações.

Ante a falta de opções e o baixo interesse do mercado imobiliário em terrenos localizados em áreas de encostas ou às margens de rios, iniciam-se as ocupações irregulares das mencionadas áreas que, justamente pelas mesmas características que causaram sua depreciação econômica, deveriam receber maior atenção das autoridades públicas e da população.

Inequívoco o interesse ambiental quando se trata de encostas e de margens de rios, sendo premente a necessidade de manutenção da vegetação que suporta do solo e que protege os rios e córregos, a fim de se evitar deslizamentos e secas, respectivamente. Como já dito, a conta será paga por todos, seja com os efeitos da degradação, seja arcando com os custos das providências necessárias ao restabelecimento das áreas atingidas, sempre que possível.

Justifica-se a intervenção do Poder Judiciário para a solução de conflitos de interesse, especialmente quando verificada a omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas para a proteção do meio ambiente e promoção de meios para o alcance da moradia digna.



Com fundamento no arcabouço normativo para defesa do meio ambiente e garantia do direito à moradia, já apresentados nesse trabalho, entende-se que a atuação do Poder Judiciário pode ocorrer, tanto de modo preventivo, com vistas a evitar um mal futuro emitente, já que a mitigação de eventuais riscos à vida e à integridade física compõe um dos deveres institucionais do Estado, com previsão na norma de maior hierarquia do Brasil; quanto de modo repressivo, com vistas a evitar que o evento danoso se repita, como acontece nos emblemáticos casos de acidentes ambientais com derramamento de substâncias tóxicas, como por exemplo o petróleo.

Dado a natureza e a relevância dos direitos envolvidos, não cabe a invocação da reserva do possível²⁴, mas sim a aplicação do método de ponderação dos interesses, de Robert Alexy²⁵ postos em jogo, segundo a qual a prestação pretendida pelo jurisdicionado deve guardar relação com o que pode razoavelmente exigir do Poder Público. Nessa linha de raciocínio, reconhece-se a necessidade de tutela do mínimo vital à existência humana, no que se inclui a moradia, estando a atuação do Poder Judiciário plenamente validada quando da inexistência de atendimento desse mínimo pelos demais Poderes, não havendo que se falar em ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes²⁶.

Para fins de enfrentamento do problema deste trabalho acadêmico, elegeu-se o emblemático caso do Morro do Fubá²⁷, tanto pela localização geográfica da mencionada comunidade, quanto pela riqueza das discussões enfrentadas no julgamento e por sua atualidade.

No caso concreto, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro propôs ação civil pública em face do Município do Rio de Janeiro, visando à condenação do réu na execução de

²⁴ Segundo a teoria da reserva do possível, a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais, condiciona-se às possibilidades financeiras do Erário. Como não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes, é necessário ao gestor público eger, de modo discricionário as políticas públicas a serem executadas.

²⁵ As colisões entre direitos fundamentais devem ser consideradas como uma colisão de princípios, sendo que o processo de ambas as colisões é a ponderação.

²⁶ Art. 2º da CRFB/88.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo n. 0440420-57.2012.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Renata Machado Cotta. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201522703761>>. Acesso em: 17 out. 2015.



medidas de intervenção para estabilização de solo e contenção de encostas, em diversos imóveis localizados na Favela do Fubá, no bairro de Cascadura, na cidade do Rio de Janeiro, reduzindo-se a classificação de risco até o nível baixo²⁸.

Consta dos autos que houve parcelamento irregular do solo e que os deslizamentos se deram após chuvas torrenciais ocorridas na data de 14 de outubro de 2009, culminando com a interdição de imóveis na localidade pela Defesa Civil. No entanto, entendendo-se que a questão versava sobre direito de vizinhança, a Geo-Rio²⁹ determinou que as obras de estabilização do terreno fossem realizadas por particulares, não obstante a grave situação de ofensa à incolumidade pública verificada na situação, inclusive com risco de novos desabamentos.

Em defesa, o Município réu alegou a inexistência de culpa e o regular exercício do poder de polícia, fundamentado no artigo 30 da CRFB/88, e na política nacional de proteção e defesa civil³⁰. Aduziu que não foram cumpridas as notificações para desocupação da área e que, como as ocupações eram irregulares, faltava aos moradores a preocupação em se manter nos limites da legalidade, razão pela qual as medidas adotadas seriam ineficazes. Por fim, o Município alegou a impossibilidade de o Judiciário se imiscuir na esfera decisória da administração pública, por não gozar de condições para avaliar, definir e impor as medidas a serem adotadas, à luz da reserva do possível.

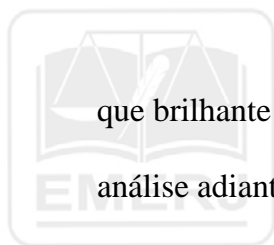
No julgamento da Apelação Cível n. 0440420-57.2012.8.19.0001³¹, de relatoria da Excelentíssima Desembargadora Renata Machado Cotta, o pedido foi julgado procedente, determinando-se a imposição de medidas para redução do risco de deslizamento, em acórdão

²⁸ Os graus de risco são numa escala decrescente: muito alto, alto, médio e baixo. No risco baixo que se pretende alcançar com a execução das obras, não há indícios de desenvolvimento de processo destrutivo em encostas e em margens de drenagens e, uma vez mantidas as condições existentes, não se espera a ocorrência de eventos destrutivos.

²⁹ A Fundação Instituto de Geotécnica (Geo-Rio) foi criada pelo decreto n. 609, de 12 de maio de 1966. É o órgão da Secretaria Municipal de Obras do Rio de Janeiro responsável pela contenção de encostas e define as obras necessárias para garantir a segurança da população.

³⁰ Art. 8º da Lei nº 12.608 de 10 de abril de 2012.

³¹ Publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 02/10/2015.



que brilhante e didaticamente abordou todas as questões pertinentes a tema tão caro, conforme análise adiante.

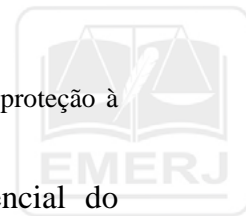
APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR DE NECESSIDADE DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. REJEIÇÃO. MÉRITO. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS PARA REDUÇÃO DE RISCO DE DESLIZAMENTO. DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E MORADIA. NÚCLEO ESSENCIAL ATINGIDO.

No mencionado julgado, não foi acolhida a preliminar que pretendia a formação de litisconsórcio passivo necessário, que seria formado entre os particulares (imóveis lindeiros) e a Administração Pública municipal. O principal fundamento utilizado para afastar a tese da defesa foi o de que a omissão foi praticada pela Administração Pública municipal, enquanto detentora dos diversos deveres constitucionais e infraconstitucionais relacionados à defesa civil.

Reconheceu-se a legitimidade de utilização da ação civil pública para o caso, enquanto ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público, a quem a Constituição da República outorgou a defesa da ordem jurídica enquanto função institucional, no que se destacam a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. No caso analisado, o Ministério Público logrou êxito em demonstrar que se tratava de área com alto risco de deslizamentos e de iminente desastre naquela comunidade de baixa renda.

Afastando expressamente a alegada violação ao princípio da separação dos poderes e ressaltando o caráter excepcional do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, o Tribunal *ad quem* reconheceu a clara omissão da Administração Pública em relação aos riscos enfrentados pelos moradores da comunidade, ante a ausência de realização das obras de estabilização na região. Senão vejamos:

a jurisprudência pátria, inclusive o STJ, permite o controle judicial de políticas públicas em casos excepcionais, mormente nos casos de inércia do Estado em assegurar a efetivação de direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana como os direitos à vida e à moradia. O direito social à moradia (art. 6º, caput, da CF) é efeito direto da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF).



Igualmente, a Constituição prevê que o Estado deve assegurar especial proteção à família (art. 226, da CF).

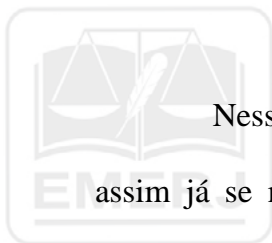
Pelo trecho acima colacionado, fica claro o posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que a violação ao princípio da separação de poderes ocorre quando desprestigiada a discricionariedade da Administração, o que existe quando existente a possibilidade de escolha entre o atuar, ou não.

Tal situação, contudo, não se confunde quando se está a falar de efetivação dos direitos fundamentais à vida e à moradia, eis que, nesse caso, deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, com prestígio ao princípio do mínimo vital. Nesse sentido, veja-se trecho do acórdão ora analisado:

Não é possível imaginar um ordenamento jurídico fundado no princípio da dignidade da pessoa humana em que o Poder Judiciário mantenha-se alheio à inércia Executiva na execução de programas de proteção de habitantes de áreas de risco de deslizamentos e desabamentos, enquanto se proliferam anualmente os exemplos de desastres naturais, em sua maioria em áreas carentes, que posteriormente descobrem-se que poderiam ter sido evitados com a atuação estatal. Em sede infraconstitucional a Lei 12.340/10 prevê expressamente o dever do ente público estatal de promover as obras de contenção necessárias promovendo o apoio aos cidadãos (artigo 3º-A, § 2º, III e § 3º e art. 3º-B). E, mais recentemente, a Lei 12.608/12, em seu artigo 2º, 3º, 4º, e seus incisos.

Da análise do trecho acima, fica evidente que a mitigação dos riscos é dever institucional imposto pela Constituição da República, já que a realização dos Direitos Fundamentais não pode ser vista como tema que dependa exclusivamente da vontade do gestor público, a quem não cabe limitar as ações necessárias à preservação de direitos fundamentais, em razão de alegada escassez, quando esta seja fruto de suas próprias escolhas. Tem-se claramente que não se trata de um mero favor a ser prestado pelo Poder Público.

Pelos mesmos fundamentos, afasta-se a aplicação do princípio da reserva do possível, implícito na Constituição da República, segundo o qual a implementação de direitos dependeria de dotação orçamentária. Conforme precedentes do E. STF, a cláusula da reserva do possível encontra limite na garantia constitucional do mínimo existencial, não podendo o Estado deixar de assegurar as condições adequadas à existência digna do cidadão, de modo que deverá realizar prestações positivas a fim de viabilizar a fruição de direitos sociais básicos.



Nesse sentido, ainda no início da década de 90, o então Ministro Celso de Mello³² assim já se manifestava, lecionando que “é preciso evoluir cada vez mais no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial”.

O caso do Morro do Fubá representa uma abordagem das políticas públicas, que tem inspiração na doutrina norte-americana, sendo relativamente nova na doutrina pátria. Seu objetivo é a obtenção de um resultado previamente determinado, que se concretiza por meio de um programa de ação governamental.

O professor Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto objetivamente afirma que as políticas públicas consistem em um “complexo de processos juspolíticos destinados à efetivação dos direitos fundamentais”³³, do que se infere não se tratar de uma decisão monocraticamente tomada, nem mesmo por um órgão único, para o que deve haver a participação dos diferentes Poderes e órgãos e, sempre que possível, a manifestação popular.

No caso do Morro do Fubá, pretendia-se a condenação do réu para a adoção de providências úteis à redução do risco de deslizamento, o que está umbilicalmente ligado ao núcleo essencial da direito fundamental à vida, porque ficou comprovado a alto risco de deslizamentos, o que colocaria em risco a vida dos moradores daquela região. No cenário apresentado, não é permitido ao Poder Judiciário, com base no princípio da separação de poderes, manter-se inerte em relação aos pedidos de tutela jurisdicional decorrentes do total descaso da Administração com a vida dos moradores dessas comunidades, ficando plenamente justificada a sua atuação positiva.

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS/DF n. 20.999. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+20999%2E+NUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+20999%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bp5z6yp>>. Acesso em: 12 out. 2015.

³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.124.



CONCLUSÃO

Por todo o que até aqui foi exposto, é indene de dúvidas que a atividade do administrador público deve se dar à luz da ordem jurídica vigente, razão pela qual o controle jurisdicional sobre a atividade da Administração Pública tem fundamento constitucional, sendo certo que, desde a década de 90, o C. Supremo Tribunal Federal já tem se pronunciado sobre a possibilidade e/ou necessidade de controle jurisdicional das políticas públicas.

Logo, uma vez verificada a omissão do Poder Público na obrigação constitucional de adotar medidas concretas e eficazes para a garantia do mínimo vital, fica excepcionalmente autorizado o controle jurisdicional, sem que isso signifique violação ao princípio da separação de poderes previsto na CRFB/88.

Isso porque a inércia ou omissão no cumprimento de deveres constitucionais, pelo Estado, é verdadeira ofensa aos direitos fundamentais, não podendo ser justificada pelo princípio da separação dos poderes.

Ademais, é dever constitucional, de competência comum entre os entes federativos, a adoção de medidas destinadas à preservação do meio ambiente e à promoção de programas de construção de moradias, bem como de melhoria das condições habitacionais.

Assim sendo, é legítima a atuação do Poder Judiciário para a tutela de direitos fundamentais, no que se incluem, tanto o direito à moradia, quanto o dever de proteção ao meio ambiente, ante a recorrente insuficiência dos resultados desejados com a implementação de políticas públicas. São exemplos de possibilidade de atuação do Poder Judiciário a necessidade de evitar degradação ambiental irreversível e que cause risco à vida da população, como também na hipótese de risco de desabamento de encostas, além da necessidade de implementação de meios de acesso à moradia digna.



REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. MS/DF n. 20.999. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+20999%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+20999%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bp5z6yp>>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo n. 0440420-57.2012.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Renata Machado Cotta. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201522703761>>. Acesso em: 17 out. 2015.



BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELES, Gustavo Fernandes; VASCONCELOS Lara Barreira. Integrando Sustentabilidade ao Direito à Habitação – uma abordagem a partir do Direito Internacional, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Brasília, vol. 80/2012, p. 299-315, Jul-Set 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais de 16 de dezembro de 1966 e em vigor em 3 de janeiro de 1976. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015.

NAÇÕES UNIDAS-HABITAT, Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-sobre-assentamentos-humanos-de-vancouver>>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____, Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>>. Acesso em: 25 out. 2015.

NICZ apud RECH, Adir Ubaldo. Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana, *Direito Público*, Brasília, ano XI, n. 60, p. 74-85, nov.-dez. 2014.

RECH, Adir Ubaldo. Instrumentos de Inclusão Social e Sustentabilidade Urbana, *Direito Público*, Brasília, ano XI, n. 60, p. 74-85, nov. Dez. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os direitos humanos e o meio ambiente. In: SYMONIDES, Janusz (Org.). *Direitos humanos: novas dimensões e desafios*. Brasília: Unesco, 2003.

UNITED NATIONS. Committee on Economical, Social and Cultural Rights. General Comment N° 04: The Right To Adequate Housing (Art. 11, Para. 1). Geneva, 1991. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/469f4d91a9378221c12563ed0053547e>>. Acesso em: 25 out. 2015.



SEGURANÇA JURÍDICA E IMPREVISIBILIDADE NAS DECISÕES JUDICIAS: UM DESAFIO AOS MAGISTRADOS.

Danielle Vaz Bitton

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar o quadro atual de insegurança jurídica tendo em vista a demasiada imprevisibilidade das decisões proferidas pelo Judiciário em suas diversas instâncias e ainda trazer as diretrizes da segurança jurídica como postulado constitucional que é. Pretende-se demonstrar ainda as consequências de tal fenômeno que gera abalo aos princípios do regime democrático, ao respeito à dignidade humana, à valorização da cidadania e à estabilidade das instituições. Por fim traz-se um panorama dos institutos já aplicados na tentativa de dirimir o problema, bem como possíveis institutos que podem ser utilizados nessa empreitada. Busca-se sempre demonstrar o importante papel dos magistrados na busca pela almejada segurança nas decisões judiciais e por consequência no Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Imprevisibilidade das decisões judiciais. Segurança Jurídica.

Sumário: Introdução. 1. A imprevisibilidade nas decisões judiciais e suas consequências. 2. Princípio da Segurança Jurídica. 3. Institutos existentes no ordenamento jurídico brasileiro e possíveis soluções. Conclusão. Referências.



INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo a discussão da problemática acerca da imprevisibilidade que açoitava as decisões judiciais proferidas pelos tribunais brasileiros. Tais contradições afrontam diretamente o princípio da segurança jurídica, previsto na Constituição Federal, no art. 5º XXXVI como uma garantia fundamental.

Para tanto será contextualizada tal problemática e as consequências que a falta de segurança jurídica acarreta na sociedade brasileira. Também serão explorados os mecanismos já existentes no ordenamento jurídico para conter a imprevisibilidade, e quais os mecanismos aplicados em outros ordenamentos que poderiam minimizar a questão.

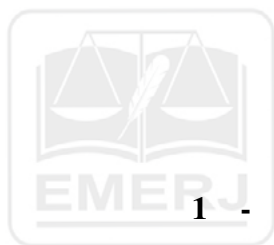
O tema é relevante visto que enfoca a credibilidade da sociedade no Poder Judiciário, que *a priori*, é o órgão que deveria ser dotado de máxima confiabilidade por ser o regulador das relações jurídicas.

No primeiro capítulo, será apresentado um panorama atual e contextualizado da problemática, bem como os reflexos que a imprevisibilidade acarreta para toda a sociedade.

O segundo capítulo terá por objetivo explorar o corolário da segurança jurídica e a sua implicação como norteadora de todas as relações jurídicas, sociais e econômicas.

Em seguida, no terceiro capítulo, serão demonstrados os mecanismos já existentes para a tentativa de conter as disparidades existentes entre os tribunais, com o objetivo de demonstrar a tendência de uniformização das decisões, bem como buscar-se-á trazer as possíveis alternativas para a minimização dos efeitos do problema.

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



1 - A IMPREVISIBILIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS.

Vive-se o chamado Estado Democrático de Direito, que dentro da Teoria Contratualista, assegura que quando a sociedade faz um “pacto” com o Estado: entrega parte de sua liberdade em troca de segurança e respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Para que efetivamente visualizar um Estado Democrático de Direito, trazendo a discussão para o Poder Judiciário, é necessário assegurar ao indivíduo o máximo de previsibilidade e confiabilidade no nas decisões proferidas, já que que é o Poder incumbido da resolução dos conflitos da sociedade, exercendo a função de guardião do ordenamento jurídico.

Para o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni¹, “o cidadão necessita da certeza de que o Estado e os demais indivíduos se comportarão de acordo com o direito e que os órgãos estatais o respeitarão. Além disso, também é preciso ter a segurança de que haverá previsibilidade na consequência de suas ações, e na necessidade de a ordem jurídica possuir estabilidade”.

Dessa forma percebe-se que o cidadão, confia e espera que o Judiciário resolva da forma mais imparcial e justa possível os seus problemas. No momento que essa confiança se quebra é gerado um estado geral de instabilidade na sociedade, uma vez que a insegurança e a descrença se impregnam na sociedade.

Diversas são as causas do problema no sistema jurídico brasileiro e um deles inegavelmente se consubstancia no ativismo judicial. Tal fenômeno consiste em expandir o sentido das normas constitucionais e infra-constitucionais pelos julgadores.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme, Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul. V. 58, n. 398, p. 25-42, dez 2010.



Dar sentido além daquele querido e expressado pelo legislador. Ora, a função típica do juiz é julgar sendo certo que deve-se deixar a produção das normas a cargo do Poder Legislativo.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso², afirma que o ativismo judicial “se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

Tal problemática reflete diretamente no grau de subjetividade dos juízes. Um juiz, não pode e não deve julgar de forma diferente casos que guardam semelhança fática, sob pena de gerar reforma da decisão em grau de recurso, independentemente dos motivos que ensejaram o julgamento diferenciado.

Se o ponto for analisado sob o prisma de milhares de decisões proferidas todos os dias perceber-se-á que um dos grandes motivos para a sobrecarga do judiciário, principalmente dos Tribunais Superiores, vêm dessa falta de parâmetro para julgar casos idênticos.

Dessa forma, o panorama atual reflete: Tribunais Superiores lentos, com número altíssimo de recursos julgados procedentes pois as decisões contrariavam jurisprudência já pacificada.

José Augusto Delgado³, ministro do STJ e TSE até o ano de 2008, em trabalho sobre o tema afirma que “A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece

2 BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 08, abr. 2015.

3 DELGADO, José Augusto, A imprevisibilidade das decisões judiciais e seu reflexo na segurança jurídica Disponível em <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1dOOZV2K3U8J:www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%2520IMPREVISIBILIDADE%2520DAS%2520DECIS%25C3%2595ES%2520JUDICI%25C3%2581RIAS%2520E%2520SEUS%2520REFLEXOS%2520NA%2520SEGURAN%25C3%2587A%2520JUR%25C3%258DDICA.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br Acesso em 07, abr. 2015.



os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições”.

Outro motivo que se soma à subjetividade dos julgadores reside no excesso de leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, existem leis gerais e especiais sobre o mesmo tema, e não raras vezes mais de uma lei específica, de forma que gera decisões díspares para casos iguais por aplicação de institutos jurídicos diversos ao mesmo caso.

Tal problema aumenta consideravelmente quando o Poder Legislativo edita as chamadas lei casuísticas, visando a regular determinadas situações pontuais, sem a observância dos interesses de toda a coletividade, e que dessa forma causam verdadeiro tumulto no judiciário.

A legislação deve ser simples e clara, evitando dessa forma decisões díspares bem como o aumento das demandas judiciais sobre o mesmo assunto.

Além de afetar consideravelmente a confiabilidade no poder judiciário gerando grande insegurança jurídica em toda a sociedade, não se pode deixar de mencionar que a imprevisibilidade nas decisões judiciais causa impacto na economia do país.

Sobre o tema, Fábio Ulhoa Coelho⁴ expõe: “Os investidores, atentos à elevação do risco, tendem a não se contentar com retornos razoáveis (os que estimariam como tais em outras economias com marcos institucionais estabilizados). Ao invés de investidores de longo prazo, aos quais interessa um maior comprometimento com o lugar da inversão, esse desequilíbrio acaba atraindo especuladores, risk makers,

4 - COELHO, FABIO ULHOA, A justiça desequilibrando a economia, Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/29-a-justica-desequilibrando-a-economia.html>, Acesso em 07, abr. 2015.



interessados unicamente em aportar seus capitais onde terão, a curtíssimo prazo, o melhor retorno”.

Diante do exposto, conclui-se que a falta de previsibilidade e a diminuição da confiabilidade nas decisões judiciais no Brasil se torna um entrave ao crescimento econômico do país.

Sendo assim, tem-se a importância de um Judiciário equilibrado para que toda a sociedade também se mantenha em harmonia nos mais diversos setores.

2 – PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

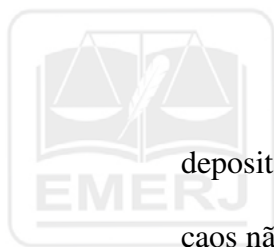
O princípio da segurança jurídica encontra previsão constitucional no artigo 5º XXXVI da Constituição da República de 1988. Sem dúvida é uma das mais importantes garantias fundamentais conferidas pela Carta Magna, uma vez que pela teoria contratualista, o povo abriu mão de parte de sua liberdade para colocá-la nas mãos de representantes para a formação do Estado.

Tal princípio assegura aos cidadãos a estabilidade em relações jurídicas já constituídas e aperfeiçoadas. Segundo José Afonso da Silva ⁵ “a segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Quando se traz o tema para o campo das decisões judiciais, percebe-se a importância desse princípio, tendo em vista que é o garantidor da estabilidade das relações sociais, contratuais, financeiras, dentre tantas.

No momento em que alguma dessas relações é quebrada por uma das partes, busca-se a solução no Judiciário. Dessa forma, o Judiciário como poder guardião das leis, da imparcialidade, órgão contra majoritário que é, tem a confiança dos cidadãos

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo. Malheiros, p. 433.



depositada em si. E assim sendo não pode passar insegurança às pessoas, para que o caos não se instale.

Ora, quando as pessoas buscam o Judiciário, buscam a solução justa, imparcial, e correta, ou seja, mais adequada para o seu problema. E quando esse órgão começa a não oferecer a tranquilidade, a segurança necessária aos jurisdicionados, o resultado um povo perdido e descrente nas relações jurídicas.

O Ex Ministro do STJ José Augusto Delgado⁶, em trabalho já citado anteriormente, elenca pontos importantes a serem considerados no exame e compreensão da segurança jurídica aplicada às decisões judiciais:

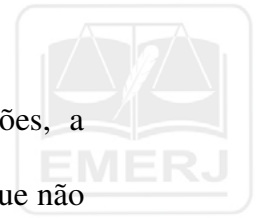
- a) garantia de previsibilidade das decisões judiciais; b) meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais; c) veículo garantidor da fundamentação das decisões; d) obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados; e) entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante; f) fundamentação judicial adequada.

Tais pontos são importantes para que se garanta a estabilidade da sociedade. Uma sociedade que confia no seu Poder Judiciário é uma sociedade mais segura e estável, condição indispensável para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, percebe-se a importância da fundamentação das decisões judiciais. Tal exigência já tem previsão constitucional no art. 93 IX, não só para evitar decisões discricionárias, mas também para assegurar ao jurisdicionado a transparência dos motivos de fato e de direito que ensejaram a decisão.

Aliás, a discricionariedade dos magistrados reflete grandes empecilhos à segurança jurídica. Isso porque não se pode usar dois pesos e duas medidas para situações idênticas sob pena de gerar a insegurança. O juiz é um aplicador da lei, não pode estar sujeito a subjetivismos, deve agir de forma imparcial na análise dos casos concretos que lhe são apresentados.

⁶ op. cit, nota 3.



É importante frisar que não se defende um engessamento das decisões, a sociedade evolui e com a evolução vem as mutações legais e constitucionais. O que não se pode aceitar é o ativismo judicial pleno, ou seja, não pode o magistrado deixar de aplicar a lei no caso concreto quando há previsão para tanto. E também não poderá decidir subjetivamente diferente para jurisdicionados em situação igual.

Um judiciário coerente como um todo em suas decisões e posicionamentos seria o ápice para a concretização do Estado Democrático de Direito. Mas o Brasil é um país de dimensões enormes, com diferenças regionais culturais muito acentuadas e sendo assim não acontece essa unidade na prática.

Se esse fosse o único problema, até seria aceitável. Mas percebe-se que não só no tocante às dificuldades óbvias de distância e costumes, existem diferenças de decisões dentro dos próprios Tribunais de Justiça e isso é inaceitável.

Essas diferenças, tão próximas e sem justificativas, são as geradoras de tanta insegurança e descrença no Poder Judiciário.

Como se justifica que dentro de um mesmo Tribunal, muitas vezes dentro de um mesmo informativo de jurisprudência, quando não dentro de uma mesma Câmara, Turma ou Seção a presença de decisões diametralmente opostas? Seria ego inflado como dizem alguns, ou fruto de uma total desorganização e falta de padronização das decisões?

A sensação que passa é que os próprios magistrados e ministros não se entendem, ou por falta de pessoal, o que geraria uma sobrecarga de trabalho, ou decidem sem critérios objetivos, o que fere a imparcialidade necessária na hora de decidir.



Diante de tantas perguntas sem resposta são verificados esforços no sentido de tentar oferecer uma mínima padronização através da adoção de alguns institutos jurídicos que serão analisados no próximo capítulo.

3 – INSTITUTOS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES:

Na ânsia pela contenção da imprevisibilidade das decisões judiciais na busca pela primazia do princípio da segurança jurídica, já é possível vislumbrar alguns institutos que tem aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro desses institutos é a edição de súmulas vinculantes e está previsto no art. 103-A da Constituição Federal de 1988 (inserido pela EC/45 de 2005)⁷:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

A edição de súmulas com efeito vinculante visa, exatamente, à interpretação de normas acerca das quais haja controvérsia estabelecida com o objetivo de conferir segurança jurídica e de evitar a multiplicação de processos que envolvam o mesmo tema.

Atualmente, o STF conta com 53 (cinquenta e três) enunciados de súmula vinculante, dos quais 16 (dezesseis) foram editados somente no ano de 2015. Percebe-se a atual tendência e a preocupação do Supremo Tribunal Federal na tentativa de uniformização de entendimentos afim de assegurar a confiabilidade e a agilidade no Poder Judiciário.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31 ago 2015.



A sistemática das súmulas com efeito vinculante permite que caso seja proferida decisão judicial ou editado ato administrativo contrários ao enunciado ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação direta para o Supremo Tribunal Federal. No caso de procedência da reclamação o próprio STF irá anular o ato ou cassar a decisão e ato continuo mandará que outra seja proferida com ou sem aplicação do enunciado.

Além das súmulas com efeito vinculante do STF, os tribunais disponibilizam também enunciados de súmulas não vinculantes, que consistem em orientações jurisprudenciais, tendências que devem ser seguidas nas decisões. Entretanto não possuem o efeito vinculante e não ensejam reclamação direta aos Tribunais quando da sua inaplicabilidade. Dessa forma, se afiguram como institutos com menor grau de efetividade no combate a imprevisibilidade das decisões judiciais.

Dotados de menor efetividade são os enunciados proferidos em encontro de estudiosos acerca de diversos temas, como são os Enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁸, os Enunciados das Jornadas de Direito Empresarial também do Conselho da Justiça Federal, os enunciados editados pelo FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais⁹), o FPPC (Fórum permanente de Processualistas Civis)¹⁰, dentre outros.

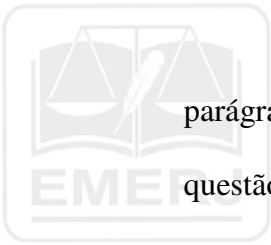
Os enunciados editados nesses encontros são tão somente orientações, mas completamente desprovidos de força vinculante.

No âmbito do direito processual, encontram-se os chamados julgamentos por amostragem. Nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil e seus

⁸ ENUNCIADOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em 10/10/2015

⁹ ENUNCIADOS DO FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Disponível em <http://www.fonaje.org.br/site/enunciados/>. Acesso em 10/10/2015.

¹⁰ ENUNCIADOS DO FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em <http://portalprocessual.com/tag/fppc/>. Acesso em 10/10/2015.



parágrafos, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial sofrerá o julgamento por amostragem.

A referida forma de julgamento, em sede de recurso especial, consiste em seleção de alguns recursos representativos da controvérsia. Daniel Assumpção Neves¹¹ explica:

O presidente do tribunal de justiça admitirá um ou mais recursos por meio de decisão irrecurável encaminhando-os ao Superior Tribunal de Justiça; os demais ficarão sobrestados, por pronunciamento sem caráter decisório, até o pronunciamento definitivo daquele tribunal.

Ainda na sistemática de selecionar recursos representativos de uma controvérsia para que se extraia julgamento paradigma para os demais existe o recurso extraordinário, que versa unicamente sobre matéria constitucional.

O procedimento é quase mesmo para os recursos extraordinários nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil¹²:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

Sem sair do âmbito da previsão no Código de Processo Civil encontram-se os embargos de divergência no artigo 546. Os embargo de divergência visa à uniformização da jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo o já citado autor Daniel Amorim Assumpção Neves¹³:

Tratando-se de recurso voltado à uniformização da jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, é indispensável que exista nos embargos de divergência uma comparação entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma, considerando-se que dessa análise

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo. Malheiros, p. 877.

¹² Brasil. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm> Acesso em 14 set 2015.

¹³ Neves, op. cit. nota 11, p. 887/888.



comparativa será verificada a existência da divergência a permitir o cabimento do recurso ora analisado.

É necessário que haja similitude fática entre os acórdãos sob pena de se buscar uniformização de situações fático jurídicas distintas.

O Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor no próximo ano, mantém a previsão dos institutos acima citados apenas com algumas modificações no tocante ao procedimento.

Com todo o exposto, vê-se que não faltam tentativas por parte do legislador e dos membros dos tribunais superiores com a finalidade de reduzir a insegurança jurídica gerada por decisões conflitantes.

Acontece que, mesmo com todos os institutos apresentados, o quadro fático do Judiciário se mostra bastante confuso. Dessa forma, os juristas tem buscado alternativas com a finalidade de somar ao que já existe para enfim reverter o quadro atual.

Inicialmente, trazem a necessidade do desenvolvimento de campanhas, informativos, cursos com a finalidade de conscientização dos aplicadores do direito de uma forma geral. Tribunais, instituições, universidades, e o principalmente a OAB no sentido de instrução dos profissionais que atuam no direito. Todos os profissionais que atuam na Justiça devem participar de alguma forma com o objetivo maior de atingir a segurança jurídica nas decisões judiciais.

Juízes de direito têm que compreender que não há como se decidir com base em convicções pessoais quando já existe entendimento pacificado no tribunal sobre o tema. Cabe até a ressalva do seu entendimento, mas não se pode julgar contra todo um arcabouço jurisprudencial.

Não menos importante papel têm os advogados, que são a base do ordenamento, são os impulsionadores dos processos. Os profissionais devem ter a consciência da importância da segurança jurídica na ordem de um país. E para que esses frutos sejam



colhidos o ensinamento tem que vir de baixo, desde a graduação para que fique enraizado nos futuros profissionais.

Outra possível atitude, dessa vez a ser efetivada pelos representantes do poder legislativo, é a diminuição da edição de várias leis que tratam do mesmo assunto e das chamadas leis casuísticas, que são aquelas editadas para uma situação específica, mas que acabam por se tornar gerais.

Essa profusão de leis acaba por complicar a confusão jurisprudencial, tendo em vista que o mesmo caso pode ser decidido com base em diplomas legais diferentes.

Dessa forma, o Poder Legislativo deve ser mais atuante, no sentido de simplificar o ordenamento jurídico, editar consolidação de leis que tratam da mesma matéria, para assim diminuir as disparidades existentes.

Por fim, cabe mencionar que o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, investido como tal pela Constituição Federal, deve ter uma atuação proativa no sentido de reprimir os abusos cometidos por julgadores e aplicadores do direito.

CONCLUSÃO:

A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, desestabiliza vários setores de um país: fere princípios do regime democrático, ao respeito à dignidade humana, à valorização da cidadania e à estabilidade das instituições. Como consequência a ser destacada pode ser citada a incredulidade no poder judiciário que na verdade é o responsável por manter a estabilidade nas relações jurídicas.

Dessa forma, não é difícil concluir que existem pontos centrais para o problema que foi gerado, tais como leis em demasia, lei casuísticas, ativismo judicial por parte dos magistrados, excesso de subjetividade nas decisões, falta de uniformidade entre os Tribunais de Justiça e os Tribunais Superiores dentre outros.



Tal problemática atinge especialmente o princípio da segurança jurídica, que tem previsão constitucional é o responsável exatamente pela estabilidade das relações jurídicas.

É importante salientar que existem, no ordenamento jurídico brasileiro, alguns institutos aplicáveis no intuito de minimizar a disparidade de decisões, tais como a edição de súmulas vinculantes, súmulas sem efeito vinculante, orientações jurisprudenciais, sistemática dos recursos repetitivos, mas não tem sido o suficiente.

Assim sendo, é de suma importância a busca de novos institutos, novas soluções para a problemática. Todos os poderes devem estar envolvidos no combate à falta de segurança jurídica, pois todo o país é diretamente afetado por ela.

Assim sendo, deve o Poder Legislativo editar consolidações das leis, reformas nos códigos com redações claras e objetivas, para não dar margem a interpretações, evitar a edição das chamadas leis casuísticas para não inchar o ordenamento.

O Poder Executivo não deve editar tantas medidas provisórias conversíveis posteriormente em leis, pois, da mesma forma que as leis casuísticas, essas incham o ordenamento. Isso porque uma vez cessados os motivos para a edição as medidas, as leis geradas permanecem sendo aplicadas a casos diversos dos que ensejaram a edição.

Por fim, o papel mais relevante nessa busca pela previsibilidade é o Poder Judiciário, com a atuação dos magistrados, que devem seguir as orientações dos Tribunais Superiores, as decisões devem ser fundamentadas, e objetivas, dentro da lei, sem ativismo e sem subjetividades.

Os advogados, que são a peças que movimentam o judiciário devem ter essa consciência na sua atuação, assim como as instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública devem atuar proativamente nessa busca pela segurança jurídica.



Cabe por fim ressaltar que previsibilidade nas decisões, não significa engessamento das mesmas. Sabe-se que a sociedade evolui, os conceitos mudam, e o direito deve se adequar as novas realidades. Mas tudo deve ser feito dentro de uma razoabilidade de tempo e espaço, acompanhado naturalmente a evolução.

REFERÊNCIAS

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 mar. 2015.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 mar. 2015.

BARROSO, Luis Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oah.org.br/edicao/revista/usuarios/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 08, abr. 2015.

COELHO, FABIO ULHOA, *A justiça desequilibrando a economia*. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/29-a-justica-desequilibrando-a-economia.html>>. Acesso em 07, abr. 2015.

DELGADO, José Augusto, *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seu reflexo na segurança jurídica*. Disponível em <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1dOOZV2K3URJ:www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/000110/A%25IMPRESIBILIDADE%2520DAS%2520DECIS%25C3%2595ES%2520JUDICI%25C3%2581RIAS%2520E%2520SEUS%2520REFLEXOS%2520NA%2520SEGURAN%25C3%2587A%2520JUR%25C3%258DDICA.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 07, abr. 2015.

ENUNCIADOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em 10/10/2015

ENUNCIADOS DO FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Disponível em <http://www.fonaja.org.br/site/enunciados/>. Acesso em 10/10/2015.

ENUNCIADOS DO FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVES. Disponível em <http://portalprocessual.com/tag/fppc/>. Acesso em 10/10/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Os precedentes na dimensão da segurança jurídica*. Revista Jurídica, Sapucaia do Sul, V. 58, n. 398, p. 25-42, dez 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, 6. ed. Malheiros, p. 877.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, p. 433.



NOVO PARADIGMA NA JUSTA INDENIZAÇÃO EM DESAPROPRIAÇÃO.

David de Vasconcelos Silva

Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogado.

Resumo: A crise urbana brasileira tornou-se endêmica pondo em xeque a capacidade administrativa do Estado brasileiro para implementar as políticas urbanas públicas. Nesse cenário, a desapropriação que poderia ser um importante instrumento do Poder Público, devido aos altos custos da indenização, perde sua eficiência. A essência do trabalho é reler o instituto da indenização em desapropriação à luz dos fundamentos e dos objetivos da República. Defende-se, assim, uma nova interpretação do valor justo de indenização a fim de permitir que o Estado Brasileiro cumpra efetivamente seus objetivos..

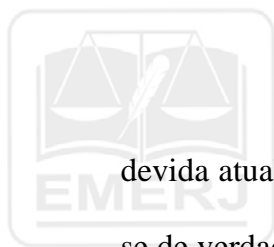
Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Urbanístico. Novo Paradigma. Direito Fundamental à Justa Indenização. Desapropriação. Valor de Mercado. Proporcionalidade. Função Social da Propriedade.

Sumário: Introdução. 1. Problemática Social - Crise Urbana e Ineficiência Estatal 2. Os Valores Constitucionais exigem Desapropriação Socialmente Justa 3. Fundamentação Positiva. 4. A Justiça em Disputa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca o direito fundamental à justa indenização, previsto constitucionalmente como forma de compensar o proprietário sujeito à desapropriação. A jurisprudência e grande parte da doutrina, atualmente, interpretam a indenização justa como aquela correspondente ao valor de mercado do bem. Com a desapropriação, independentemente da espécie, sancionatória ou por utilidade pública, o proprietário possui o direito subjetivo fundamental à indenização pelo seu valor de mercado mais acréscimos de juros e correção monetária, desde a perda da posse.

Nesses termos haveria a integral recomposição da diminuição do patrimônio do proprietário com a substituição integral da perda da posse do bem pela indenização. Entretanto, em interpretação crítica ao instituto, reconhece-se que o Estado brasileiro, atualmente, indeniza o proprietário não só pelo valor pelo qual adquiriu o bem com a



devida atualização monetária, mas também por uma supervalorização do imóvel. Trata-se de verdadeira mais valia imobiliária, uma vez que o valor da indenização é composto por valores adquiridos em razão de fatores externos à atuação do proprietário, como investimentos públicos na área em que o imóvel está localizado.

Em que pese o art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 alçar a justa indenização à categoria de direito fundamental individual, no Brasil do século XXI, um país democrático e urbano, mas com sérios déficits de moradia, saneamento básico e planejamento urbano, a indenização pelo valor de mercado ao invés de promover justiça é produtora de enriquecimento sem causa e especulação imobiliária. Estritamente dentro da lógica mercadológica, os interesses públicos ficam em segundo plano frente aos interesses privado e a garantia quase absoluta da propriedade privada. Ao se interpretar "*justo*" por valor de mercado, esvazia-se a justiça, objetivo máximo do próprio direito.

O presente trabalho, visa a propor novo paradigma interpretativo a partir da incorporação de maior densidade social à propriedade a fim de dar novos parâmetros ao magistrado quando estabelecer o valor da indenização. Parte-se da premissa de que a indenização para ser realmente justa deve fugir à lógica estritamente monetária e incorporar outros valores constitucionais a fim de não causar prejuízo ao erário e não gerar o enriquecimento sem causa ao proprietário. Desse modo, a partir da constatação de que a própria Constituição prevê expressamente o dever da indenizar de forma "justa" e não "pelo valor de mercado" é imperioso repensar o instituto a fim de dar instrumentos mais eficazes aos administradores públicos para promoção da política urbana.

1. A PROBLEMÁTICA SOCIAL - CRISE URBANA E INEFICIÊNCIA ESTATAL



No cenário global, a importância da atuação do poder público, e muito especialmente do poder local, é altamente relevante, através da formulação e implementação de políticas urbanas e habitacionais minimamente capazes de intervir no processo de urbanização diminuindo a perversidade de uma dinâmica de mercado que exclui parcelas significativas da população mundial da possibilidade de acesso ao solo, bem indispensável à vida humana.¹

As cidades brasileiras não fogem à regra e se tornam cada vez mais excludentes agravando a crise já perene de falta de moradia, de transporte intermunicipal precário, de rede saneamento reduzida e de disposição de espaços culturais concentrados. O Estado brasileiro, nestes termos, não só se mostra incapaz de intervir de forma eficaz como é mais um ator de reprodução da lógica de exclusão e enriquecimento indevido dos particulares, visto que ao desapropriar pelos valores de mercado compensa os desapropriados com os lucros privatizados partir do processo de urbanização mercadológico – lucro esse denominado “mais-valia urbana”.²

No tocante à desapropriação e os valores da desapropriação, é interessante notar, que o Poder Público, com a finalidade de dar cumprimento ao interesse público, ao menos idealmente indeniza os particulares pelo valor de mercado, ignorando, na maioria das vezes, desse mesmo os valores externos ao estabelecimento preço. Na maioria da vezes e à revelia da lei os investimento públicos realizados na localidade, que são fatores de construção do preço de mercado, também não são considerados. Há, verdadeira supervalorização do preço em relação ao valor efetivamente pago pelo

¹ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *A Política Urbana em disputa: desafios para a efetividade de novos instrumentos em uma perspectiva analítica de Direito Urbanístico Comparado (Brasil, Colômbia e Espanha)*. Rio de Janeiro, 2008, p. 26. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp124123.pdf>. Acesso: 24/11/2015.

² SALLOUM E SILVA, Phillipe Cupertino; ALCÂNTARA, Rafaela Cavalcanti. *Da apropriação do urbano pelo capital à captação da mais-valia urbana: respostas e possibilidades institucionais no ordenamento jurídico-urbanístico brasileiro*. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1aaf0824977d185>. Acesso: 01/02/2016



proprietário. Na hipótese de indenização pelos valores influenciados pela valorização de investimento público no local, há verdadeira dupla oneração por parte do Poder Público, pois além de investir pagará pela valorização do imóvel que ajudou a valorizar. Também comum é a construção artificial dos preços via investimentos especulativos de terceiros, que se beneficiam exclusivamente das desapropriação, até mesmo a partir de influência nos projetos urbanístico. Não mais absurdo são as situações de indenização pelo descumprimento da função social da propriedade, em que se indeniza o descumpridor da lei, como se aquele nada tivesse feito, já que será indenizado pelos valores reais do bem.

Ao se indenizar o proprietário pelo preço do bem no mercado, o Estado contribui em grande medida para maior injustiça social, pois bonifica os proprietários com capital oriundo da tributação dos contribuintes a revelia do interesse públicos. Trata-se de verdadeira indenização injusta, quando o proprietário tem lucro sobre o erário público.

Medida proposta por Alfonsin³ seria a captação da mais-valia urbana em benefício da coletividade, identificada como um instrumento de socialização dos ônus e benefícios da urbanização, estando já consolidado em ordenamentos jurídicos mais avançados no que se trata de direito urbanístico como é o caso de Espanha e Colômbia.

No Brasil, entretanto, tal instrumento ainda é pouco utilizado. A desapropriação que poderia e deve ser alçada ao papel de instrumento de captação de mais valia, é utilizado, como já afirmado, na prática como mais um instrumento dos agentes públicos para retroalimentar uma dinâmica privatista e patrimonialista em prol de interesses privados.

A desapropriação, nesse cenário, mostra-se mais um instrumento produtor de injustiça social, mas conforme os valores e princípios constitucionais deveria ser

³ ALFONSIN, op. cit., p. 26.



instrumento efetivo de transformação social para a promoção da política urbana e agrária brasileira. Somente a partir de um novo paradigma interpretativo da justiça da indenização poderemos contribuir para a solução da crise social atual.

2. OS VALORES CONSTITUCIONAIS EXIGEM DESAPOPROPRIAÇÃO SOCIALMENTE JUSTA

Para a construção de um novo paradigma da justa indenização é fundamental ter em mente que o instituto da desapropriação se baseia em dois grandes princípios: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e , em segundo lugar, o da função social da propriedade.

O instituto da desapropriação é uma das espécies de intervenção do Estado na propriedade privada e tem como principal fundamento o princípio da supremacia do interesse público.

Tal princípio é fundamental à própria concepção do Estado Democrático de Direito constituído em 1988, que se legitima na vontade popular auferida nas disputas eleitorais, com o devido respeito das minorais. Para efetivar a estrutura normativa prevista na Constituição da República é indispensável reconhecer o interesse coletivo como soma dos interesses individuais.

Desse modo, entende-se que as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para o benefício da coletividade e, nas palavras de Carvalho Filho, se na atuação da Administração Pública não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.⁴ Nesses termos, a desapropriação antes de ser um

⁴ CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. Rio de Janeiro. Atlas. 2013. p 3.



apenas um eficaz instrumento se mostra imprescindível para a promoção do interesse coletivo.

O segundo princípio legitimador de uma desapropriação efetivamente justa é o da função social da propriedade visto que o direito à propriedade não pode ser considerado absoluto, natural ou pré constitucional. A intervenção a tal direito é pressuposto da existência de um sistema político coletivo visto que sem o instrumento da desapropriação não seria possível a implementação das políticas e obras públicas, garantidor, em última instância, do próprio direito à propriedade. O direito à propriedade é constituído também por deveres. E nas palavras de Comparato, "o respeito aos deveres fundamentais, ligados à propriedade privada, não resulta apenas da iniciativa do particular ofendido – o titular do direito fundamental de acesso à propriedade, por exemplo –, mas constitui objeto de uma política pública, constitucionalmente obrigatória".⁵

É, justamente, à luz dessa consideração da propriedade como fonte de deveres fundamentais que se deve entender a determinação constitucional de que ela *atenderá à sua função social* (art. 5º, inc. XXIII da Constituição Federal Brasileira).⁶

3. FUNDAMENTAÇÃO POSITIVA

O direito à indenização prévia e justa por desapropriação é prevista na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, visto que presente no rol do art. 5º em seu inciso XXIV, que dispõe:

A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>. Acesso: 01/02/2016.

⁶ Ibid.



Desse modo deve-se ressaltar ser o direito à propriedade é também direito fundamental, mas somente aquele que cumpra a sua função social conforme o rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal.

Tais disposições são deveras relevantes por serem a base para toda a ordem econômica de mercado, que tem o direito à propriedade individual como um dos principais direitos fundamental.

Uma breve análise histórica demonstra a importância do tema tendo em vista a inclusão do requisito da necessidade das desapropriações serem prévias e justas como direito fundamental previsto no art. 5º, verdadeira cláusula pétrea. A Constituição de 1988 segue a tradição brasileira de utilizar-se da expressão "justa" para definir a qualidade das desapropriações. Tal conceito está presente desde a Constituição de 1934 todas as Constituições republicanas do Estado brasileiro; É a regra, com a especial exceção da Constituição do Estado Novo, caracterizada pela autoritarismo do presidente Getúlio Vargas.

À época, foi promulgado o Decreto Lei 3365 de 1941 no qual era previsto valor mínimo e máximo à indenização. Eis a disposição com o respectivo parágrafo revogado:

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufere o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

Parágrafo único. Se a propriedade estiver sujeita ao imposto predial, o "quantum" da indenização não será inferior a 10, nem superior a 20 vezes o valor locativo, deduzida previamente a importância do imposto, e tendo por base esse mesmo imposto, lançado no ano anterior ao decreto de desapropriação. (Revogado pela Lei nº 2.786, de 1956).⁷

⁷ BRAIL. Decreto-Lei 3365 de 21 de junho de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13365.htm. Acesso: 24/11/2015



Ressalta-se que tal Decreto foi instituído durante o Estado Novo, no auge do regime autoritário do Presidente Getúlio Vargas, sem a participação do Congresso Nacional no processo Legislativo, pois fechado. Embora não se possa falar que o Estado Novo tenha tido sua economia plenamente controlada pelo Estado, é marcante seu caráter extremamente dirigista. Mas com nítidas bases capitalistas, onde a propriedade privada teve seu comum estatuto de proteção. Curioso, todavia, é a verificação que o Decreto-Lei de tal governo tenha sobrevivido por diversos períodos históricos, com os mais diversos vernizes ideológicos sem significativas alterações. Vigente até hoje, há mais de 70 anos, o decreto representa a forte rigidez do instituto.

Destaca-se ainda que tal delimitação do valor indenizatório foi revogada por lei complementar democraticamente elaborada pelo Congresso Nacional, acima apontado, após a retomada de eleições no Brasil.

Sobre os ditames do Estado Democrático a indenização à desapropriação enquanto direito fundamental justifica-se justamete por ser vista como uma garantia a possível violação do direito à propriedade. Em que pese ser visto como necessário, deve-se garantir uma indenização correspondente para impedir qualquer intervenção indevida no patrimônio dos indivíduos. A desapropriação, embora inquestionável do ponto de vista pragmático para garantir o funcionamento do Estado e o desenvolvimento da economia, será dosada na gravidade de sua intervenção pela qualidade da indenização provida.

Por tal raciocínio, há a indenização será em dinheiro, quando a desapropriação for para fins de desenvolvimento urbanístico (art. 182, parágrafo 3º).⁸ Independentemente do descumprimento da função social da propriedade urbana.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 24/11/2015.



Na política agrária, identificada pelo constituinte como mais sensível e tendo em vista a necessidade de interferência maior do Poder Público para por fim ao latifúndio improdutivo e realizar a reforma agrária, a indenização será em títulos da dívida pública. (Art. 184 da Constituição). ⁹Tal crédito, em vez de dinheiro, por ser menos confiável e ter menos valor, é visto como uma punição ao proprietário que descumpriu a função social de sua propriedade rural.

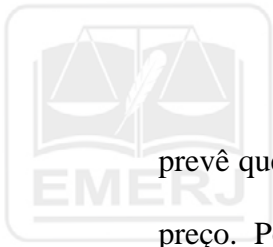
Por fim, há o confisco, que é a transferência da propriedade do indivíduo para o Estado, sem qualquer indenização, posto o propriedade não somente descumpriu seus deveres inerentes à propriedade como cometeu crimes, possíveis somente pelo propriedade de imóvel. Trata-se do plantio de psicotrópicos e a imposição de trabalho escravo, previstos no artigo 243, já nas disposições constitucionais gerais, com a emenda recente de 2014.

Há portanto uma gradação da indenização, que vai desde a indenização prévia e em dinheiro pelo valor de mercado do bem até aquela que é nula, ou seja, sem indenização, no caso do confisco.

Em relação às disposições infraconstitucionais, há o Decreto-Lei nº 3365¹⁰, que regulamenta a desapropriação por utilidade pública. Mesmo não havendo disposição expressa de que o valor da indenização deverá ser o de valor do mercado, tal entendimento é implícito visto que há inúmeras referências à "preço" e "valor". No art. 13, afirma-se que a petição inicial da Administração Pública conterà oferta do preço. Há inclusive a necessidade de perícia técnica para avaliação do valor do imóvel. (art. 14). Há também o art. 15-A, em que se prevê a problemática de cobrança de juros quando haja diferença entre o preço ofertado e o valor do bem. E por fim o art. 20, no qual se

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 24/11/2015

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei 3365, de 11 e junho de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm. Acesso: 24/11/2015



prevê que a contestação somente poderá versar sobre vício processual e impugnação do preço. Por fim cabe ainda listar a disposição do art. 26¹¹ que inclui no valor da indenização os direitos de terceiro contra o expropriado e o art. 31 no que se prevê a sub-rogação o preço quaisquer ônus ou direitos recaiam sobre o bem expropriados.

O dispositivo mais relevante para a definição do valor da indenização é o 27 supracitado, que estabelece ser dever do juiz, com base em perícia técnica, indicar na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento devendo atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufero o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

Em 1962, a Lei 4.132¹² regulamentou a desapropriação por interesse social, que estabelece novas hipóteses de desapropriação, mas no tocante à indenização, em seu artigo 5º, institui a subsidiariedade do Decreto-Lei de 1941.

Diferentemente do instituto da desapropriação com finalidade de interesse público, com o advento da Constituição Cidadã e uma inédita abordagem constitucional sobre a reforma agrária como diretriz estatal, faz-se necessária nova legislação, que nasce em 1993 com a Lei nº 8987.¹³ Em termos gerais a nova lei trouxe procedimento especial que relativo à indenização não traz grandes novidades. Há a previsão do artigo 14 sobre a indenização em Títulos da Dívida Agrária e o parágrafo primeiro do artigo 12º que indica critérios para o juiz determinar o valor da indenização. Dentre eles, o laudo pericial e o valor de mercado. Contrariamente ao Decreto Lei 3365, há a

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei 3365, de 11 e junho de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13365.htm. Acesso: 24/11/2015

¹² BRASIL. Lei 4132 de 10 de setembro de 1982. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4132.htm. Acesso: 24/11/2015

¹³ BRASIL. Lei 9887 de 7 de dezembro de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9887.htm. Acesso: 24/11/2015



indicação expressa de que o mercado é parâmetro para determinar o valor do bem. O parágrafo 3º do referido artigo também se mostra relevante pois indica a diferença conceitual entre valor da indenização e da o imóvel, sendo esta componente daquela.

Em 2001, é promulgada a Lei 10.257¹⁴, o denominado Estatuto da Cidade. Tal norma regulamentou conforme sua ementa os artigos 182 e 183 da Constituição e estabelece a Política Urbana nacional. Dentre as diversas regras do Estatuto, há a esperada regulamentação da desapropriação urbana sancionatória com pagamento de títulos quando haja sucessivos descumprimentos de medidas administrativas para respeitar a função social do imóvel urbano. E, finalmente, parâmetros mais específicos sobre o valor da indenização no tocante à desapropriação, agora tanto a para utilidade pública como a punitiva supracitada. O parágrafo 2º do artigo 8º estabelece que o valor da indenização:

- I - refletirá o valor da base de cálculo do IPTU descontando o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o parágrafo 2º do artigo 5º desta Lei;
- II - não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

Trata-se de significativa evolução sobre um aprofundamento no cálculo do valor da indenização, visto que o legislador passa a reconhecer mais critérios para o cálculo do valor da indenização além do simples valor do bem pois exclui do montante indenizatório a valorização em função de obras públicas realizadas.

O presente artigo parte da evolução dos paradigmas que embasaram o sistema legal urbanístico. Procura-se demonstrar que essa mudança de embasamento político-ideológico fez que esse evoluísse do seu marco liberal inicial o que permitiu o desenvolvimento urbano a partir da segregação e produção da pobreza para a inauguração de uma ordem jurídico-urbanística

¹⁴ BRASIL. Lei 10.257 de 10 de julho de 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso: 24/11/2015.



mais progressista, liderada pelo Estatuto da Cidade respaldado pelos arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.¹⁵

O referido rol de dispositivos legais, como se percebe da simples leitura, desde o Decreto-Lei 3365 até o Estatuto da Cidade demonstra a lenta evolução do conceito de justa indenização mesmo tendo decorrido mais de 80 anos nos quais o Brasil passou por significativas transformações sociais e, na mesma medida, de sua ordem jurídica. A necessidade de repensar o instituto da justa indenização se impõe a partir dessa nova realidade social, a manutenção de grave crise habitacional e humana nos principais centros urbanos e a promulgação da Constituição de 1988 que exige nova reinterpretação de todo o ordenamento jurídico a partir dos novos princípios e diretrizes.

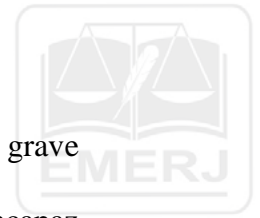
5. A JUSTIÇA EM DISPUTA

Deve-se ressaltar que o ordenamento jurídico naturaliza os poderes do proprietário do solo, sendo extremamente tímido no enfrentamento do obstáculo que a apropriação privada do solo urbano pode representar ao planejamento e à política urbana. Em que pese a inclusão do capítulo “Da Política Urbana” na Constituição de 88 ter se constituído em inequívoco avanço, o sentido e os efeitos jurídicos da função social da propriedade não foram definidos, permitindo que a *disputa* entre o direito de propriedade e a função social da propriedade fosse novamente protelada para ser decidida em leis posteriores, leis municipais e decisões judiciais.”¹⁶

Desde a Constituição da República de 1988, o legislador, salvo rara exceção no Estatuto da Cidade, não reformulou seu conceito sobre a indenização nas

¹⁵ SALLOUM E SILVA, Phillipe Cupertino; ALCÂNTARA, Rafaela Cavalcanti. *Da apropriação do urbano pelo capital à captação da mais-valia urbana: respostas e possibilidades institucionais no ordenamento jurídico-urbanístico brasileiro*. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1aaf0824977d185>. Acesso: 01/02/2016.

¹⁶ ALFONSIN, op. cit., p. 246.



desapropriações. Está preso à uma fórmula da década de 1950 gerando grave ineficiência na realização dos fundamentais da República Federativa do Brasil, incapaz ainda de promover nas desapropriações a captação da mais valia urbana a fim de promover os objetivos da República.

Para a interpretação da justa indenização, ou seja, para definir o que seria uma indenização justa, ou seja, o que se ou o que deveria se entender por indenização e por justa, há inúmeras possibilidades, como ensina a ciência da hermenêutica. O presente artigo visa uma interpretação crítica da justiça das indenizações em desapropriação e para tal se utilizará dos princípios constitucionais. Havendo conflito aparente de normas constitucionais ou a necessidade de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, ao intérprete, cabe a busca sistêmica a fim de dar a correta interpretação para os institutos.

No art. 3º da Constituição está o rol dos objetivos, dentre eles: o de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Trata-se de um vasto rol de objetivos da sociedade brasileira, o que implica ao ordenamento jurídico nacional interpretação com a finalidade de produção metas. Em que pese haver direitos individuais e sociais imperioso lembrar da clássica classificação de Canotilho¹⁷ para reconhecer na Constituição uma constituição dirigente. A partir de tal classificação, deve-se ter a clareza de que a Constituição não é um mero papel, ou até mesmo um compilado de normas visando a pacificação social. A constituição deve ser vista como um marco histórico programático de transformação social para atingir tais objetivos.

¹⁷ GUEDES, Néviton. Professor Canotilho e sua Constituição Dirigente. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-12/constituicao-poder-professor-canotilho-constituicao-dirigente>. Acesso em: 24/11/2015.



No presente caso, para valorar a justa indenização, em primeiro lugar deve se levar em conta a abertura conceitual da norma ao prever que a indenização deve ser justa. Não há definição consensual de justiça. Entretanto, extrai-se da justiça a ideia de correto, equânime, direito e certo. Soma-se ainda o fato de não haver no texto constitucional nenhuma referência a critérios para definir tal conceito. Cabe, portanto, ao legislador com base nos princípios constitucionais e nos objetivos da Constituição, defini-lo.

O legislador, após a Constituição de 1988 elaborou o Estatuto da Cidade. Entretanto, os outros estatutos normativos vigentes foram produzidos não só antes, como até mesmo em períodos autoritários. Desse modo, faz-se urgentemente necessário avaliar se tais leis e regulamentos foram ou não recepcionados pela Constituição. Em que pese as Constituições anteriores fazerem referência à justa indenização, há vasta gama de princípios e direitos fundamentais, além do rol de fundamentos da República que influenciam a desapropriação e exigem nova normatização do instituto.

CONCLUSÃO

Na busca de um novo conceito sobre a indenização justa em matéria de desapropriação, é imperioso reconhecer regra fundamental do Direito brasileiro: a da vedação do enriquecimento sem causa. Com tal incidência das normas constitucionais no campo das obrigações, princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, da liberdade, da justiça social e da solidariedade,



determinaram uma alteração estrutural nas relações jurídicas, criando novos valores a serem seguidos, conforme Vinícius Sousa.¹⁸

Como consequência disto, fica descabido ao ordenamento jurídico brasileiro, a admissão do enriquecimento sem causa, o que acarretaria na autorização de relações jurídicas maculadas pela disparidade entre as partes, transferências de bens sem a obrigação de uma contraprestação, ou seja, movimentação de riquezas e recursos, acréscimo patrimonial sem uma causa que justifique.

O veto ao enriquecimento sem causa é sustentado pela Constituição Federal, através de seus princípios e garantias. Mesmo que o diploma constitucional não trate de forma expressa sobre tal tema, pois tal disposição é resguardada a esfera infraconstitucional, no caso o Código Civil é quem possui a competência para dispor expressamente sobre normas expressas para vedação do enriquecimento injustificado, logicamente não conflitando com o texto constitucional.

No Código Civil de 2002¹⁹, há disposições expressas sobre a temática, embora sejam destinadas especificamente às relações civis. Não ignora-se, entretanto a referência axiológica para todo o ordenamento, inclusive para as desapropriações.

Note-se que a característica principal de tal regramento é a vedação de enriquecimento sem a correspondente ação. No caso das desapropriações, o valor pago à título de indenização deve refletir exatamente a indenização pelos valores pagos pelo bem, descontando eventuais valorizações que não tiveram a participação ou influência direta do desapropriado. Desse modo, deve-se avaliar se houve na localidade do bem investimentos públicos relevantes, e não somente obras públicas como prevê o Estatuto

¹⁸ SOUSA, Vinícius Eduardo Silva. Enriquecimento sem causa como cláusula geral do Código Civil: Interpretação civil-constitucional e aplicabilidade judicial. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9921. Acesso em 24/11/2015

¹⁹ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 24/11/2015.



da Cidade, que valorizaram o bem. Não seria justo, conforme disposições constitucionais, por não haver direito fundamental a enriquecimento sem causa.

A partir da análise até aqui desenvolvida as desapropriações somente poderão ser consideradas válidas se tiverem como critérios determinantes do valor de indenização a função social da propriedade, os objetivos da República e à vedação ao enriquecimento sem causa. Será o caso concreto que determinará, portanto, se a indenização cumpriu os ditames constitucionais e será constitucional ou não.

Por fim, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado a fim de solucionar conflito entre a oferta de preço da Administração Pública e aquele desejado pelo proprietário. Com base na teoria da efetividade das normas constitucionais a desapropriação somente será constitucional se for justa e respeitar a incidência dos princípios constitucionais e a vedação ao enriquecimento sem causa.

Ao juízo no caso concreto cabe, a partir de tal entendimento, reconhecer que o valor pago a título de indenização em determinada desapropriação é inconstitucional a partir da abertura da lei em prever critérios para a definição do valor do bem, e quando no caso específico, verificar que haverá violação das diretrizes constitucionais da política urbana, dos objetivos da República, das normas municipais de urbanização, da regra de vedação a enriquecimento sem causa e a violação à função social da propriedade.

O desafio presente, portanto, para o jovem Direito Urbanístico brasileiro não é mais o da construção de um ordenamento jurídico que faça a balança pender para o interesse coletivo e a afirmação da função social e ambiental da propriedade. A mudança das normas já foi formalmente aprovada. O desafio agora é a construção da efetividade dos novos instrumentos através da luta diária dos juristas e da sociedade.



REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes. *A Política Urbana em disputa: desafios para a efetividade de novos instrumentos em uma perspectiva analítica de Direito Urbanístico Comparado* (Brasil, Colômbia e Espanha). Rio de Janeiro. 2008. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp124123.pdf>. Acesso: 24/11/2015.

BRASIL. Decreto-Lei 3365 de 21 de junho de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm. Acesso: 24/11/2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 24/11/2015.

BRASIL. Lei 4132 de 10 de setembro de 1982. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4132.htm. Acesso: 24/11/2015

BRASIL. Lei 9887 de 7 de dezembro de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9887.htm. Acesso: 24/11/2015.

BRASIL. Lei 10.257 de 10 de julho de 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso: 24/11/2015.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 24/11/2015.

CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. Rio de Janeiro; Atlas, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>. Acesso: 20/09/2015.

GUEDES, Néviton. Professor Canotilho e sua Constituição Dirigente. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-12/constituicao-poder-professor-canotilho-constituicao-dirigente>. Acesso em: 24/11/2015.

SALLOUM E SILVA, Phillipe Cupertino; ALCÂNTARA, Rafaela Cavalcanti. Da apropriação do urbano pelo capital à captação da mais-valia urbana: respostas e possibilidades institucionais no ordenamento jurídico-urbanístico brasileiro. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1aaf0824977d185>. Acesso: 07/10/2015.

SOUSA, Vinícius Eduardo Silva. Enriquecimento sem causa como cláusula geral do Código Civil: Interpretação civil-constitucional e aplicabilidade judicial. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9921 Acesso: 07/10/2015.



O RATEIO ENTRE LOJISTAS DAS DESPESAS COM AÇÕES TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE *SHOPPING CENTER*

Débora do Carmo Moreira

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-Graduada em Direito *latu sensu* pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

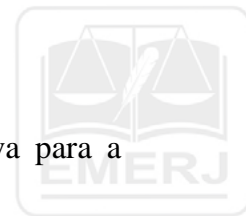
Resumo: A Constituição Federal tem como fundamento a construção de uma sociedade justa e solidária, capaz de promover a paz social e proteger a dignidade humana. Princípios como o da livre iniciativa e livre concorrência estão inseridos nesse contexto e devem nortear as relações econômicas que se estabelecem no país. O empreendimento *Shopping Center* assumiu papel de grande relevância no cenário nacional e, por conseguinte, merece atenção especial do legislador. Constata-se por diversos ângulos que há discrepâncias nessa relação, em que o lojista suporta ônus excessivo, frente ao poderio econômico do empreendedor e suas exigências a fim de que possa participar do complexo empreendimento, constituindo-se em prática anticoncorrencial em decorrência dos elevados custos que tem de suportar, tal como pretende mostrar o presente trabalho ao questionar a autorização legal de rateio das despesas com débitos de ações trabalhistas decorrentes da má gestão.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Contratos Empresariais. Legitimidade de cláusula contratual em contrato de *Shopping Center*.

Sumário: Introdução. 1. Natureza Jurídica do Contrato de *Shopping Center* e seus efeitos. 2. A pertinência da aplicação da lei de locações aos contratos de *Shopping Center*. 3. Rateio de despesas derivada de débitos trabalhistas de funcionários do *Shopping* ao abrigo da lei. Necessidade de legislação própria à regulação da espécie contratual. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo consiste em fazer uma análise crítica sobre a cláusula contratual que autoriza o rateio entre os lojistas – locatários – de despesas suportadas pelo empreendedor - dono do *shopping center* -, quando sucumbente em demandas trabalhistas



oriundas da relação de emprego de funcionários que exerciam atividade exclusiva para a prestação de serviços que integram a natureza do negócio como limpeza e segurança.

Para tanto, serão mencionadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema com o fim de se verificar a plausibilidade da legislação atual ao modelo de negócio proposto.

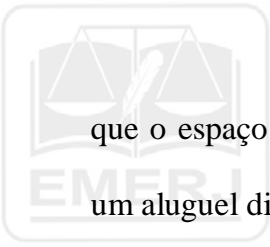
A lei de locações permite a cobrança das despesas com ações trabalhistas de funcionários do *shopping* com os lojistas quando o contrato de aluguel for contemporâneo ao período do contrato trabalhista do funcionário. No entanto é importante discutir se esse permissivo legal está em consonância com os objetivos gerais que devem reger os contratos, como função social e boa fé objetiva.

Isso porque, pesquisas realizadas no contexto apontam que a maior parte dos lojistas de *shopping center* é de pequeno e médio porte e terminam por encerrar suas atividades em menos de cinco anos, provavelmente em razão de onerosidade contratual.

No primeiro capítulo importa indagar até que ponto a lei de locações é adequada para regular os contratos de shopping center com pertinência a locação dos espaços desse empreendimento e sua aplicação ao modelo de negócio proposto.

Igualmente importante é fazer análise da natureza jurídica atribuída ao contrato em escopo, a fim de identificar falhas que onerem excessivamente o locador, o que certamente poderá influenciar de maneira direta na sobrevivência do próprio empreendimento.

Ultrapassada a análise quanto à pertinência legislativa a regular o modelo de negócio, bem como a natureza jurídica da espécie contratual, o segundo capítulo abordará reflexão acerca da possibilidade jurídica do rateio das despesas oriundas de condenações em ações trabalhistas dos funcionários do empreendedor, indagando-se sobre sua legitimidade, uma vez que esses são empregados do *Shopping* que deveria contabilizar como risco de seu empreendimento, pois as atividades desempenhadas por eles faz parte do pacote de serviços



que o espaço do empreendimento oferece tanto aos clientes como aos lojistas que já pagam um aluguel diferenciado daquele que possui uma loja na rua.

O terceiro capítulo destaca a necessidade de mudanças na legislação, a fim de que seja alcançada as peculiaridades da espécie contratual, em especial, quanto a proibição do rateio de despesas com débitos trabalhistas do empreendedor, uma vez que é risco do negócio deve ser considerada risco do negócio.

Assim, para cumprir a finalidade da proposta, será utilizada a metodologia do tipo bibliográfica que consiste em colocar o pesquisador em contato com o que já se produziu e registrou a respeito do tema de pesquisa.

1.NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER E SEUS EFEITOS

Os *Shopping Centers* têm presença marcante na vida dos brasileiros, há mais de uma centena deles espalhados por diversas cidades e capitais do país.

Sua gênese é marcada na era capitalista, após a segunda Guerra Mundial nos anos 50, em razão das inúmeras transformações socioeconômicas pelas quais o mundo passou após esse evento marcante.

A aceitação do novo modelo empreendedor é incontestável e seu crescimento uma realidade. As inúmeras facilidades oferecidas aos consumidores, como comodidade para as compras e segurança apresentam-se como os principais elementos motivadores do sucesso.

A espécie de empreendimento apresenta-se como verdadeira instituição do mundo moderno, com todo seu arcabouço de atrações, concentrando em um único local, comércio, serviços e lazer, alterando para sempre os costumes de uma geração.



Trata-se os *Shopping Centers*, de acordo com a definição da ABRASCE¹ de:

Centro comercial planejado sob uma administração única, composto de lojas destinadas à exploração comercial e à prestação de serviços, sujeitas a normas contratuais padronizadas, para manter o equilíbrio da oferta e da funcionalidade, assegurando a convivência integrada e pagando de conformidade com o faturamento.

Os *Shopping Centers* constituem verdadeiro complexo organizacional, no qual, o Caio Mario da Silva Pereira², define como sendo fases de desenvolvimento de um centro comercial, onde na primeira delas o empreendedor com assessoria de diversos profissionais elabora um estudo minucioso do local onde se pretende construir o *shopping*, bem como as condições econômicas das pessoas que habitam nas proximidades.

Decorre dessas premissas a estrutura a ser traçada e os ramos que melhor atendam as demandas identificadas, momento em que são definidos os ramos de atividades ideais para exercício da atividade empresarial por parte dos lojistas. Tudo isso objetivando o fim precípua que é o sucesso do negócio para as partes envolvidas: empreendedor/lojistas.

A respeito do empreendimento acentua Maquieira³:

Na implantação e organização de um shopping Center, nada é improvisado. Um empreendimento desse porte não demanda, apenas, grandes recursos financeiros. Ele exige, antes de tudo, um conhecimento altamente profissional do setor, compreendendo, preliminarmente, estudos de localização compatíveis com a relação possibilidade-necessidade, vale dizer, com a possibilidade de se ter uma área que possa abarcar a estrutura necessária; e das necessidades potenciais do universo de pessoas geograficamente alcançáveis pelo shopping center, aí englobados os exames das características socioeconômicas da população e o grau de aceitabilidade do empreendimento nos hábitos da mesma.

Essa gama de atividades que envolvem a elaboração do projeto de instauração de um *shopping center*, vai oportunizar para diversos empresários uma condição especial de desenvolvimento de seus negócios, uma vez que o denominado *tenant mix*, que na definição de Silvio Venosa⁴ representa o trabalho realizado pelo empreendedor do planejamento:

¹ ABRACE apud MARTOS, FredericoThales de Araújo. A atipicidade do contrato de Locação em Shopping Center. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n.413, p.626, jan-jun.2011.

² PEREIRA, Caio Mario da Silva apud BARCELLOS, Rodrigo. *O contrato de Shopping Center: contratos atípicos interempresariais*. São Paulo:Atlas.2009, p.75.

³ *Ibid.*, p.75-76.

⁴ VENOSA, Silvio de Salvo apud MARTOS, FredericoThales de Araújo. A atipicidade do contrato de Locação em Shopping Center. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n..413, p.629, jan-jun.2011.



[...] plano de determinação dos ramos e localização das lojas e pontos de vendas dentro do centro de compras gravitando em torno das chamadas lojas-âncoras, as quais funcionam como ponto magnético da clientela. Esse aspecto pode ter importantes reflexos no exame das relação locatícia nesse empreendimento, uma vez que o lojista não pode livremente mudar de ramo de comércio.

Indubitável que o direito sucede os fatos e é justamente o que se quer ressaltar no presente trabalho, a necessidade de regulação jurídica à espécie contratual que rege as relações advindas desse novo modelo de negócio, especialmente, aquelas inerentes às tratativas entre o empreendedor e os lojistas.

Importante destacar que, a despeito da menção assinalada no art. 52 § 2º da Lei 8.245/1991⁵, no que toca à relação estabelecida entre esses dois protagonistas – empreendedor/lojistas – é amplamente debatida na doutrina pátria a necessidade de uma regulamentação específica a reger a espécie. Nesse passo, é natural que no ímpeto de suprir essa ausência, o legislador faça adaptações em leis já existentes na tentativa frágil de resolver a questão.

Atesta-se que o legislador, diante de grandes inovações como no caso dos *Shopping Centers*, procura realizar uma adaptação legislativa. Isso porque as grandes inovações advindas desse novo modelo de negócios, até então desconhecido no Brasil, representou uma série de direitos e deveres, vantagens e desvantagens que se refletem, em determinados casos, abusivas face as peculiaridades contratuais decorrentes da liberdade exacerbada de contratar.

Verifica-se que há uma tentativa frustrada de adaptação dos modelos contratuais atípico a uma legislação cujo escopo foi regulamentar espécies típicas de contrato, como o da locação; em resposta às demandas advindas das aceleradas e profundas transformações socioeconômicas do sistema atual.

⁵ SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato Comentada*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 227. O autor confirma o debate sobre a natureza jurídica da espécie contratual em análise quando afirma que “sustentavam uns que o contrato era atípico, já que apresentava certas cláusulas e condições que não se acomodavam no modelo tradicional da locação; outros diziam que o contrato era de sociedade, e ainda outros falavam em “contrato de estabelecimento” ou em contrato de locação, mas com “cláusulas atípicas” .”



É fato que o poder legislativo pátrio, comumente, não acompanha as necessidades regulatórias advindas das mudanças havidas no contexto econômico e não foi diferente quando do *boom shopping Center*, modelo de negócio totalmente novo no mercado, dando azo à relações contratuais com nuances específicas que refogem ao alcance do arcabouço legal até então existente.

Decerto que, estabelecer a natureza jurídica do contrato de *Shopping Center*, é ponto fundamental para delimitar o regime jurídico a que deverá se submeter. Inicialmente, Caio Mario da Silva Pereira⁶ tentou enquadrar a espécie como sociedade em conta de participação, mas sem êxito após análise e conclusão de que essa espécie contratual envolvia coparticipação em lucros e perdas, o que não acontece aqui.

Num segundo momento o referido autor tentou de forma análoga classificar o contrato como de *joint venture*, espécie que embora aproxime pessoas com o objetivo de explorar determinado empreendimento, também se verifica a divisão de perdas e lucros, o que não ocorre nos contratos de *shopping center*, uma vez que cada parte arca com seus resultados financeiros sozinhos.

A situação das partes no contrato de *shopping center* é tão específica que sua natureza jurídica se transformou em uma das mais instigantes indagações jurídicas.

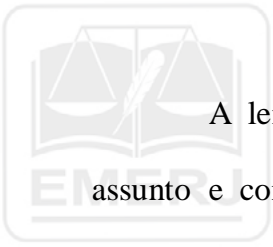
Orlando Gomes⁷ entende tratar-se de um contrato atípico misto. Aliás, em Simpósio instalado exclusivamente para debater o assunto, o jurista asseverou que novas figuras jurídicas não podem ser explicadas com velhos quadros em decomposição do direito romano.

No entendimento de Rubens Requião⁸ o que existe em realidade é uma coligação de contratos e entre eles o de locação.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva apud COELHO, Fábio Ulhoa. Locação em Shopping Centers. *Revista do Advogado*, Rio de Janeiro, n.108, maio 2010, p.56-51.

⁷ GOMES, Orlando apud BARCELLOS, Rodrigo. *O contrato de Shopping Center: contratos atípicos interempresariais*. São Paulo. Atlas.2009, p.103.

⁸ *Ibid*, p.102



A lei, no entanto, valoriza entendimento parcial da doutrina pátria a respeito do assunto e considera ser o contrato entabulado pelo empreendedor e lojistas de natureza locatícia, apoiam essa versão autores como Caio Mario da Silva Pereira, Washington de Barros Monteiro e Modesto Carvalhosa⁹, os quais, ainda que admitindo a existência de peculiares aspectos no contrato sob comento, tais características não se configuram suficientes a descaracterizá-lo como tal.

É fato que jamais se poderia tratar essa nova modalidade de negócio com base nas regras da locação tradicional, eis que, nesta, não se persegue qualquer vantagem através do esforço comum, o que está claramente presente nos contratos de *shopping center* uma vez que o sucesso tanto do lojista quanto do empreendedor são combustíveis a alimentar a espécie de negócio.

Disso conclui-se que disparidades na relação contratual só fomenta o desequilíbrio da proposta do negócio, desencadeando ofensa aos mais caros princípios que devem nortear o sistema econômico do país, como livre iniciativa e preservação da empresa.

2. A PERTINÊNCIA DA APLICAÇÃO DA LEI DE LOCAÇÕES AOS CONTRATOS DE SHOPPING CENTERS

A matéria, invariavelmente, é tratada na teoria geral dos contratos civis, olvidando da lógica da particularidade existente em diversas espécies, ou seja, olha para a espécie como contrato atípico misto e a tipicidade possui o condão de distingui-los e é preponderante nessa matéria, posto que provem do elemento causa, do objetivo contratual. Por isso que tipicidade representa presença de legislação especial.

⁹ COELHO, op.cit.,p.58.



Há muito que a doutrina se determinou a espancar alguns conceitos engessados a respeito das teorias clássicas contratuais, especialmente, quanto a o princípio da *pacta sunt servanda* neste viés contratual.

Nos contratos de *Shopping Center* não se pode afirmar peremptoriamente que se trata de um contrato de adesão direto, uma vez que ambas as partes assinam e “podem” discutir suas cláusulas. O termo é citado em aspas porque, na realidade, é previsível que para o lojista não há muito o que se questionar, especialmente, quanto ao rateio de despesas, visto que empreendedor exerce com superioridade seu poderio sobre aquele quando da elaboração das regras contratuais.

É fato que, ou o lojista aceita as regras impostas pelo empreendedor, ou o negócio entre eles não se consolidará. Isso explica a existência de um contrato de adesão às avessas.

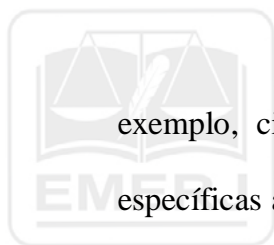
Diante das peculiaridades que se debruçam sobre os contratos empresariais urge uma análise mais acurada dessas espécies, eis que possuem características específicas que não são alcançadas pela lei do inquilinato.

Paula A. Forgione¹⁰ chega a afirmar que na realidade, os contratos empresariais são verdadeiros processos. Ela classifica o contrato como um conjunto ordenado de etapas, visando não satisfazer interesse de uma ou ambas as partes, mas sim a um fim compartilhado pelas empresas.

A concepção de que contratos empresariais se constituem verdadeiros processos se coaduna com o objetivo do contrato entabulado por empreendedores e lojistas, uma vez que o desenvolvimento do negócio individual refletirá substancialmente no coletivo.

Em um processo legislativo-evolutivo, percebe-se com fácil clareza que muitas relações que dantes eram consideradas como parte de um conjunto, a partir de inúmeras mutações fáticas e jurídicas desencadearam um processo de especialização do direito. Como

¹⁰ FORGIONE, Paula A. *Contratos Empresariais –Teoria Geral e Aplicação*. Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais, 2015, p.22-23.



exemplo, cite-se a especialização do direito do consumidor, o qual passou a ter regras específicas a regular uma espécie contratual que por décadas se sujeitava às regras gerais que regem os contratos civis.

O contrato de locação de *shopping center*, em que pese de ampla utilização, mostra-se como um instituto jurídico complexo diante da atipicidade de sua estrutura, posto que mistura características de locação e também outros elementos necessários ao desenvolvimento do empreendimento.

Dessa sorte, o objeto do presente estudo sugere ampla reflexão acerca da aplicação da lei de locações à espécie e seus efeitos para a classe de lojistas, diante da ausência de regulamentação específica.

A atipicidade do contrato, para alguns autores, como Sylvio Capanema de Souza¹¹ não chega a descaracterizá-lo como contrato de locação, mas admite que criam diferenças significativas que exigem tratamento legal também diverso.

Essas cláusulas atípicas estão no entendimento Professor: Cavalieri autorizadas no artigo 54 da Lei de Locações: “Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.”

Importante destacar que, embora haja limitações estabelecidas na lei de locações, especialmente, na alínea a, § 1º do art. 54, quanto ao repasse de determinadas despesas aos lojistas. Verifica-se que tal limitação não é suficiente a impedir prejuízos aos locatários. Haja vista, poder o empreendedor ratear determinadas despesas que numa percepção mais técnica sobre empreendimento e análise de risco do negócio, caberia tão somente ao empreendedor, ou seja, ao locador.

¹¹ SOUZA, op.cit., p.54.



Partindo-se da premissa de que se considera risco o conjunto de possibilidades com probabilidades e perdas quantificadas, o risco do empreendimento seria um investimento sujeito a perdas e ganhos para aquele que se lança a investir em determinado seguimento comercial.

Ora, o empreendedor, dono do *shopping center*, se propôs a criar um espaço que agrega serviços e condições que facilitem a viabilidade comercial adunada a geração de lucro para o lojista. Nesta esteira, haverá reflexo positivo para aquele, uma vez que o valor do aluguel é variável, ou seja, de acordo com o lucro auferido por este.

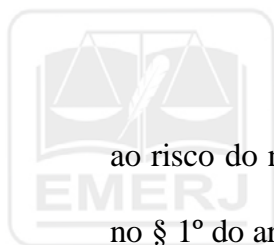
De uma análise mais acurada do art. 54¹² da lei de locações, depreende-se que seu texto não se reflete muito claro, dando azo à elaboração de contratos “próprios” ensejadores de desequilíbrio entre os contratantes, uma vez que gizados por cláusulas iníquas como a que permite ratear despesas oriundas de ações trabalhistas intentadas pelos empregados do *shopping center*.

Existem despesas que estão diretamente vinculadas ao risco do negócio e ao modelo de gestão. As ações trabalhistas surgem, em regra, em razão do descumprimento da legislação celetista e esta responsabilidade é exclusiva do empreendedor, pois é ele quem administra seus recursos humanos e, por óbvio, se não o fez adequadamente deve ser dele o ônus decorrente.

A ampla liberdade conferida pelo artigo é digna de questionamento e sobretudo de mitigação, de maneira que as disposições do contrato entre empreendedor e lojista possa se dar de forma mais equânime, posto que a geração de lucro tem que alcançar ambas as partes.

O aluguel pago pelo lojista está fora dos padrões locatícios comerciais de “beira de rua” e, por consequência, toda a despesa pertinente aos empregados do *shopping* pertencem

¹² Ibid., p. 236.



ao risco do negócio pelo que não pode ser repassado, a despeito da autorização legal imposta no § 1º do art. 54 da Lei de Locações.

O princípio da boa fé e a função social do contrato devem ser balizadores também de qualquer espécie contratual, são fundamentais para que se alcance harmonia entre os interesses envolvidos. De tal forma que sejam preservados princípios constitucionais como o da ordem econômica, eis que vinculados à lealdade e confiança entre as partes.

Do exposto, imperativa a conclusão de que a lei de locações, em que pese haver outros pontos divergentes para sua aplicação aos contratos de *Shopping Centers*, por ausência de especificidade e abordagem direta da matéria no corpo legislativo, mostra ainda mais danosa ao modelo de negócio quando disciplina de forma iníqua questões como a permissão para a cobrança das despesas oriundas de débitos trabalhistas.

3.RATEIO DE DESPESAS DERIVADAS DE DÉBITOS TRABALHISTAS DE FUNCIONÁRIOS DO SHOPPING AO ABRIGO DA LEI. NECESSIDADE DE REGULAÇÃO PRÓPRIA DA ESPÉCIE CONTRATUAL.

A história da locação no Brasil¹³ passou por diversas fases, iniciando-se com as ordenações até a entrada em vigor do Código Civil de 1917. O contexto social era de guerra e havia uma crise habitacional que reclamava soluções, danos azo, em dezembro de 1921 ao surgimento da primeira lei do inquilinato. A partir de então, uma série de leis foram surgindo ao longo do tempo.

As alterações legislativas com vistas a regular as relações locatícias caminhavam no sentido de resolver um problema, *ab initio*, de moradia e, posteriormente, alargou-se para os imóveis não residenciais.

¹³ RIBEIRO, Arnaldo de Souza. Leis do Inquilinato e Contrato de Locação. Disponível em <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2499613>. Acesso em 30/09/2015.



Essas alterações continuam acontecendo e uma delas se refere à discussão que trazemos a lume nesta reflexão, qual seja, a introdução de artigos na Lei de Locações com o fim de reger os contratos entre empreendedor de *shopping center* e lojistas.

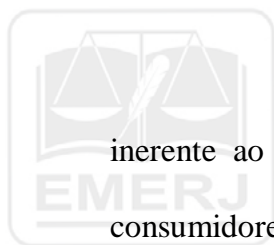
O que se verifica a partir dessas alterações é um esforço inócuo do legislador de adaptar a lei de locações aos ao negócio jurídico envolvendo as tratativas comerciais do negócio jurídico envolvendo os *Shopping Centers*, considerando que essa lei jamais conseguirá abarcar todas as peculiaridades que envolvem contrato tão complexo.

A ampla liberdade conferida pelo art. 54 da Lei de Locações às partes integrantes dos contratos de *shopping center*, possibilitando ao empreendedor, entre outras questões, cobrar alugueres com base no faturamento do lojista, cobrar o décimo quarto aluguel, bem fiscalizar o “caixa” das lojas, como autorização para fiscalização dos rendimentos das lojas, sinaliza que o comerciante se revela parte hipossuficiente na relação, na medida em que não pode discutir a maioria das cláusulas que lhes são impostas para a realização do contrato.

Não há dúvida de que a intenção do legislador na elaboração da lei de locações não foi reger a espécie contratual aventada neste artigo diante da clareza de sua especificidade. Há peculiaridades não abrangidas pelo diploma locatício e ainda permissões que beiram ao abuso do direito como se demonstrará.

A *mens legis* de uma norma se refere ao seu “espírito”, ou seja, sua intenção, seu objetivo e em que pese a espécie comporte uma das principais características do contrato locatício - uma das partes cede à outra, por tempo determinado ou indeterminado, o uso e gozo do imóvel mediante retribuição pecuniária-, essa intenção do legislador não foi direcionada com o fim de alcançar todas as peculiaridades que envolvem o negócio sob exame.

O negócio envolvendo *Shopping Center* não se refere à divisão de um simples prédio em numerosas lojas, mas trata-se de um verdadeiro fundo de comércio com toda peculiaridade



inerente ao arcabouço de serviços colocados à disposição tanto dos lojistas, quanto dos consumidores.

Importante trazer a lume que para a concretização do negócio jurídico entre empreendedor e lojista é necessário um contrato de locação, um regimento interno, uma convenção que contenha normas gerais de locação, administração, funcionamento, fiscalização e ainda a participação do comerciante na associação dos lojistas.

Thiago Neves¹⁴ assevera que o não exaurimento de todos os direitos e obrigações entre os contratantes ocorre porque o empreendedor guarda para a Escritura Declaratória de Normas Gerais e o Regimento Interno, quando houver, as normas gerais e minúcias sobre a organização e funcionamento.

Essa escritura de normas é apenas um dos aspectos que denunciam a especificidade do contrato, uma vez que em um contrato de locação puro e simples - tais regras – e das quais não cabe quaisquer discussões – não se aproxima sequer da convenção de condomínio que pode ser amplamente debatida em assembleias condominiais.

O referido autor destaca que as normais gerais objeto da Escritura Declaratória são regras de adesão, aplicáveis a todos os lojistas, sem possibilidade de questionamento. Esse modelo possui o condão de estabelecer obrigações uniformes para todos os lojistas, visando o sucesso do negócio. Em contrapartida, é bastante comum a possibilidade de negociação das cláusulas que regem um contrato de locação comum.

É importante no mercado de *Shopping Centers* fazer uma abordagem sobre a questão do condomínio que por diversas razões inspira muitas dúvidas.

Antes de qualquer discussão, impreterível apontar uma definição de condomínio, ainda que de uma forma genérica, apenas para delimitar o entendimento: assim, condomínio

¹⁴ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos Mercantis*. Atlas: São Paulo, 2013, p. 442.



pode ser definido como a propriedade de um imóvel, bem ou coisa exercida em conjunto por duas ou mais pessoas.

O condomínio está muito presente na vida cotidiana, praticamente todo mundo compreende sua definição, porém, na prática, e principalmente, quando aplicado nos negócios de *Shopping Center*, o condomínio ganha aspectos bastante complexos que importam esclarecimentos.

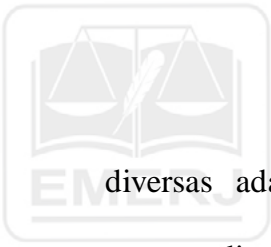
De início, cabe esclarecer que condomínio não é a propriedade ou imóvel ou o bem, o condomínio é o vínculo entre seus diversos proprietários que têm obrigações e direitos que recaem sobre a propriedade em comum. Esse conceito fica explícito quando Arnaldo Rizzardo¹⁵ aduz que “ A expressão “ condomínio “ expressa a comunhão de direitos entre duas ou mais pessoas sobre um bem ou um conjunto de bens”.

No *Shopping Center*, o condomínio se apresenta de forma sistemática e adequada à permitir que o empreendimento seja gerido e administrado com uniformidade, indivisibilidade e coesão. Compreender a assertiva é importante, uma vez que se cada parte do *Shopping* fosse gerida e administrada por um proprietário ou locatário, coordenar todos os esforços, ações e medidas necessárias para preservar a estratégia na consecução de objetivos claros e bem definidos se tornaria impossível. A vontade individual se esforçaria para prevalecer, provocando o caos no negócio.

Há *Shopping Centers* em que cada lojista é proprietário do seu espaço comercial e/ou loja, mas mesmo nesses empreendimentos, a gestão e a administração, invariavelmente, é feita por uma pessoa, empresa, síndica e ou entidade representante de proprietários.

Acontece, porém, que a figura do condomínio não foi criada para servir ao modelo de negócio de um *Shopping Center*, então, sua aplicação e compreensão precisa passar por

¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.3.



diversas adaptações, para que seja uma forma útil e correta de gerir um tipo de empreendimento tão complexo e dinâmico.

Em regra, os condomínios de *Shopping Centers* são criados para permitir o rateio das despesas do empreendimento, criando, assim, uma participação de cada um dos locatários sobre o custeio das despesas chamadas comuns, sendo que, as despesas chamadas privativas e/ou específicas são assumidas individualmente por quem se beneficiou delas.

É exatamente neste ponto que surge o questionamento que se procura levantar neste artigo, uma vez que a lei de locações desloca para o contrato uma série de regras estabelecidas entre empreendedor e lojista, justamente por não alcançar as minúcias do complexo negócio jurídico que se estabelece entre eles.

Nada obstante, o art. 22, X da lei de locações¹⁶ determina, o que é normal nos contratos locatícios, o pagamento de despesas extraordinárias, entre as quais, encontra-se aquela objeto de questionamento no presente artigo, qual seja, a possibilidade do empreendedor cobrar do lojista as despesas havidas com ações trabalhistas de seus funcionários ao tempo da locação, na forma do parágrafo único alínea “d” do aludido dispositivo.

É fato que o dono do *Shopping Center* não é um mero locatário, mas um empreendedor, que desenvolve atividade empresarial e, por conseguinte, com o fim de lucro. Disso, se depreende que sua atividade envolve risco, o conhecido risco do empreendimento.

Nesse passo, imperioso reconhecer que as despesas com débitos oriundas de ações trabalhistas decorrem inexoravelmente da má gestão dos contratos de trabalho. Porquanto, as despesas atinentes a débitos trabalhistas dos funcionários do empreendedor deveriam ser por ele suportadas e não pelos lojistas que já arcam com um aluguel diferenciado do praticado no

¹⁶ SOUZA, op.cit., p. 122.



mercado, em razão de todos os serviços que lhe são prestados para o bom desempenho do negócio.

Essa prática, diante do permissivo legal, só fomenta a má gestão dos recursos humanos do empreendedor, uma vez que fere outros diplomas legais com sua conduta desidiosa, como as regras trabalhistas, confiante que acobertado por disposição legal, poderá transferir estes custos aos lojistas, o que, sem sombra de dúvida denota abuso de direito.

Por essa razão é que se defende a urgente necessidade, não só do disposto legal que permite a cobrança abusiva, ofensiva a direitos constitucionalmente garantidos, como o da livre iniciativa e livre concorrência, ante a flagrante desvantagem que o lojista se encontra diante do empreendedor, mas também de urgente aprovação de lei específica à regência de tão complexa relação negocial.

CONCLUSÃO

A autorização legal do art. 22, X, parágrafo único, alínea “d” da Lei 8.245/91, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, não é suficiente para afastar conclusão de que o rateio das despesas trabalhistas dos funcionários contratados pelo *Shopping Center*, classificada como despesa ordinária, se caracteriza como abusiva.

Os questionamentos doutrinários a respeito da natureza jurídica da espécie contratual apontam que a complexidade inerente ao empreendimento denota a impropriedade da aplicação da lei locatícia à espécie, uma vez que o objetivo subjacente do negócio jurídico é a obtenção de lucro para os contratantes.

A Lei de locações objetiva tão somente regular tratativas objeto de celebração de um contrato de aluguel que pode-se denominar como comum, ou seja, aquele que tem por escopo a obtenção de determinada remuneração em troca da disposição de um imóvel do locador;



diferentemente do que ocorre nos contratos de shopping center que envolvem uma série de peculiaridades.

Nos contratos que envolvem o negócio *shopping center*, ambas as partes estão interessadas no sucesso do empreendimento, o que, como asseverado, não ocorre no simples contrato locatício.

Demonstrou-se que a complexidade do empreendimento não se adéqua perfeitamente aos ditames da lei locatícia em razão das peculiaridades que regem a espécie contratual. Até porque, quando de sua elaboração, os *Shopping Centers* estavam iniciando suas atividades no país, o que foi confirmado pelos autores da lei em entrevista pessoal sobre a *mens legis*.

Nesse passo, forçoso concluir que as despesas oriundas de débitos trabalhistas de funcionários do empreendedor – dono do *Shopping* - durante a vigência do contrato - , devem por ele ser suportadas, primeiro porque há que ser considerado risco do empreendimento e segundo porque decorrem da má gestão dos recursos humanos, em flagrante contrariedade às leis trabalhistas.

Admitir outra possibilidade conclusiva significaria fomentar o poderio econômico do empreendedor em detrimento do lojista, parte vulnerável dessa relação, prejudicando o equilíbrio das relações econômicas e ofendendo caros princípios constitucionais como livre iniciativa e livre concorrência.

Posto isso, propõe-se, a revogação da autorização da cobrança autorizada no art. 22 da lei de locações, com relação aos contratos entre lojistas e empreendedores de *Shopping Center*, alterando-se a alínea “a” do parágrafo primeiro do art. 54 da Lei 8.245/91, onde deveria constar a seguinte redação: “ as despesas referidas na alíneas, a, b, e d, ainda que na constância do contrato, do parágrafo único do art. 22”.



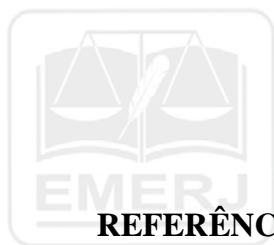
Tal medida importaria na resolução de apenas uma das inúmeras questões inerentes a esse complexo negócio jurídico, o qual reclama diploma legal próprio e pormenorizado capaz de reger a espécie em todas as suas peculiaridades.

Todavia, o que se tem na realidade é a rejeição de vários projetos de lei (PL.7137/02, PL 453/03, 7323/06, PL 2.324/07, PL 2253/07) que buscam na alteração da Lei de Locações, uma regulamentação mais justa a espécie contratual.

Importante destacar que o PL 453/03 em consonância com a proposta de alteração ventilada neste artigo, propôs a alteração da Seção III da Lei 8.245/91, incluindo o artigo 10º e determinando a proibição de qualquer cobrança ao lojista de despesas com pessoal a que título for: “ Não poderão ser incluídos como parcela do condomínio, despesas com pessoal, seja a que título for, que tenham como atividade, direta ou indireta, a Administração do empreendimento.”

A alteração proposta no PL 453/03 denota e reforça os argumentos expostos no presente trabalho, em demonstração clara de que, ao contrário do que afirmou o Deputado Décio Lima em seu voto, é necessária, sim, regulamentação específica para reger a espécie depois de amplamente debatida por todos os envolvidos na questão.

Do exposto, indubitável que as despesas trabalhistas dos funcionários do *shopping center* devem ser por este suportadas, uma vez que faz parte do risco de seu empreendimento e, conseqüentemente, da má gestão de seus recursos humanos, sob pena de se fomentar, por meio da lei, verdadeiro abuso de direito.



REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Rodrigo. *O contrato de Shopping Center: contratos atípicos interempresariais*. São Paulo. Atlas. 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. Locação em Shopping Centers. *Revista do Advogado*, Rio de Janeiro, n.108, maio 2010, p.56-51.

FORGIONE, Paula A. Contratos Empresariais –Teoria Geral e Aplicação. Rio de Janeiro. *Revista dos Tribunais*, 2015, p.22-23.

MAQUIEIRA, José da Silva. *Shopping centers: antigas e novas apreciações*. In: PINTO, Roberto W. Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (Coord.). *Shopping centers: questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.138).

MARTOS, Frederico Thales de Araújo. A atipicidade do contrato de Locação em Shopping Center. *Revista Forense*. Vol.413. Pág.626. Rio de Janeiro. 201.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 2013.

RIBEIRO, Arnaldo de Souza. Leis do Inquilinato e Contrato de Locação. Disponível em <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2499613>. Acesso em 30/09/2015

RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.3

SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato Comentada*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 227.



ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO RURAL NAS REGIÕES NORTE, NORDESTE E CENTRO OESTE DO BRASIL

Débora Faria Louback

Graduada em Direito pela Universidade Candido Mendes. Pós-graduanda em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que, mesmo após a promulgação da Lei Áurea, na qual extinguiu o trabalho escravo no Brasil, existem trabalhadores sendo colocados em condições indignas e degradantes para o exercício de suas funções laborais. Verifica-se, inclusive, um estudo mais específico do trabalho escravo contemporâneo no meio rural e nas regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste do Brasil, em razão de ter essas regiões concentração de maiores números de trabalhadores resgatados em condição de escravidão. Será abordado as formas contemporâneas do trabalho escravo e ao final a apresentação de algumas medidas judiciais e administrativas que visam coibir e punir toda e qualquer prática escravista no Brasil.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Trabalho Escravo Contemporâneo. Trabalhador Rural. Trabalho Escravo nas Regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste do Brasil. Formas de Trabalho Escravo Contemporâneo. Medidas Judiciais e Administrativas de Punição ao Trabalho Escravo.

Sumário: Introdução. 1. Trabalho Escravo Contemporâneo. 2. Características do Trabalho Escravo Contemporâneo. 3. Medidas Punitivas e Fiscalizadoras ao Trabalho Escravo Contemporâneo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo demonstrar que a escravidão no Brasil continua não da forma passada, com a senzala ou a exploração dos negros ou índios. A escravidão hodiernamente não escolhe cor, raça e muito menos idade. No conceito atual, a condição do trabalhador escravizado é aquela em que uma pessoa não pode decidir por si própria, não é sujeito de direito e é tratado como mercadoria.



O trabalhador que se encontra em situação de escravidão contemporânea geralmente é aliciado em locais distintos daquele onde vai trabalhar, o mesmo acaba sendo enganado pelo empreiteiro ou chamado de “gato”, que promete contrato assinado em carteira, boas condições de trabalho, moradia e alimentação dignas.

Contudo, a realidade se mostra bem diferente quando o trabalhador se depara com maus-tratos, fome, doenças e, o que é pior, seu salário é retido quase que inteiramente com a justificativa de que é preciso ressarcir o empregador pelas despesas feitas com a sua viagem até o local de trabalho. O trabalhador, então, é obrigado a se submeter aos cálculos quase sempre desonestos do patrão e, se tentar deixar o trabalho, é castigado, muitas vezes com a morte.

Verifica-se que nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste estão os maiores números de incidência de trabalhadores que se encontram em situações análogas à de escravo, em razão de a inserção de grandes bolsões de extrema pobreza e miséria nas quais essas regiões estão inseridas. Principalmente no que se refere ao meio rural, nas práticas desenvolvidas pelos produtores e proprietários de terra, referente à atividade latifundiária, especialmente dedicada à pecuária, fruticultura, as usinas de açúcar e carvoarias.

Algumas frentes e iniciativas vêm tornando mais visível essa chaga e menos impunes seus autores. Destaca-se à atuação da ONG Repórter Brasil, com suas expressivas denúncias e entrevistas divulgadas amplamente pela internet.

O Ministério do Trabalho e Emprego mantém o Grupo Especial de Fiscalização Móvel que move seus membros, auditores fiscais do trabalho, até o interior das fazendas a fim de resgatar trabalhadores escravizados e obrigar os empregadores a regularizarem a situação



funcional e a indenizar os prejudicados. Nessa linha, a Organização Internacional do Trabalho – OIT apoiando uma pesquisa por meio do qual se pretende recompor a cadeia produtiva e de comercialização de quem tenha usado trabalho escravo, a fim de que a sociedade civil possa realizar campanhas de boicotes aos produtos que tenham essa proveniência. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a concessão do seguro-desemprego para trabalhadores resgatados em condição de escravidão.

Um outro mecanismo judicial para extirpar da sociedade brasileira a prática de trabalho escravo é a Emenda Constitucional nº 81 de 2014, esta estabelece a possibilidade de expropriação das terras nas quais forem encontradas pessoas em situação análoga à de escravo.

Diversos são os mecanismos jurídicos e administrativos que existem no Brasil para combater e punir a prática contemporânea de exploração do trabalho escravo.

Diante disso, não há o que se olvidar de que pleno século XXI ainda existem pessoas que utilizam o trabalho alheio de forma escrava, sejam utilizando meios coercitivos, degradantes ou até mesmo fraudulentos. Práticas estas que violam por completo os princípios basilares da Constituição e do Direito do trabalho, dentre eles: da proteção, liberdade e da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza exploratória e seguirá a metodologia qualitativa, na medida em que tem como fontes principais a legislação, órgãos federais e organização não governamental.

1. TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

O trabalho escravo contemporâneo, conceituando-se¹ de forma abrangente, é o exercício do trabalho humano em que há restrição à liberdade do trabalhador, seja por coação física ou moral. Em um primeiro momento, haverá coação física quando o trabalhador prestar serviços para o empregador de forma obrigatória, sob pena de ser severamente punido. Assim, haverá o cerceando do direito de ir e vir de um indivíduo, garantido expressamente pela Carta Magna, a qual preceitua em seu artigo 5º²: “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.”

Além do conceito supracitado quando não são respeitados direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador. Nessa hipótese, inserem-se aquelas situações nas quais o trabalhador, mesmo não sendo privado de sua liberdade diretamente, esteja em uma situação degradante ou humilhante, revelando-se por uma ordem moral.

Seguindo a linha do vigente Código Penal, artigo 149³, do qual dispõe:

Art. 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

1 Sento-Sé, Jairo Lins de Albulquerque. *Trabalho Escravo no Brasil*. Rio de Janeiro: LTR, 2006, p. 20.

2BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 15 out. 2015.

3BRASIL. Decreto-Lei 2848/40, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 15 out. 2015.



II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

A legislação Penal⁴ considera expressamente ser crime a prática de reduzir alguém à condição análoga à de escrava. E não só isso, prevê, também, as formas nas quais se configurarão o mencionado delito, dentre eles: submeter o empregado ao trabalho forçado ou jornadas exaustivas, sujeitá-lo à condição degradante de trabalho e restringir, seja por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador.

Cumprido destacar que, para efeito meramente informativo, o artigo 149⁵ do Código Penal sofreu alteração com a nova redação dada pela Lei 10.803/2003. Pois, anteriormente o mencionado artigo dispunha, tão-somente, do delito de reduzir alguém à condição análoga à de escravo.

Significa dizer que a lei não previa as formas que possibilitariam a caracterização do trabalho escravo, fazendo com que a aplicação do texto legal se tornasse “letra morta”, em razão de a falta de clareza e objetividade. Nesse sentido, havia dificuldade para enquadrar o agente na hipótese legal, o que fazia com que os autores dos delitos acabassem impunes.

Contudo, com a alteração do dispositivo legal os operadores do Direito podem identificar determinadas condutas e aplicar severamente a punição que nele é previsto.

⁴BRASIL. Decreto-Lei 2848/40, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 20 out. 2015.

⁵Ibid.

Com a conceituação do que seria trabalho escravo contemporâneo, torna-se imprescindível analisar a forma escravista encontrada no meio rural e nas regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste do Brasil.

De acordo com o estudo produzido no Brasil pelo Ministério do Trabalho e Emprego⁶ os grandes focos da ocorrência de trabalho escravo contemporâneo estão concentrados nos Estados do Pará/PA, Mato Grosso/MT, Maranhão/MA, Goiás/GO, Piauí/ PI. Regiões estas que possuem atividade econômica ligada à pecuária, ao desmatamento, manejo florestal, reflorestamento, à agricultura, às madeireiras e a produção de carvão.

Os trabalhadores submetidos à escravidão geralmente provém de regiões com graves índices de pobreza, afetados pelo desemprego sazonal ou pela seca⁷. Tal situação está inserida pelas estatísticas apresentadas pelos órgãos de fiscalização, os quais revelam que cerca de 85% dos trabalhadores rurais submetidos à condição análoga a de escravidão são originários dessas regiões. Lugares que não propiciam a seus habitantes condições para que os mesmos possam exercer alguma atividade econômica⁸.

Além disso, um estudo⁹ produzido pelo MTE indica, também, que muitos dos trabalhadores submetidos à escravidão procedem de famílias rurais de pequenos agricultores pobres, de regiões distantes daquelas em que são escravizados. Situam-se à margem do

6Combate ao trabalho escravo e degradante. A experiência do Grupo Especial de Fiscalização Móvel. 2001. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/geral/publicacoes.asp>>. Acesso em: 25/4/15.

7Trabalho escravo no Brasil do século XXI/Coordenação do estudo Leonardo Sakamoto. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2007. p. 58

8Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/resultados-das-operacoes-de-fiscalizacao-para-erradicacao-do-trabalho-escravo.htm> Acesso em: 20/04/2015.

9Ministério do Trabalho e Emprego. Quadro geral de operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo – SIT/SRTE – 1995/2010. Atualizado até 12.04.2010. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/quadro_resumo_1995_2010.pdf>. Acesso em: 25/4/15.



desenvolvimento capitalista e enfrentam dificuldades em razão de a precária inserção da produção mercantil. Esses obreiros normalmente são atraídos por falsas promessas de emprego, oferecidos pelos famosos “Gatos”, estes vistos como intermediadores do empregador.

Nesse sentido, os proprietários de terra, fazendeiros, empregadores, que exploram trabalho escravo vão buscar mão-de-obra longe de suas propriedades, em municípios miseráveis, onde a perspectiva de emprego e renda é muito baixa. Logo, o recrutamento a longa distância acaba por favorecer os interesses subjetivos dos patrões, já que os trabalhadores acabam se tornando vulneráveis por não conhecer o local para onde são levados. Prática essa inaceitável e inescrupulosa por parte daqueles que exploram o trabalho alheio de modo ilícito, pois deste modo são sonogados os direitos trabalhistas dos empregados rurais.

A forma mais comum desta prática, nas regiões do Norte, Nordeste e Centro Oeste, é a escravidão por dívida, definida em diversos relatórios feito pelos auditores fiscais do trabalho. Sendo caracterizada quando o trabalhador aliciado pelo intermediador do patrão aceita uma suposta proposta de emprego a qual são oferecidos diversos benefícios, dentre eles a condução para o deslocamento de sua residência até o local da prestação de serviço, alimentação no dia a dia do trabalho efetuado, moradia, etc. Porém ao chegar ao local de trabalho o trabalhador acaba comprando sua alimentação, roupas, remédios, ferramentas de trabalho, enfim tudo no estabelecimento do empregador a preço superfaturado, resultando no endividamento do trabalhador, que acaba nunca recebendo seu salário.

Conclui-se que o trabalho escravo rural supera a esfera trabalhista e acaba se inserindo em uma questão social, podendo destacar-se: falta de cidadania, nível baixo de escolaridade, em

razão da dificuldade do conhecimento dos direitos de um cidadão; especialização profissional deficiente, ausência generalizada de oportunidades que impedem a busca por empregos dignos.

Vale consignar que o Governo Federal inseriu no Programa Fome Zero municípios identificados com focos de recrutamento ilegal de trabalhadores utilizados como mão-de-obra escrava. Ação esta que visa melhorar as condições de vida dos trabalhadores que estão em estado de miserabilidade econômica, dificultando, assim, a situação de vulnerabilidade em razão das ofertas fraudulentas de trabalho que os empregadores ofertam aos empregados.¹⁰

2. CARACTERÍSTICAS DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

O conceito de trabalho forçado, utilizando o entendimento doutrinário de Rogério Grego¹¹, é aquele: "[...] trabalho forçado diz respeito àquele para o qual a vítima não ofereceu voluntivamente, sendo, portanto, a ele compelido por meios capazes de inibir sua vontade”

Tem-se como característica principal a natureza do trabalho compulsório entre a pessoa e o empregador, seja por coação física ou moral, onde haverá o cerceamento do direito à liberdade constitucionalmente garantido¹². Nesse sentido, o trabalhador será compelido a trabalhar para o empregador não podendo decidir espontaneamente pela aceitação ou não do emprego. Sendo certo que esta restrição à liberdade poderá se caracterizar desde o início ou após a contratação da execução do labor. Como exemplo há registro de trabalhadores que foram

¹⁰Disponível em: <http://www.reporterbrasil.org.br/documentos/novoplanonacional.pdf>> Acesso em: 7/10/15.

¹¹GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 2, 6.ed. Niterói, RJ: Impetus2009, p. 541.

¹²NOCCI, Andrea; VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos. *Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: Ltrt, 2006,p.125.



comprados em hotéis pelo preço de sua dívida para trabalharem no roço preparando o pasto¹³ - trabalho inicialmente concedido, mas que depois se revela forçado.

Diante do que foi estabelecido anteriormente, não é só trabalhar forçosamente para que seja configurado o delito de trabalho escravo. Configurar-se-á, também, em situação análoga à de escravo quando uma pessoa tem a sua força de trabalho sendo exercida de modo a ultrapassar, exaustivamente, o limite máximo da jornada estabelecida pela legislação trabalhista. Assim, o trabalhador terá o exercício do seu trabalho prejudicado em relação à saúde física e mental.

Jairo Lins Sento-Sé, em definição sobre o tema aduz:

[...] aquela situação em que o empregado é submetido a jornada de trabalho intermináveis, laborando de domingo a domingo, sem ter sua CTPS devidamente assinada, sem receber o 13º salário, férias, horas extras, etc. Trata-se muito mais de uma relação de emprego em que o obreiro labora sem que sejam respeitadas as garantias trabalhistas básicas previstas em nosso ordenamento jurídico.¹⁴

A Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – CONAETE/ MPT, produziu a seguinte orientação¹⁵:

Orientação 3. - Jornada de trabalho exaustiva é a que, por circunstâncias de intensidade, frequência, desgaste ou outras, causa prejuízos à saúde física ou mental do trabalhador, agredindo sua dignidade, e decorra de situação de sujeição que, por qualquer razão torne irrelevante a sua vontade

Outra forma para caracterizar uma situação de trabalho escravo atual é sujeitar o trabalhador às situações degradantes de trabalho, com a conseqüente violação do direito a dignidade da pessoa humana. Tal prática tem característica de colocar o trabalhador em situações ofensivamente desumanas. Como exemplo, o descumprimento das normas trabalhistas as quais

¹³Ibid, p. 125.

¹⁴Sento-Sé. op. cit. p. 07

¹⁵Disponível em: http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/mpt_home!/ut/p/c5/04 Acesso em: 20/10/2015.



dispõem sobre segurança e medicina do trabalho. Significa dizer que o empregador voluntariamente desrespeita normas e direitos que garantem a segurança e saúde do trabalhador, conforme menciona o artigo 157 da CLT¹⁶:

Art. 157 - Cabe às empresas:

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Merece destaque a Orientação 04 da Coordenadoria Nacional de Combate ao Trabalho Escravo cujo objetivo é demonstrar situações as quais os trabalhadores são colocados em situação degradante e/ou desumana de trabalho:

Condições degradantes de trabalho são as que configuram desprezo à dignidade da pessoa humana, pelo descumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador, em especial os referentes a higiene, saúde, segurança, moradia, repouso, alimentação ou outros relacionados a direitos da personalidade, decorrentes de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a vontade do trabalhador..

Finalizando a última forma de trabalho escravo contemporâneo à luz do artigo 149 do CP¹⁷, temos a denominada servidão por dívida.

Prática comumente realizada no meio rural, onde o trabalhador necessitando de emprego, em razão de sua situação de desemprego ou de miserabilidade, aceita uma proposta de trabalho oferecida geralmente por um intermediário do empregador, notadamente conhecido

16BRASIL. Decreto-Lei 5452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 20/10/2015.

17BRASIL. Decreto-Lei 2848/40, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 04/11/ 2015.



como “GATO”¹⁸ Isso é, o “GATO” sabendo da necessidade do trabalhador oferece boas condições de trabalho, bom salário, alimentação, moradia, e até mesmo, no ato de contratação, adianta o pagamento para que o trabalhador, antes mesmo de iniciar sua atividade laboral, possa entregar uma quantia em dinheiro a seus familiares.

Porém, quando o trabalhador chega ao local de trabalho, geralmente lugares distantes do local de contratação, se depara com outra realidade, qual seja: o mesmo é obrigado a pagar um preço superfaturado pelo alojamento, mesmo que em condições desumanas; e pela alimentação, mesmo que inadequada; além dos custos do transporte e dos instrumentos de trabalho.

Além disso, os trabalhadores geralmente não recebem uma especificação das despesas pelas quais devem pagar, e nem mesmo tem conhecimento de quanto ainda devem. Logo, o trabalhador acaba sendo refém de sua própria dívida, passando a trabalhar, tão-somente, para pagá-la, uma vez que, à medida que o tempo vai passando, dada a pequena remuneração que recebe, conjugada com os preços extorsivos dos produtos que lhes são vendidos, torna-se alguém que se vê impossibilitado de exercer o seu direito de ir e vir, em razão da dívida acumulada. Essa prática é conhecida como “política do barracão” ou “truck system”. Ainda que a imputação da dívida seja fraudulenta muitos trabalhadores são moralmente ou fisicamente coagidos à saudá-las.

Cumpre destacar as disposições do artigo IV da Declaração dos Direitos Humanos de 1948¹⁹: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”.

¹⁸Supostos empreiteiros de mão de obra que são na verdade recrutadores de trabalho; COMISSÃO PASTORAL DA TERRA – SECRETARIA NACIONAL. Disponível em <<http://www.cptnac.com.br>> Acesso em 18/10/2015.

¹⁹Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em: 20/10/2015.



3. MEDIDAS PUNITIVAS E FISCALIZADORAS AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

O Ministério do Trabalho e Emprego, de um modo geral, incumbe a verificação do cumprimento das normas trabalhistas, no que diz respeito à proteção ao trabalho. Além disso, possui uma de suas missões fundamentais a erradicação do trabalho escravo no Brasil, utilizando ações fiscais coordenadas pela Secretaria de Inspeção do Trabalho²⁰.

Dessa forma, objetivando dar concretude às medidas de proteção e fiscalização do exercício do trabalho, feito pelo MTE, o governo federal, em 2003, lançou o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo²¹ cujo marco principal era reafirmar a existência de trabalho escravo no Brasil e tornar a sua eliminação como prioridade nacional. Nesse sentido, e utilizando de 76 medidas de combate, destacam-se as chamadas cláusulas impeditivas para obtenção e manutenção de crédito rural e de incentivos fiscais nos contratos das agências de financiamento - quando comprovada a prática de trabalho escravo ou degradante - e, também, o cadastro de empregadores que tenham explorado o trabalho escravo em suas propriedades.

A fim de dar eficácia à referida meta institucional, foi editada a Portaria n° 1.234 do MTE²², reeditada em 2004 como portaria n° 540, e substituída pela Portaria Interministerial n° 02, em 12/05/2011, criando, no âmbito do MTE, o cadastro de empregadores que tenham

20Disponível em: < http://carep.mte.gov.br/trab_escravo/erradicacao_trab_escravo.asp> Acesso em: 20/10/2015.

21 Disponível em: < <http://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-234-de-17-11-2003.htm>> Acesso em: 20/10/2015.

22Disponível em; < <http://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-234-de-17-11-2003.htm>>. Acesso em: 20/10/2015



mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo, estabelecendo, inclusive, que a inclusão do nome do infrator no cadastro deverá ocorrer após decisão administrativa final relativa aos autos de infração lavrada em virtude de ação fiscal em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condição análoga à de escravo, lista essa popularmente conhecida como “Lista Suja”.

Tem-se, no âmbito da fiscalização e do combate, a Organização Internacional do Trabalho – OIT²³, sendo uma agência multilateral ligada à ONU, cujo objetivo primordial é promover o trabalho digno e decente para homens e mulheres “em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, tendo condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.”

A sua sede é em Genebra, na Suíça, tendo escritórios em todos os continentes. No Brasil, a OIT tem mantido representação desde 1950, com programas e atividades que refletem os objetivos da organização, de universalizar, tanto quanto possível, os princípios da justiça social com o propósito de serem, voluntariamente, incorporado à ordem jurídica de seus países-membros.

A participação da OIT no Brasil é notória no que diz respeito ao combate ao trabalho escravo contemporâneo, estando presente em campanhas, debates, congressos, propostas legislativas. Além disso, oferece cooperação nos programas que envolvam reformas sociais do

²³Disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/lang--pt/index.htm> > Acesso em: 20/10/2015.

governo e programas governamentais, como exemplo o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo.

Além do lançamento do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, o qual teve a participação da OIT, o Brasil ratificou, em 1957 e 1965, respectivamente, as convenções n° 29 e n° 105²⁴ as quais dispõem sobre o combate ao trabalho forçado.

Frisa-se que a OIT no Brasil está atuante no intuito de concretizar medidas para o combate ao trabalho escravo contemporâneo, dentre elas: programas piloto de reinserção social e de assistência ao trabalhador resgatado; fortalecimento das ações do Grupo Especial Móvel de Fiscalização, por meio de doação de equipamentos; programas de capacitação e treinamento para as diversas instituições que atuam na repressão ao trabalho escravo e estímulo ao lançamento das campanhas nacional e estaduais de combate ao trabalho escravo.

No que tange a organização não governamental, a Repórter Brasil²⁵ foi, em 2003, fundada por cientistas sociais, educadores e jornalistas, cujo objetivo, à época, era tratar de assuntos relacionados à violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores no meio rural.

Diante da grande atuação da Repórter Brasil, desde sua fundação, a mesma tornou-se um dos mais importantes instrumentos de divulgação e combate ao trabalho escravo contemporâneo.

Utilizando-se de investigação jornalística, divulgação de suas pesquisas, metodologia educacional, e realizando denúncias ao poder público, a ONG vem sendo usada por lideranças políticas, sociedades empresariais e pela própria sociedade civil para identificar cadeias produtivas que mantêm exploração de mão-de-obra escrava.

²⁴Disponível em: < <http://www.oit.org.br/convention>.> Acesso em: 20/10/2015.

²⁵Disponível em: < <http://reporterbrasil.org.br/>> Acesso em: 20/10/2015.



Para Leonardo Sakamoto ²⁶coordenador da ONG Repórter Brasil e atualmente uma das principais referências nacionais na denúncia e no combate ao trabalho escravo rural, o trabalho escravo é um problema nacional, urbano e rural.

Uma outra forma existente no Brasil visando coibir o trabalho escravo contemporâneo foi a Emenda Constitucional nº 81 de 2014²⁷ a qual prevê a expropriação de terra quando encontrada a exploração de trabalho escravo.

Por fim, tem-se a atuação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM do TEM como um órgão de fiscalização ao combate do trabalho escravo no Brasil.

O combate à escravidão contemporânea, no que tange especialmente ao meio rural, tem como principal meta o Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM que checa, no caso concreto, denúncias de trabalho escravo e garante a libertação das vítimas de tal prática, possibilitando, também, que os responsáveis possam ser punidos. Além disso, as ações civis, denúncias, condenações, restrições ao crédito, identificação da cadeia produtiva, dependem do esforço preliminar realizado por equipes do GEFM, coordenados pelo MTE.

O grupo móvel é constituído exclusivamente por Auditores-Fiscais do Trabalho, vinculados funcionalmente à Secretária de Inspeção do Trabalho – SIT, que é órgão de cúpula da estrutura hierárquica da fiscalização trabalhista, tendo por finalidade combater o trabalho escravo, o trabalho infantil e a superexploração do trabalho.²⁸

²⁶Disponível em: < <http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/>> Acesso em: 20/10/2015.

²⁷Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc81.htm>. Acesso em: 20/10/2015.

²⁸A experiência do Grupo Especial de Fiscalização Móvel. 2001. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/geral/publicacoes.asp> Acesso em: 20/10/2015.



O presente estudo procurou demonstrar que atualmente existem pessoas que estão em situação análoga à de escravo, principalmente no meio rural, com a conseqüente violação física e moral destes indivíduos. Prática que é realizada por pessoas que se utilizam da vulnerabilidade econômica de alguns com o intuito de obter cada vez mais lucro.

Há regiões rurais específicas, notadamente Norte, Nordeste e Centro Oeste, onde concentram maiores números de trabalhadores resgatados em situação de escravidão, em razão da existência de grandes bolsões de pobreza, facilitando, assim, a vulnerabilidade dos trabalhadores.

O trabalho escravo contemporâneo se distingue do trabalho escravo na época do Brasil colônia, pois possui algumas características que fazem com que o trabalhador esteja em situação de escravidão, como a existência do trabalho forçado, a superexploração do trabalho, trabalho degradante e servidão por dívida.

Dessa forma, existem medidas punitivas e fiscalizadoras para coibir qualquer prática escravocrata no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 15 out. 2015.



_____. Decreto-Lei 2848/40, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Decreto-Lei 2848/40, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Decreto-Lei 5452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 20/10/2015.

_____. Decreto-Lei 2848/40, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 04/11/2015.

_____.DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em: 20/10/2015.

_____.Ministério do TRABALHO E EMPREGO Disponível em:<http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/resultados-das-operacoes-de-fiscalizacao-para-erradicacao-do-trabalho-escravo.htm> Acesso em: 20/04/2015.

_____.MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO Disponível em: http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/mpt_home/!ut/p/c5/04 Acesso em: 20/10/2015.

_____.MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://carep.mte.gov.br/trab_escravo/erradicacao_trab_escravo.asp> Acesso em: 20/10/2015.

_____.MINITÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-234-de-17-11-2003.htm>> Acesso em: 20/10/2015.

_____.MINITÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em; <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-234-de-17-11-2003.htm>>. Acesso em: 20/10/2015

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Quadro geral de operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo – SIT/SRTE – 1995/2010. Atualizado até 12.04.2010. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/quadro_resumo_1995_2010.pdf>. Acesso em: 25/4/15.



_____. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <
<http://www.ilo.org/brasil/lang--pt/index.htm>> Acesso em: 20/10/2015.

_____. PLANALTO PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc81.htm>. Acesso em:
20/10/2015.

_____. REPORTER BRASIL. Disponível em:
<http://www.reporterbrasil.org.br/documentos/novoplanonacional.pdf>> Acesso em: 7/10/15.

_____. *A experiência do Grupo Especial de Fiscalização Móvel*. 2001. Disponível em:
<http://www.mte.gov.br/geral/publicacoes.asp> Acesso em: 20/10/2015.

_____. *Supostos empreiteiros de mão de obra que são na verdade recrutadores de trabalho*;
COMISSÃO PASTORAL DA TERRA – SECRETARIA NACIONAL. Disponível em
<<http://www.cptnac.com.br>> Acesso em 18/10/2015

GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 2, 6.ed. Niterói, RJ: Impetus2009.

NOCCI, Andrea; VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos. *Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: Ltrt, 2006,p.125

Trabalho escravo no Brasil do século XXI/Coordenação do estudo Leonardo Sakamoto. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2007.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho Escravo no Brasil*. Rio de Janeiro: LTR, 2006.



A TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS — ASPECTOS PROCESSUAIS

Débora Rodrigues Azevedo

Graduada pela Faculdade de Direito
Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: O texto analisou a importância da tutela dos interesses difusos e coletivos através dos mecanismos previstos pelas normas regulamentadoras no Direito Processual Brasileiro. Apresenta inicialmente alguns conceitos essenciais ao estudo e a escala evolutiva da proteção aos direitos transindividuais no ordenamento brasileiro com sua devida inserção no texto constitucional. Discute como tema principal a efetividade das ações coletivas nos moldes já existentes, com a demonstração de novos instrumentos trazidos pelo Anteprojeto do Código de Processos Coletivos.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Tutela Coletivas. Aspectos Processuais

Sumário: Introdução. 1. Os Direitos Transindividuais Difusos e Coletivos. 2. A Tutela dos Direitos Transindividuais Difusos e Coletivos. 3. O Anteprojeto do Código de Processos Coletivos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende conhecer os antecedentes sociais que motivaram o legislador a adotar medidas processuais de caráter coletivo e conceituar, recorrendo-se à doutrina pátria, as espécies de Interesses e Direitos Coletivos, bem como comparar as estratégias processuais normalmente utilizadas para a Tutela dos Interesses e Direitos Transindividuais.

O Direito Processual que é o mecanismo jurídico que assegura a efetividade dos Direitos e das novas conquistas sociais teve que se adequar à nova concepção da sociedade que se desenhava no Direito Material, em face dos conflitos inerentes a toda sociedade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os conceitos doutrinários dos direitos transindividuais difusos e coletivos, sua inserção como Direitos Fundamentais de Terceira geração, bem como sua classificação dentro dos ramos do Direitos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, os instrumentos já existentes pelas normas regulamentadoras do processo de tutela coletiva, com a devida complementação de novas



visões acerca de seus institutos, bem como apresentar um novo conceito de tutela dos Direitos Difusos e Coletivos.

Os demais capítulos apresentam a mudança no sistema de tutela individual para o coletivo, provocando discussões acerca de institutos tradicionais do Direito Processual, como novas possibilidades sobre a legitimidade processual e os limites subjetivos da coisa julgada, assim como sobre o impacto no que tange às causas de atração e modificação de competência, o que acarreta debates em tomo da litispendência, conexão, prevenção e o próprio juízo natural, institutos que serão analisados no decorrer do artigo, demonstrando-se soluções doutrinárias para dirimir tais conflitos.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva e jurisprudencial.

1. Os Direitos Transindividuais Difusos e Coletivos

O Instituto da Tutela dos Direitos Difusos e Coletivos insere-se no rol dos Direitos Transindividuais, considerados Direitos Fundamentais de Terceira geração, na medida em que concretizam a proteção constitucional aqueles direitos que visam objetivamente a proteger toda a coletividade.

Atualmente a doutrina constitucional reconhece três níveis de direitos fundamentais, classificando-os de primeira, segunda e terceira geração. Os Direitos Fundamentais de Primeira Geração, também os considerados direitos civis, ou individuais e políticos, sendo direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Dizem respeito às liberdades públicas, traduzindo o valor de liberdade. Os Direitos Fundamentais de Segunda Geração traduzem uma etapa de evolução na proteção da dignidade humana, pois sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano, com a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana. Constituem os direitos fundamentais de segunda



geração os direitos sociais, os econômicos e os culturais, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva, acentuando o princípio da igualdade material.

Os Direitos Fundamentais de Terceira Geração são os que efetivamente compreendem os Direitos Transindividuais, surgindo como resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano. Depois de preocupações em tomo da liberdade e das necessidades humana, surge uma preocupação voltada à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada.

São Direitos que se desprendem da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. O direito à paz no mundo, a autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento econômico dos países, à preservação do ambiente, do patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação integram o rol desses novos direitos.

Diante disto, Bonavides descreve: “Os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado.”¹

Assim, os direitos fundamentais aparecem inseridos na Constituição Federal de 1988, delineando um Estado Democrático de Direito, que desde o artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, dispõe que toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição.

A expressão, “Direito Coletivo” é uma designação em sentido genérico para as duas modalidades de Direitos Transindividuais: os Direitos Difusos e os Direitos Coletivos *stricto sensu*.

1 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p.523.



Para Ada Pellegrini Grinover, a categoria dos direitos difusos:

[...] compreende interesses que não encontram apoio em uma relação base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais ou mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições socioeconômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc.²

O Código de Defesa do Consumidor traz a definição dada pelo legislador, em seu art.81, parágrafo único, incisos I e II: são Interesses e Direitos Difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, ressaltando-se que possuem uma indeterminação absoluta de seus titulares, como exemplo o Direito ao meio ambiente sadio; são Interesses e Direitos Coletivos os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, possuindo uma determinação relativa de seus titulares, para exemplificar, o direito de uma determinada classe de trabalhadores.

Consequentemente à sua indivisibilidade, os Direitos Difusos e Coletivos não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares.

Observe-se também que em decorrência de sua natureza são insuscetíveis de apropriação individual, de transmissão, seja por atos intervivos ou mortis causa, e ainda de renúncia ou transação, podendo a titularidade ativa de sua defesa em juízo ser modificada com a mera alteração das circunstâncias de fato, no caso de Direitos Difusos, ou com a mera adesão ou exclusão do sujeito à relação jurídica base.

2. A Tutela dos Direitos Transindividuais Difusos e Coletivos

O Direito Processual Brasileiro possui mecanismos estabelecidos para a Tutela dos Direitos Difusos e Coletivos como, por exemplo, ação civil pública, ação popular, mandado

² GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 30.



de segurança coletivo. No entanto, a aplicação destas normas sobre processos coletivos tem apontado para dificuldades práticas decorrentes da legislação atual.

É necessária uma evolução doutrinária a respeito dos processos coletivos, reconhecendo-o efetivamente como ramo do direito processual, com seus próprios princípios e regras. Defendida por Ada Pellegrini, essa evolução autorizaria a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, o que se fortaleceu com a criação do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, sendo um modelo concreto para inspirar as necessárias reformas.³

Para uma melhor análise iremos apresentar resumidamente os mecanismos atuais de Tutela Coletiva nos moldes em que se apresentam, para verificar um melhor entendimento acerca das inovações trazidas pelo Anteprojeto do Código de Processos Coletivos.

A ação civil pública inova o direito processual brasileiro, por ser a primeira ação coletiva tutelando direitos e interesses difusos e coletivos. Prevista pela Lei n.º 7.347/85 com o objetivo de apurar a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e com a promulgação do Código do Consumidor passa a tutelar, também, outros interesses transindividuais.

Trata-se de um procedimento especial, compondo-se de um conjunto de mecanismos destinados a instruir demandas preventivas, reparatórias e cautelares dos direitos e interesses difusos e coletivos. Porém, reparação apenas surgirá quando os mecanismos da prevenção se mostrarem insuficientes, pois a prevenção é o principal objetivo da lei.

Na ação civil pública, além da previsão constitucional, a legitimidade do Ministério Público também está inserida pelo art. 5º, 1, da Lei 7.347/85, sendo sua legitimação ampla e

3 GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. São Paulo: 2007. p.1088.



irrestrita quando a natureza do bem tutelado for direito ou interesse difuso e coletivo. É o legitimado privativo a instauração do inquérito civil, que poderá fazê-lo de ofício ou provocado por qualquer pessoa ou associação. O inquérito civil é um procedimento preparatório da ação civil pública, visando produzir um conjunto probatório da efetiva lesão aos interesses transindividuais. No curso do inquérito civil pode ser formalizado o Compromisso de Ajustamento e Conduta entre o Ministério Público e o investigado com o por escopo de adequar a conduta lesiva às normas pertinentes, uma vez que o agente a reconhece e compromete-se a adaptá-la à lei.

A ação civil pública estabelece também outros legitimados para sua propositura, como a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a Autarquia, Empresa Pública, Fundação ou Sociedade de Economia Mista; a Associação. Porém esta legitimidade deve ser associada necessariamente, ao interesse de agir, vez que a atuação em defesa de Direitos Transindividuais constitui atividade acessória e eventual.

No entender de Teori Albino: “É indispensável que se possa identificar uma relação de pertinência entre o pedido formulado pela entidade autora da ação civil pública e seus próprios interesses e objetivos como instituição”.⁴

No que tange às associações, a legislação prevê algumas limitações, expressas nas alíneas a e b do inciso V, do art. 5º da lei 7.347/85: o primeiro traz a obrigatoriedade de pelo menos um ano de constituição nos termos da lei civil; e o segundo trata do interesse de agir entre a pretensão da demanda e os fins institucionais da associação.

Podem ainda, conforme redação dada pela Lei 8078/90 ao §6º do art.5º da LCP, os órgãos públicos legitimados, tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terão eficácia de título executivo extrajudicial.

4 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2. ed. São Paulo: RT. 2007. p.77.



A ação popular é a “Ação constitucional posta à disposição de qualquer cidadão para a tutela do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural, mediante a anulação do ato lesivo”⁵.

Regulamentada pela Lei 4.717/65, possibilita que qualquer cidadão tenha o direito de fiscalização dos atos administrativos, bem como de sua possível correção, quando houver desvio de sua real finalidade, possuindo uma finalidade preventiva ou repressiva e objetivando a anulação do ato prejudicial ao patrimônio público que será cabível também quando o ato administrativo ferir o meio ambiente ou o patrimônio histórico-cultural, sendo a competência para seu ajuizamento determinada conforme a origem do ato impugnado.

É legitimado qualquer cidadão brasileiro no exercício de seus direitos cívicos e políticos. A prova de cidadania, segundo o § 3º do art. 1º da Lei n.º 4.717/65, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda. Cabe ressaltar que outros cidadãos podem se habilitar como litisconsortes ou assistentes do autor, ou ainda assumir o seu lugar em caso de existência. Poderá também atuar ao lado do autor a pessoa jurídica lesada, desde que isso seja útil ao interesse público, no entanto a Súmula 365 do STF entende que a pessoa jurídica não tem legitimidade para propor a ação popular.

Na ação popular, a atuação do Ministério Público é regulada pelo § 40 do art. 6º da Lei n.º 4.717/65, atribuindo-lhe funções obrigatórias e outras meramente facultativas. São suas funções obrigatórias: acompanhar a ação e apressar a produção da prova (art. 6º, § 4º); promover a responsabilidade civil ou criminal, dos que nela incidirem (art. 6º, § 40), hipótese em que atuará como autor. Também é obrigatória a participação do Ministério Público como *custus legis*, embora ele não possua legitimidade para a propositura da ação, possuindo o

5 PINHO, Rodrigo César Rebello, *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 363.



dever de providenciar para que as requisições de documentos e informações previstas no art. 7º, 1, b sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz (art. 7º, § 1º); promover a execução de sentença condenatória quando o autor não o fizer, nos termos do artigo 16.

Poderão ser sujeitos passivos da ação popular, segundo o art. 6º, § 2º da Lei 4.717/65, as pessoas públicas ou privadas, os autores e participantes do ato e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público.

A ação de improbidade tem como objetivo a penalização dos agentes públicos, diante da prática de atos de improbidade administrativa, que são devidamente descritos pelos artigos. 9º e 10 da Lei 8.429/97.

O Ministério Público possui legitimidade para propor a ação de improbidade, conforme preceitua o artigo 17, da Lei no. 8.429/92: “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.” Percebemos desta forma apenas o Ministério Público ou a pessoa jurídica prejudicada poderão propor ação visando à punição do agente público que agiu com improbidade.

Assim, com Di Pietro ⁶, podemos, em síntese, compreender que qualquer pessoa que preste alguma espécie de serviço ao Estado, é agente público.

Ressalte-se que são vedadas, pela lei, a transação ou qualquer tipo de acordo entre as partes, preservando o princípio da indisponibilidade do patrimônio público.

Sendo a ação julgada procedente, as sanções previstas na lei para o caso de improbidade administrativa pode ser política, com a perda dos direitos políticos; administrativa, como por exemplo, a demissão ou perda da função; civil, com a reparação dos danos causados ao erário; e penal, com as penas previstas no Código Penal.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 828.



O Mandado de Segurança Coletivo é instituído pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LXX, como forma garantidora da defesa de direito líquido e certo de categoria, direitos difusos de toda uma classe, cujo objetivo seja profissional ou social. Esta entidade deve fazê-lo em nome próprio, mas em defesa de todos os que tenham um direito ou uma prerrogativa a defender judicialmente, sendo utilizadas as mesmas legislações aplicadas ao mandado de segurança individual, a Lei nº. 1.533/51 e a Lei no. 4.348/64. É por analogia a este instrumento que o STF admite a propositura de Mandado de Injunção coletivo, nos mesmos moldes do mandado de segurança coletivo.

Poderá o mandado de segurança coletivo ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, ou ainda, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Porém, é indispensável que se possa identificar uma relação de pertinência entre o pedido formulado pela entidade impetrante e seus próprios interesses e objetivos como instituição.

Há de se ressaltar que a impetração do mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor de seus associados independe da autorização da categoria, entendimento sumulado pelo STF.

José Cretella Júnior, juntamente com a maioria da doutrina entende que o caso é de substituição processual. Eis as suas palavras:

Quando expresso dispositivo constitucional permitiu que o partido político, a organização sindical, a entidade de classe e a associação impetrassem mandado de segurança coletivo, agindo, assim, em juízo, em nome próprio, como autores, para defesa de direito líquido e certo de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, a e b), pela primeira vez, em nosso direito processual e constitucional, a figura da substituição processual foi acolhida, com relação ao writ of mandamus.⁷

7 CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 58.



O Ministério Público atuará como *custus legis*, opinando pelo seu cabimento ou descabimento, pela carência e no mérito, pela concessão ou denegação.

3. O Anteprojeto do Código de Processos Coletivos

O Anteprojeto se inicia tratando das ações coletivas em geral, considerando-se como meio de tutela coletiva as ações coletivas ativas, à ação coletiva passiva, ao mandado de segurança coletivo, à ação popular constitucional e à ação de improbidade administrativa.

Aplica-se a todas elas, a admissibilidade de todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais, estabelecendo-se que não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Estabelece-se como absolutamente competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; de qualquer das comarcas ou subseções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção; da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou subseções judiciárias; de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção; e do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

A questão do ônus da prova é revista, incumbindo à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, podendo ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente. Sendo também possível durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o



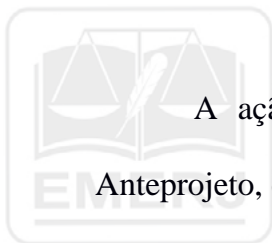
juízo da causa, o juiz rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária.

São também de grande importância as normas sobre interrupção da prescrição, a prioridade de processamento e a preferência pelo processamento e julgamento por juízos especializados.

Inova-se pela exigência do requisito da representatividade adequada, que acabou por ampliar o rol de legitimados ativos e pela eliminação da regra da competência concorrente entre Capitais dos Estados e Distrito Federal, sendo permitido aos membros do Ministério Público ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado ou do Distrito Federal, independentemente de seu âmbito territorial de atuação, com admissão de litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

O mandado de segurança coletivo é disciplinado no Capítulo IV, podendo ser impetrado, observando-se os dispositivos constitucionais, para a defesa de direito líquido e certo ligado a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Sua legitimação é ampliada, inserindo o Ministério Público, respeitando-se o art. 129, IX, da Constituição Federal. Aplicam-se subsidiariamente as disposições da Lei n. 1.533/51, no que não forem incompatíveis com a tutela coletiva.

Na ação popular constitucional as modificações do Anteprojeto se refletem em maior liberdade de ação ao Ministério Público e para admitir a nova propositura da ação, diante de prova superveniente, nos moldes do previsto para a ação civil pública.



A ação de improbidade administrativa passa a ser regida pelas disposições do Anteprojeto, com a exceção de seu pedido e a causa de pedir ser interpretados restritivamente, e pelas disposições da Lei n. 8.429/92.

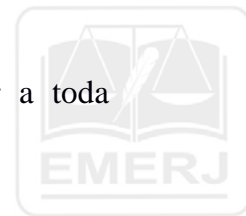
Outra inovação no ordenamento jurídico brasileiro é a ação coletiva passiva, a ação promovida contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. A jurisprudência brasileira já reconhece o cabimento dessa ação (a *defendant class action* do sistema norte-americano), mas sem instrumentos que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada. Para o cabimento dessas ações é mister que esteja presente a representatividade adequada. O regime da coisa julgada é simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas, inclusive em relação à sentença proferida contra o sindicato que, por sua natureza constitucional de substituto processual, permite que os filiados se submetam à coisa julgada mesmo em caso de procedência da demanda em defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos.

Desta forma elaborou-se o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, mantendo em sua essência, as normas da legislação em vigor, porém aperfeiçoando-as e engloba todos os processos coletivos brasileiros, sendo um passo decisivo na consolidação da tutela dos interesses e direitos coletivos, concretizando uma posição de vanguarda.

Vale ressaltar que o objetivo previsto é de viabilizar a efetiva tutela jurisdicional, garantindo a preservação e conservação do bem coletivo ou difuso juridicamente tutelado.

Um dos temas que tem trazido maiores dificuldades na prática das ações coletivas é o das questões processuais entre as demandas, tanto coletivas quanto individuais. Segundo Marinoni⁸, caso um legitimado para a ação coletiva ingresse com ação já proposta por outro legitimado, com idênticos pedidos e causa de pedir, o caso seria de litispendência. Não haveria que se falar em sujeitos distintos, já que os legitimados para essas ações não agem em

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, volume 2: Processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p.752.



defesa de direito próprio, mas sim de legitimação extraordinária, por pertencer a toda coletividade, sendo deste modo ações idênticas.

Nesse diapasão segue Antônio Gidi⁹ : “Em que pese o fato de as pessoas não serem empiricamente as mesmas, entendemos que, para efeito de legitimidade, litispendência, efeitos da sentença e sua imutabilidade (autoridade da coisa julgada), juridicamente, trata-se da mesma parte”.

Da forma como reguladas pelo Código de Processo Civil, as relações processuais entre demandas acarretam problemas práticos quanto à conexão, à continência e à prevenção, o qual não previa o tratamento das relações entre processos coletivos.

O Anteprojeto do Código Processos Coletivos, com bastante exatidão, oferece uma visão inovadora à coisa julgada, vez que unifica o sistema para os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, estabelecendo para os três a coisa julgada erga omnes, exceto para o caso de haver sido o pedido julgado improcedente por insuficiência de provas.

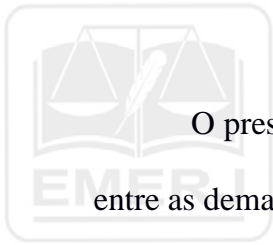
O Anteprojeto, conforme já analisamos unifica o procedimento das ações coletivas e prevê a tentativa de resolução de tais discussões entre as relações entre demandas coletivas:

CONCLUSÃO

Verifica-se o longo do estudo que os interesses transindividuais são considerados uma categoria intermediária entre interesses públicos e privados e englobam os interesses coletivos e interesses difusos, temas comentados por este trabalho.

Quanto aos interesses coletivos, conclui-se que possuem natureza indivisível e pertencem a um grupo, categoria ou classe dē ligadas entre si por uma relação jurídica base. Já os interesses difusos são também de natureza indivisível, porém pertencentes a pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

⁹ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 218



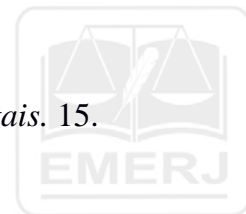
O presente estudo delineou resumidamente uma análise quanto as relações processuais entre as demandas e quanto aos efeitos da coisa julgada.

No entanto, conforme concluímos o processo coletivo da maneira como se apresenta não atende da melhor aos reclamos desses novos tempos, onde o Estado Social se preocupa não apenas com o indivíduo e seus direitos subjetivos, mas também com o grupo, com a sociedade. Fica clara a necessidade de se inserir os direitos transindividuais em uma teoria geral do processo própria, como a apresentada pelo Anteprojeto do Código de Processos Coletivos.

Desta forma muitos conceitos poderão ser firmados, pois se abandonará de vez sua ligação com a teoria geral do processo de cunho individualista. É por ser preciso repensar o direito, entendendo-o como uma ciência que deve acompanhar a evolução social para resguardar sua finalidade primordial, que acreditamos ter fundamental importância a criação do Código de Processos Coletivos.

REFERENCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispêndência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRINOVER, Ada Peliegrini et alli. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, volume 2: Processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos direitos difusos em Juízo*. 3. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.
- MORAES, Alexandre Câmara. *Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.



PINHO, Rodrigo César Rebello, *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.



ACESSIBILIDADE E A BUSCA PELA INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Débora Vieira Macedo

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Público pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e Universidade Anhanguera-UNIDERP. Consultora jurídica da empresa MRC Eletrônica Ltda.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo abordar as questões da acessibilidade e dos direitos fundamentais com ênfase na inclusão da pessoa com deficiência. Para esse fim, é feita uma dissertação do processo histórico desde a exclusão dessas pessoas até a conquista da garantia de direitos e do reconhecimento como cidadãos em pleno direito. São explanadas as nomenclaturas numa linha histórica e geográfica. Em seguida, são apresentadas reflexões sobre o notável avanço na legislação com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por derradeiro, pondera-se sobre as considerações relevantes a respeito das “barreiras atitudinais” e das medidas adotadas para a inserção do tema da acessibilidade da pessoa com deficiência como tema transversal no projeto pedagógico de ensino, pesquisa e extensão. A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Acessibilidade e Inclusão. Barreira Atitudinal. Constitucionalidade. Princípio da Dignidade da pessoa Humana. Lei n.13146/2015.

Sumário: Introdução. 1. Contexto Histórico. 2. Nomenclatura. 3. A inovação legislativa com a Lei n. 13.146/2015. 4. Inserção do tema da acessibilidade da pessoa com deficiência no projeto pedagógico de ensino, pesquisa e extensão. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar os principais aspectos referentes aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Procede-se à análise da situação atual e da garantia de seus direitos partindo-se da evolução do processo de inclusão dessas pessoas na sociedade.

O primeiro capítulo consiste na exposição do panorama histórico.



O segundo capítulo aborda as mudanças da relação das pessoas com deficiência com a sociedade em que vivem, das nomenclaturas já utilizadas e temporariamente aceitas para designá-las, apresentadas em uma linha histórica e geográfica.

A legislação atinente aos direitos das pessoas com deficiência é tema do terceiro capítulo, com uma breve análise sobre o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos.

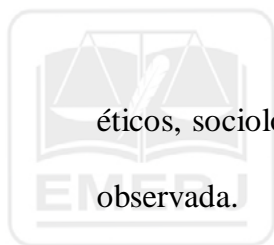
O quarto capítulo trata das barreiras atitudinais e das medidas adotadas para a inserção do tema da acessibilidade da pessoa com deficiência como tema transversal no projeto pedagógico de ensino, pesquisa e extensão na busca de uma conscientização mais ampla na seara dos direitos humanos.

Sendo assim, objetiva-se demonstrar por meio da metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa a realidade das pessoas com deficiência como resultado de um processo histórico de exclusão social, o qual se agravou com o desenvolvimento do capitalismo e perpetua-se em razão do modelo de desenvolvimento econômico atual. Procura-se demonstrar a invisibilidade dedicada às pessoas com deficiência, bem como a existência de todo tipo de barreiras, como as barreiras atitudinais, a fim de ultrapassar o obstáculo maior, o preconceito.

Nesse sentido, incorpora-se aos novos profissionais uma conscientização mais ampla na seara dos direitos humanos por meio da inserção do tema da acessibilidade e inclusão da pessoa com deficiência como tema transversal no projeto pedagógico das universidades.

1. CONTEXTO HISTÓRICO

O tema relativo aos direitos das pessoas com deficiência é de alto grau de complexidade, o qual deve ser avaliado de acordo com os aspectos históricos, filosóficos,



éticos, sociológicos, econômicos e políticos, consoante às peculiaridades e contexto da época observada.

Logo, a análise histórica dos fatos colabora profundamente para a formação de um presente mais ético, à medida que os problemas identificados no passado refletem-se persistentemente na sociedade atual. De acordo com os professores, Assis e Pozzoli, “por isso se diz que o olhar orientador para o futuro dirige-se sempre do presente para um passado ao qual está ligado o respectivo presente, como por meio de uma corrente de um destino universal”¹.

Com base nessa relação de passado-presente-futuro, pode-se concluir que as gerações atuais tanto são responsáveis pelas condições legadas às gerações futuras como vivem a herança das injustiças já sucedidas aos seus antepassados².

Ao longo dos séculos, foram dados distintos tratamentos às pessoas com deficiência por parte do Estado e da sociedade organizada. As leis das primeiras civilizações deixaram como herança pessoas com deficiência em virtude de suas punições.

Os egípcios puniam os condenados mutilando as partes do seu corpo com as quais eles haviam praticado os seus crimes³. Os hebreus, por meio de seu líder Moisés, adotaram a Lei do Talião⁴ e em decorrência, o “Código de Hamurabi”, que previa amputações como punição. E ainda, as pessoas que já possuíam deficiência física ou sensorial eram impedidas de ter acesso às celebrações religiosas, pois os hebreus as viam como punidas por Deus⁵.

No período da Roma Antiga, as crianças com deficiência eram sacrificadas por serem considerados como um mal que poderia contaminar o resto da sociedade e colocar em risco

¹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, p.88-127, 2005.

² ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafaiette. *Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias*. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 51.

³ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. *O Portador de deficiência e o direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 22.

⁴ Ibid. Sobre a Lei de Talião: a punição consistia em mal ou dano idêntico ao cometido pelo condenado, resultando em lesões corporais graves, cegueira e amputações.

⁵ COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade Humana e pessoa com deficiência: aspectos legais trabalhistas*, São Paulo: Ltr, 2008, p. 23.



sua sobrevivência. A Lei das XII Tábuas permitia que os filhos pudessem ser assassinados pelo patriarca romano se fossem considerados frágeis ou anormais⁶.

Na Grécia Antiga, século IV a.C., o filósofo Platão, com sua ideia de desenvolvimento de uma República socialmente “perfeita”, defendia o extermínio de crianças nascidas com deficiências ou “com o corpo mal organizado”, de maneira que a medicina nesse grupo social se limitasse ao “cuidado das pessoas que receberam da natureza corpo são”. Em contrapartida, seu discípulo mais destacado, Aristóteles, defendia que as pessoas com deficiência tivessem acesso garantido ao exercício de atividades ou que aqueles impossibilitados de trabalhar tivessem sua subsistência garantida pela coletividade, numa espécie de seguridade social arcaica⁷.

Em diferentes períodos, existem registros tanto de atos segregatórios, bem como de assistencialismo e proteção. Os exemplos de ambas as posturas são numerosos e, muitas vezes, as duas coexistem no tempo e no espaço.

A primeira constituição a impor ao Estado responsabilidades em relação às pessoas com deficiência foi a Constituição Francesa de 1791, ao estabelecer a instituição de *recours publics*, com o objetivo de criar crianças abandonadas, aliviar os pobres doentes e dar trabalho aos pobres inválidos desempregados⁸. Em contrapartida, vale ressaltar o aspecto desfavorável da Constituição Francesa, isto é, um perfil patrimonialista, um foco maior na propriedade do que no indivíduo. Assim, cabe enfatizar que o primeiro princípio da tríade “igualdade, liberdade e fraternidade” era defendido de uma maneira puramente formal. Apregoava-se o tratamento igualitário entre todos, independente de sua condição⁹.

⁶ NIESS, Luciana Toledo Távora; NIESS Pedro Henrique Távora. *Pessoas portadoras de deficiência no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.5.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid., p. 51.

⁹ BOLONHINI JUNIOR, Roberto. *Portadores de necessidades especiais: as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira*. São Paulo: ARX, 2004, p. 41.



Destaca-se um novo enfoque a partir do momento em que a questão deixou de ser tratada como um problema exclusivamente pessoal para ser abordado como um resultado da relação do indivíduo com a sociedade em que vive¹⁰.

Dessa nova postura, percebe-se que as pessoas com deficiência foram colocadas à margem da sociedade, como indivíduos que requerem atenção especial sem, contudo, pertencer efetivamente ao grupo social.

Somente há algumas décadas, passou-se a buscar a verdadeira integração dessas pessoas na sociedade, trazendo-as ao convívio e participação efetivos no cotidiano. Assim, surgiram conceitos como reabilitação, acessibilidade e independência, a fim de inserir essas pessoas na sociedade¹¹.

Especificamente no caso brasileiro, observa-se que a partir dos anos 80 houve uma mudança de paradigma, incorporando-se à questão da deficiência uma dimensão fortemente sustentada na promoção dos direitos humanos, “procurando expressar a importância da promoção e do reconhecimento da pessoa com deficiência enquanto cidadão em pleno direito”¹².

Portanto, ao longo da década de 80, período em que o Brasil passa por um processo político de democratização, movimentos sociais buscam garantir na Constituição Federal de 1988 o pleno gozo dos direitos das pessoas com deficiência nas áreas de educação, saúde, trabalho, habilitação profissional e assistência social¹³.

No início dos anos 2000, foi apresentado o projeto de lei que propunha a criação de um Estatuto para as pessoas com deficiência. Desde o início dos debates, o texto foi alvo de discussões firmadas pela sociedade civil e entidades, uma vez que o projeto original possuía

¹⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David et al. *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 250.

¹¹ *Ibid.*, p. 251.

¹² *Ibid.*, p. 253.

¹³ ANDRÉ, Maria Filomena Cardoso. *Fórum Municipal em defesa dos direitos da pessoa com deficiência: uma reflexão sobre a concepção do Direito presente nas suas lutas*. Disponível em: <http://www.unioeste.br/projetos/histedopr/monografias/Maria_Felomena.pdf>. Acesso em: 02 abr. 16.



diversas falhas, desde a terminologia inadequada até propostas que, se aprovadas, reforçariam a tutela e o assistencialismo¹⁴.

Em 2008, após a ratificação da Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, formou-se um grupo de trabalho com juristas e especialistas a fim de que o texto do estatuto fosse ajustado. A Convenção trata-se de uma carta de intenções que deixa algumas lacunas sobre a aplicabilidade de direitos, distinta do estatuto que terá a capacidade legal de operacionalizar todas as medidas instituídas na Convenção com força de lei em todo o Brasil¹⁵.

Desse modo, o projeto do Estatuto sofreu inúmeras alterações ao longo de 15 anos, para que fosse aprimorado com cautela a fim de avançar na conquista de direitos, sem retrocessos, entrando em vigor em janeiro de 2016.

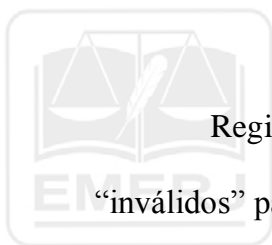
2. BREVES PONDERAÇÕES ACERCA DA NOMENCLATURA

Historicamente, há discussões acerca da maneira mais correta de se referir às pessoas com deficiência, pela inconstância dos termos usados nas legislações, que não parecem refletir uma tentativa de mudança no conceito que se busca exprimir. “As denominações continuarão sendo modificadas, resultado da tarefa de designar um conceito virtualmente discriminatório, um preconceito”¹⁶.

¹⁴GABRILLI, Mara. *O que é o Estatuto da Pessoa com Deficiência?* Disponível em: <<http://blog.isocial.com.br/o-que-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 02 abr. 16.

¹⁵DIAS, Joelson; et al (Org.). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência*. 3. ed. Brasília, 2014, p. 7.

¹⁶INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. *Responsabilidade, social e diversidade: deficiência, trabalho e exclusão*. Rio de Janeiro: BNDES, 2004, p. 14.



Registros históricos indicam a vasta utilização, até recentemente, do termo “inválidos” para caracterizar pessoas com deficiência. Mesmo ainda em uso já no século XX, o termo é criticado por trazer consigo o significado de “pessoas sem valor”¹⁷.

No ano de 1981, conseguiu-se um importante avanço na nomenclatura aplicável. A Organização das Nações Unidas (ONU) marcou aquele ano como o “Ano Internacional das Pessoas Deficientes” e determinou que o termo “deficiente” passasse a ser utilizado sempre como adjetivo do substantivo “pessoa”, assegurando às pessoas com deficiência igualdade de dignidade e direitos em relação ao grupo social como um todo¹⁸.

No início da década de 90, e unicamente nos países de Língua Portuguesa, passou-se a adotar a expressão “pessoa portadora de deficiência”, com o objetivo de ressaltar que a deficiência era um detalhe da pessoa e que ela continuava a se apresentar na sua integridade de direitos. A expressão foi adotada por grande parte das Constituições (Federal e Estaduais), Leis e Decretos¹⁹.

A partir da década de 90, foram propostas outras expressões tais como “pessoas com necessidades especiais”, “pessoas portadoras de necessidades especiais” ou mesmo “pessoas especiais”, com a ideia de substituir o termo “deficiência” por “necessidade especial”. Embora tenham surgido com este objetivo, as expressões terminaram por ter um significado à parte, sendo aplicáveis a todas as pessoas, portadoras de deficiência ou não²⁰.

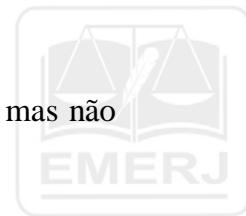
Há algum tempo tem sido combatido o termo “portador” na expressão em voga já que, se a deficiência é algo que faz parte da pessoa, não se pode inferir que é algo externo, algo que se “porte” no sentido de “carregar”. Ademais, “uma pessoa só porta algo que ela

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.



possa não portar, deliberada ou casualmente”²¹. Uma pessoa pode portar uma bolsa, mas não olhos castanhos, por exemplo.

De acordo com Bolonhini Júnior, a nomenclatura mais utilizada oficialmente pela Constituição Federal, pelas convenções e documentos internacionais ratificados pelo Brasil é “pessoa com deficiência” ou “pessoa portadora de deficiência”. Esses dois termos são os corretamente empregados para designar esse segmento no nosso ordenamento jurídico²².

Já segundo Sasaki²³,

[...] os movimentos mundiais de pessoas com deficiência, incluindo os do Brasil, estão debatendo o nome pelo qual elas desejam ser chamadas. Mundialmente, já fecharam a questão: querem ser chamadas de ‘pessoas com deficiência’ em todos os idiomas.

3. O ADVENTO DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO, LEI N. 13.146/2015 QUE INSTITUI O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Dia 6 de julho de 2015 foi sancionada a Lei n. 13.146²⁴, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrou em vigor desde janeiro de 2016. O Estatuto não se trata de um simples compilado de leis, uma vez que possui o conteúdo organizado por capítulos em ordem cronológica e visa alterar a legislação atual, como o Código Civil, Código Eleitoral, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto das Cidades, entre outros.

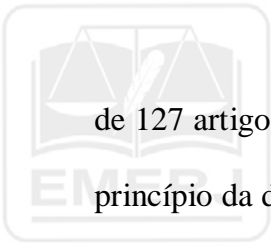
O Estatuto da Pessoa com Deficiência marca a luta pela inclusão por meio de um sistema normativo verdadeiramente inclusivo. A referida Lei n. 13.146/2015 possui um total

²¹ Ibid.

²² BOLONHINI JÚNIOR, op. cit., p.18.

²³ SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência?* Disponível em: <http://www.diversa.org.br/uploads/arquivos/artigos/artigo_romeu_2014_vf.pdf>. Acesso em: 08 abr. 16.

²⁴ BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 09 abr. 16.



de 127 artigos que traduzem uma conquista social pela sua amplitude, além de homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis²⁵.

Segundo Pablo Stolze, relevantes alterações geraram repercussão na teoria das incapacidades, as quais causaram consequências para os institutos de Direito de Família, como o casamento, a interdição e a curatela²⁶.

Desse modo, restaram revogados do Código Civil, por exemplo, os três incisos do art. 3º²⁷, os quais determinavam quem eram os absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil:

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

E ainda, restou preservado no *caput* do art. 3º, mantida como única hipótese de incapacidade absoluta, a do menor de 16 anos.

No mesmo sentido, o Estatuto em seu art. 84²⁸ estabelece como regra que a pessoa com deficiência é legalmente capaz: “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Verificadas as alterações, para Flávio Tartuce, as pessoas com deficiência que antes eram consideradas incapazes no ordenamento jurídico brasileiro, passam a ser, em regra, plenamente capazes, conforme a perspectiva de igualdade constitucional, mesmo que para a prática dos atos da vida civil sejam utilizados determinados institutos, tais como a tomada de

²⁵ GARCIA, Vinícius Gaspar. *Considerações sobre a Lei da Inclusão da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/consideracoes-sobre-a-lei-da-inclusao-da-pessoa-com-deficiencia/#sthash.eMcUgV2z.dpuf>>. Acesso em: 10 de jan. 16.

²⁶ STOLZE, Pablo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 08 abr. 16.

²⁷ BRASIL. Código Civil. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 abr. 16.

²⁸ BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 09 abr. 16.



decisão apoiada e, excepcionalmente, a curatela. Isto é, abandona-se a ideia de que a incapacidade seja um consectário quase inafastável da deficiência²⁹.

Assim, a nova roupagem da legislação já existente, somada a grandes alterações de conteúdo, busca reconstruir valores e conceitos. Entretanto, mais do que a legislação, permanece o desafio de transformar a mentalidade a fim de respeitar as diferenças do outro.³⁰

4. ACESSIBILIDADE ATITUDINAL E A TRANSVERSALIDADE DO TEMA NO ENSINO COMO MEIO DE INCLUSÃO

A legislação atinente a fim de buscar uma verdadeira inclusão, precisa nortear-se na quebra de paradigmas³¹ e pelas variadas dimensões da acessibilidade. A inclusão para a maioria dos leigos e operadores do direito em outras áreas pode parecer uma simples solução ao prever no Estatuto, por exemplo, cotas para o mercado de trabalho, a adaptação de rampas nos edifícios para acessibilidade física, ou placas de sinalização para comunicação acessível. Entretanto, as dimensões da acessibilidade exigem que outras barreiras sejam ultrapassadas, quais sejam, as barreiras atitudinais.

As barreiras atitudinais são essencialmente materializadas nas atitudes de cada pessoa³². Em outras palavras, são as barreiras existentes entre as pessoas, uma das formas de preconceito, expressado em uma atitude que exclui³³.

²⁹ TARTUCE, Flavio. *Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-](http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-6Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com)

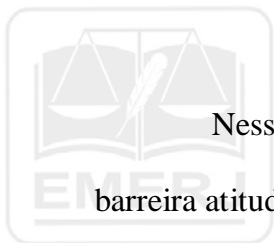
6Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com)>. Acesso em: 13 de mai. 16.

³⁰ Ibid.

³¹ BEZERRA, Luciane Midori Kadomoto. *Quebra de paradigmas: acessibilidade, inclusão e barreiras atitudinais*. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/pedagogia/artigos/57247/quebra-de-paradigmas-acessibilidade-inclusao-e-barreiras-atitudinais#!3>>. Acesso em: 20 de dez. 15.

³² LIMA, Francisco J. SILVA, Fabiana Tavares dos Santos. *Barreiras atitudinais: obstáculos à pessoa com deficiência na escola*. Disponível em: <<http://www.adiron.com.br/arquivos/Barreiras%20Atitudinais.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 16.

³³ Ibid.



Nesse sentido, uma efetiva inclusão envolve tanto a acessibilidade como a quebra da barreira atitudinal³⁴.

Desse modo, a quebra das barreiras atitudinais, meio necessário para transformar a atitude e mentalidade da sociedade, possui na reestruturação do ensino um importante obstáculo a ser superado com a implementação de projetos na área de educação, não somente para as escolas, mas também no ensino superior, ao contemplar o acesso às universidades³⁵.

Nessa linha de pensamento, a Faculdade de Direito do Mackenzie Rio adotou medidas para uma inclusão efetiva do próprio tema da pessoa com deficiência. Por iniciativa do professor Antônio Renato da Cunha, ao lecionar no curso de graduação em Direito, introduziu a acessibilidade da pessoa com deficiência como tema transversal em seu projeto pedagógico, implantado nas três dimensões: ensino, pesquisa e extensão. O recurso da pedagogia por meio da transversalidade no que concerne os direitos humanos, concorrerá para que o tema da pessoa com deficiência, ao longo do curso de Direito, seja tratado em pelo menos duas disciplinas ministradas em sala de aula em cada semestre. Tais medidas de inclusão do tema da acessibilidade também já são encontradas em outros cursos, como o de Contabilidade³⁶.

Por exemplo, na disciplina de direito do trabalho ao abordar a legislação, obrigatoriamente tratar-se-á da legislação pertinente às pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Enquanto, o direito constitucional cuidará do tema ao tratar da igualdade e dignidade da pessoa humana. Assim, no transcorrer do curso, a doutrina e a legislação pertinente serão aprendidos em diversas disciplinas, estimulando os alunos a ultrapassar o

³⁴ Vide nota 31.

³⁵ WERNECK, Claudia. *Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2000, p. 314.

³⁶ Notícia fornecida por Antônio Renato da Cunha, na palestra intitulada “Instrumentos de política pública para a pessoa com deficiência”, realizada na I Semana de Acessibilidade da PUC-Rio, em maio de 2015.



obstáculo maior, qual seja, o de formar uma sociedade livre de preconceitos e incorporando aos novos profissionais uma conscientização mais ampla na seara dos direitos humanos³⁷.

A referida faculdade possui nos dias atuais oito alunos com deficiência auditiva total que são acompanhados por um intérprete de libras em todas as aulas. A instituição possui estrutura e preparo para receber alunos com qualquer tipo de deficiência, pois todo o seu campus é acessível, inclusive os nove banheiros, a biblioteca equipada com software para pessoas com deficiência visual, a secretaria e as próprias salas de aula. Esse relevante trabalho precursor no país, desenvolvido pelo professor Antônio Renato Cardoso da Cunha, coordenador do curso de direito da Mackenzie Rio, objetiva servir de modelo para a inclusão da pessoa com deficiência e dos temas de estudo com ela relacionados, no ensino superior brasileiro³⁸.

Por derradeiro, depreende-se que a seara do ensino, seja em escolas ou universidades, não se distanciam do contexto macro da sociedade, nas quais a busca da transformação da sociedade é insuficiente somente por meio de leis, sendo necessária uma modernização e reestruturação do ensino e das relações sociais³⁹. Portanto, a promoção da pedagogia contemplando todos os sujeitos sociais é matéria de urgência como uma das primeiras barreiras atitudinais a serem ultrapassadas na área da educação.

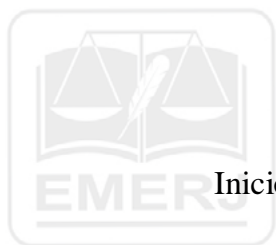
CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se demonstrar o estágio atual da histórica luta pela efetiva inclusão das pessoas com deficiência.

³⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. *Direito da Mackenzie Rio é exemplar na inclusão do tema da pessoa com deficiência*. Disponível em: <<http://www.ibdd.org.br/noticias/noticias-noti-289%20direito%20mackenzie.asp>>. Acesso em: 09 de out. de 15.

³⁸ Ibid.

³⁹ Vide nota 32.



Iniciou-se com uma etapa de contextualização da questão e uma análise abrangente das conquistas e retrocessos das iniciativas ao longo dos séculos. Pode-se perceber que as pessoas com deficiência passaram por fases de extermínio, total exclusão social, outros períodos de iniciativas de proteção social, mas sem nenhum movimento para trazê-las ao convívio de forma autônoma.

Posteriormente, vieram anos de luta por uma vida independente, chegando-se finalmente ao paradigma da “inclusão social”. Da mesma maneira, viu-se que a própria adoção de termos para designação dessas pessoas muito variou ao longo do tempo, permanecendo a redação nas leis, decretos e convenções. Hoje, mundialmente, os movimentos sociais demonstram que após tantas terminologias, encerraram a questão e desejam ser chamados de pessoas com deficiência.

No terceiro capítulo, foi citado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, fruto de um trabalho democrático ao longo de 15 anos, que resulta hoje como a esperança de um grande avanço, principalmente no que concerne ao regime das incapacidades para a pessoa com deficiência, uma vez que após janeiro de 2016, retira a pessoa com deficiência da categoria de absolutamente incapaz em homenagem ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

No quarto capítulo, além da acessibilidade por meio da eliminação de impedimentos físicos, naturais ou de comunicação, foi esclarecido o conceito das barreiras atitudinais e a necessidade da quebra dessas barreiras de atitude a fim de garantir o pleno exercício dos direitos da pessoa com deficiência e sua verdadeira cidadania.

Dessa forma, conclui-se que se configura um desafio maior, na medida em que se percebe um descompasso entre as normas e sua eficácia, a necessidade da transformação da sociedade por outros meios, principalmente pela reestruturação do sistema de ensino, pesquisa e extensão. Assim, a inserção da transversalidade do tema da acessibilidade da pessoa com deficiência no projeto pedagógico merece tratamento nesse capítulo. Tal inserção almeja



mudar a mentalidade dos nossos futuros profissionais, sejam engenheiros, arquitetos, advogados, juízes, professores, entre outras profissões, uma vez que ainda há barreiras para a construção de uma sociedade livre de preconceitos, a fim de que cada indivíduo passe a aceitar as diferenças valorizando o que cada um pode oferecer.



REFERÊNCIAS

ANDRÉ, Maria Filomena Cardoso. *Fórum Municipal em defesa dos direitos da pessoa com deficiência: uma reflexão sobre a concepção do Direito presente nas suas lutas*. Disponível em: <http://www.unioeste.br/projetos/histedopr/monografias/Maria_Felomena.pdf>. Acesso em: 02 abr. 16.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: CORDE (Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência), 2001.

_____ et al. *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.250.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafaiette. *Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias*. 2. ed. São Paulo: D ASSIS, Olney Queiroz amásio de Jesus, 2005.

BEZERRA, Luciane Midori Kadomoto. *Quebra de paradigmas: acessibilidade, inclusão e barreiras atitudinais*. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/pedagogia/artigos/57247/quebra-de-paradigmas-acessibilidade-inclusao-e-barreiras-atitudinais#!3>>. Acesso em: 20 de dez 15.

BOLONHINI JUNIOR, Roberto. *Portadores de necessidades especiais: as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira*. São Paulo: ARX, 2004.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 abr. 16.

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 09 abr. 16.

CANZIANI, Maria de Lourdes. *Direitos humanos e os novos paradigmas das pessoas com deficiência*. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David et al. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 250-262.

COSTA, Sandra Moraes de Brito. *Dignidade Humana e pessoa com deficiência: aspectos legais trabalhistas*, São Paulo: Ltr, 2008.

CUNHA, Antônio Renato. Palestra proferida na I Semana de Acessibilidade da PUC-Rio, intitulada “Instrumentos de política pública para a pessoa com deficiência”, em maio de 2015.

DIAS, Joelson; et al (Org.). *Novos comentários à convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. 3. ed. Brasília, 2014.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direito das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.



_____. *O direito das pessoas com deficiência de acesso à educação*. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David et al. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 250.

GABRILLI, Mara. *O que é o Estatuto da Pessoa com Deficiência?* Disponível em: <<http://blog.isocial.com.br/o-que-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 02 abr. 16.

GARCIA, Vinícius Gaspar. *Considerações sobre a lei da inclusão da pessoa com deficiência*. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/consideracoes-sobre-a-lei-da-inclusao-da-pessoa-com-deficiencia/#sthash.eMcUgV2z.dpuf>>. Acesso em: 10 de jan. 16.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 29, p.88-127, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. *Responsabilidade social e diversidade: deficiência, trabalho e exclusão*. Rio de Janeiro: BNDES, 2004.

_____. *Direito da Mackenzie Rio é exemplar na inclusão do tema da pessoa com deficiência*. Disponível em > <<http://www.ibdd.org.br/noticias/noticias-noti-289%20direito%20mackenzie.asp>>. Acesso em: 09 de out. 15.

LIMA, Francisco J. SILVA, Fabiana Tavares dos Santos. *Barreiras atitudinais: obstáculos à pessoa com deficiência na escola*. Disponível em: <<http://www.adiron.com.br/arquivos/Barreiras%20Atitudinais.pdf>>. Acesso em: 10 de jan. 16.

MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. *O portador de deficiência e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

MARQUES, Christiani. *Discriminação no emprego*. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David et al. *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 105-132.

MAZOTTA, Marcos José Silveira. *Educação especial no Brasil: história e políticas públicas*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

NETO, Diogo de Figueiredo. *Aspectos administrativos da proteção e integração das pessoas portadoras de deficiência*. In: TEPERINO, Maria Paula (org.). *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NISS, Luciana Toledo Távora; NISS, Pedro Henrique Távora. *Pessoas portadoras de deficiência no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

Parecer nº055/2005 da Secretaria Especial de Direitos Humanos, Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência.



A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DAS CONDUTAS DECORRENTES DE FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Erika Cristina de Albuquerque Magioli

Pós-Graduada em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes. Juíza Leiga no III Juizado Especial Cível da Comarca da Capital - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: A responsabilidade civil do Estado não se restringe ao seu atuar. O Estado é constitucionalmente responsável por garantir segurança e bem-estar aos seus administrados, aplicando-se as regras da Responsabilidade Civil como forma de combater arbitrariedades, injustiças e negligências no âmbito administrativo. Em casos específicos, a omissão genérica da Administração Pública faz emergir a responsabilidade subjetiva pela inação do Estado, seja mediante conduta omissiva ou atuação deficiente, que gera responsabilização pelos eventos danosos provocados. Objetiva-se fomentar reflexões acerca da amplitude da responsabilidade civil do Estado que, a depender do caso concreto, implica no afastamento ou imposição do dever de reparação.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. Responsabilidade Civil do Estado. Serviços Públicos. Falha na Prestação do Serviço Público.

Sumário: Introdução. 1. Panorama Geral da Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2. Responsabilidade Estatal por ato comissivo e omissivo. 3. A ineficiência na prestação do serviço público e o dever de reparar os danos provocados. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca reconhecer que a responsabilidade do Estado não se restringe ao seu atuar.

A Constituição de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado no §6º do artigo 37, que prevê que as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado,



quando prestadoras de serviços públicos, são responsáveis pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Em alguns casos, não se pode exigir do Estado uma atuação específica, porém, tendo esse um dever genérico de agir, nas hipóteses em que o serviço não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente, haverá omissão genérica, pela qual responde a Administração subjetivamente com base na culpa anônima. Em outra hipótese, quando o Estado possui o dever específico de agir e a sua omissão cria a situação propícia para a ocorrência do evento danoso, responde a Administração de forma objetiva pelos danos provocados.

Em um primeiro momento, busca-se analisar a omissão genérica da Administração Pública, que faz emergir a responsabilidade subjetiva pela inação do Estado. Busca-se a perquirição da responsabilidade, em casos específicos, de modo a concluir se a omissão ou atuação deficiente figurou como causa exclusiva ou concorrente do dano.

Pretende-se, também, estabelecer um panorama geral sobre o caminho a ser percorrido pela vítima do evento danoso até a efetiva compensação, em especial mediante o regime jurídico do precatório.

Por fim, o trabalho aborda, sob uma ótica atual, indagações acerca da responsabilidade do Estado quanto aos atos omissivos, cujo tema é objeto de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Ressaltando-se, entretanto, que devido ao Estado ser constitucionalmente responsável por garantir segurança e bem-estar aos seus administrados, é pacífico o entendimento da possibilidade de aplicação das regras de Responsabilidade Civil, como forma de combater arbitrariedades, injustiças e negligências no âmbito administrativo.

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



1. PANORAMA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Historicamente, a responsabilidade civil do Estado passou por diversas fases.

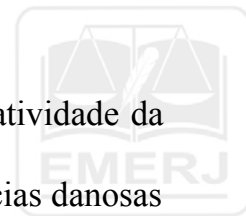
Em um primeiro momento, na concepção de um Estado despótico e absolutista, vigorou o princípio da irresponsabilidade, na qual os administrados vítimas de danos provenientes de atos de gestão possuíam ação tão somente e face do próprio funcionário causador do dano, nunca em face do Estado.

Nessa época, sustentava-se que o Estado, sendo a personificação da nação não poderia, sob fundamento algum, ser demandável.

Em uma segunda fase, o Estado, em uma concepção civilista, abandona a condição de irresponsável civilmente, para a condição de possível responsável, a depender da comprovação da culpabilidade do agente público.

Em seguida, constatou-se que o Estado não é representado por seus agentes. De acordo com os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho¹, o Estado é dotado de órgãos de comando, políticos, que manifestam a vontade estatal e órgãos de execução (administrativos) que cumprem as ordens dos primeiros. Ressalta, contudo, que a vontade e as ações desses órgãos não são propriamente dos agentes humanos que neles atuam, mas, em verdade, do próprio Estado.

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 284.



De tal modo, tem-se que a atividade do funcionário configura-se como atividade da própria pessoa jurídica, razão pela qual deve-se atribuir a esta todas as consequências danosas ou não da atividade prestada.

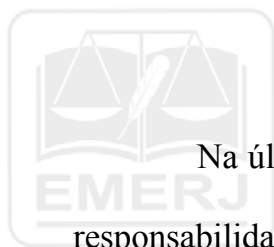
Com a evolução da teoria da responsabilidade civilista, evoluiu-se da culpa individual para a denominada culpa anônima, cuja ideia é que basta a falha ou o mau funcionamento do serviço público para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos provocados aos administrados. De acordo com essa nova concepção, não existe necessidade de prova que o funcionário público tenha incorrido em culpa, pois, conforme ensina Cavalieri², “basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.”

Com o passar do tempo, a ideia de culpa foi substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. Neste caso, é indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou não, pois neste tipo de responsabilidade não é prescindível a apreciação do dolo ou culpa. Surge, então, a teoria do risco administrativo.

A teoria do risco administrativo, estágio mais recente da responsabilidade civil do Estado, considera que diante das inúmeras e variadas atividades da Administração, existe a probabilidade de danos serem causados a particulares. De tal modo, ainda que a Administração Pública realize suas atividades para atender ao interesse de toda a população, é possível que alguns integrantes sofram danos por condutas ativas ou omissivas dos agentes.

Nesse sentido, considera-se que, se, em princípio, todos se beneficiam das atividades administrativas, todos também devem compartilhar do ressarcimento dos danos provocados.

² Ibid., p.285.



Na última fase dessa evolução, a responsabilidade civil do Estado apresenta-se como responsabilidade objetiva, na qual não se invoca mais dolo ou culpa do agente, ou o mau funcionamento ou falha da Administração. Responde o Estado porque causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa prestada e o dano sofrido pelo particular.

A Constituição Federal de 1988 também acolheu no artigo 37, parágrafo 6º, a responsabilidade objetiva do Estado, nos seguintes termos: “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”.

O preceito constitucional gera questionamento que diz respeito à relação que deve existir entre o ato do agente ou da atividade administrativa e o dano. Sérgio Cavalieri³, por exemplo, levanta indagação se terá o ato que ser praticado durante o serviço, ou basta que seja em razão dele? Esclarece, no entanto, que prevalece o entendimento que o mínimo necessário para determinar a responsabilidade do Estado é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano.

Neste sentido, ensina Odete Medauar⁴:

Cabe ainda observar que a Administração é responsabilizada não somente por atos ou omissões de agentes identificados. Nas hipóteses de danos oriundos de agentes não identificados ou oriundos de falhas em máquinas, aparelhos, equipamentos (fato das coisas), sem possibilidade de atribuição a agente algum, ainda assim a Administração arca com o ressarcimento do dano.

As causas que excluem o nexa causal, como as hipóteses de força maior, caso fortuito, fato exclusivo da vítima e de terceiro, excluirão, também a responsabilidade objetiva do Estado.

³ Ibid., p. 291.

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 370.



O Estado não responde objetivamente por fenômenos da natureza, porque tais eventos não são causados por sua atividade. Também não responde o Estado pelo fato exclusivo da vítima ou de terceiro, pois são fatos estranhos à atividade administrativa do Estado, conforme as hipóteses de assaltos, furtos ou acidentes na via pública.

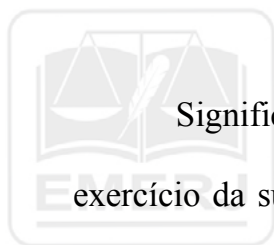
Por outro lado, no que tange ao fortuito interno, esse não exclui a responsabilidade do Estado, pois, embora imprevisível, faz parte da atividade da Administração e tem plena ligação com os riscos inerentes à atuação desempenhada pelo Ente Público.

Por fim, se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, de modo com que todas concorram adequada e eficientemente para o resultado, não haverá excludente de responsabilidade. Nesta situação, a jurisprudência tem admitido a concorrência de culpas e admitido a culpa concorrente da vítima como fator determinante da redução da responsabilidade do Estado.

2. RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ATO COMISSIVO E OMISSIVO

A Constituição Federal abarcou no artigo 37, parágrafo 6º, a teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado, o que significa dizer que todo dano ocasionado ao particular, por servidor público, deve ser ressarcido, independente da existência de dolo ou culpa.

Em contrapartida, o Estado não possui qualquer responsabilidade por atos predatórios de terceiros, como nas hipóteses de saques em estabelecimentos comerciais, assaltos em vias públicas, em razão de danos oriundos de fenômenos da natureza ou decorrer de fato de terceiro ou fato exclusivo da vítima.



Significa dizer, portanto, que o Estado somente será responsabilizado quando do exercício da sua atividade administrativa estiver presente a relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano.

Nesse contexto, verifica-se que não foi adotada a Teoria do Risco Integral, onde a Administração não pode alegar qualquer das excludentes de responsabilidade.

A Teoria do Risco Integral, nos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho, “é modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.”⁵

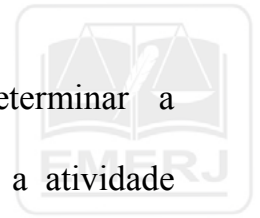
Se fosse admitida a Teoria do Risco Integral em relação à Administração Pública, o Estado teria obrigação de reparar qualquer dano suportado pelo particular, independente da origem do dano e ainda que o infortúnio fosse provocado por fato alheio à sua atuação.

A Constituição de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado no §6º do seu artigo 37 e adotou a Teoria do Risco Administrativo.

A responsabilidade objetiva da Administração Pública, nos termos do dispositivo constitucional mencionado, tem por pressuposto o nexu causal entre um ato do agente público e o dano suportado pelo particular. Nota-se que a Administração Pública condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, ou seja, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano.

Uma questão que ainda enseja controvérsia é a que diz respeito à relação que deve existir entre o ato do agente ou da atividade administrativa e o dano. Questiona-se se o ato do agente público precisa ser praticado durante o serviço ou apenas em razão dele.

⁵ Ibid., p. 288.



Prevalece o entendimento nos Tribunais Superiores que para determinar a responsabilidade do Estado, exige-se tão somente que o cargo, a função ou a atividade administrativa tenha sido a oportunidade para a prática do ato ilícito.

Na visão de Sérgio Cavalieri Filho⁶:

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua uma causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano.

Desse modo, entende-se que o Estado não pode responder por dano causado por alguém que não é seu agente ou que, embora o seja, não esteja, quando da prática do ato que deu causa ao dano, no desempenho das atribuições do seu cargo, função ou emprego público.

A responsabilidade objetiva do Estado envolve as entidades de direito público (autarquias, fundações governamentais de de direito público e entidades estatais) e as entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, que podem integrar a Administração Indireta (fundações governamentais de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas) ou não (concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços públicos).

O §6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, entretanto, não afasta a possibilidade de o Estado, em determinadas situações, responder subjetivamente pelos danos causados a terceiros.

Nestas circunstâncias, normalmente em razão de atos omissivos, o Estado está condicionado à prova da culpa, que significa culpa administrativa ou do serviço, caracterizada quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado.

⁶ Ibid., p. 291.



Para a configuração da responsabilidade estatal por atos omissivos não basta unicamente a existência de relação entre a ausência do serviço e o dano, sendo imprescindível que o Estado tenha agido com culpa, seja na modalidade negligência, imprudência ou imperícia, ou, ainda, que tenha agido com dolo.

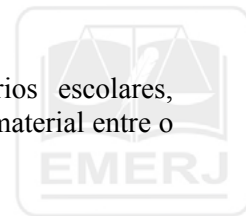
No caso de omissão genérica do Estado, a inação da Administração Pública não se apresenta como causa direta e imediata do dano, contudo, concorre para ele, razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano. É preciso demonstrar que se houvesse uma conduta praticada pelo Estado, o evento danoso poderia não ter ocorrido.

Ocorre que no caso de omissão, é necessário estabelecer distinção entre estar o Estado obrigado a praticar determinada ação, em razão de específico dever de agir ou possuir obrigação de tão somente evitar o resultado. Nas hipóteses em que o Estado é obrigado a agir, existe omissão específica e a responsabilidade é objetiva.

Os Tribunais Superiores reconhecem a omissão específica do Estado quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento danoso.

No julgamento do RE 109615-2/RJ, sob a relatoria do Min. Celso de Mello que, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal condena o Estado por omissão com fundamento na responsabilidade objetiva. Vejamos:

EMENTA: (...) RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a



guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos.⁷

Na opinião de Helena Elias Pinto⁸:

Esse acórdão pode ser considerado o marco fundamental da nova feição da jurisprudência do STF em relação à responsabilidade por danos em casos de omissão do Poder Público. Inaugura-se então (o ano é de 1996) uma série de decisões nesse sentido, intercaladas com outras em que foi aplicado o sistema da responsabilidade subjetiva ou não houve explicitação de qual a teoria adotada.

Vale ressaltar, ainda, que se o dano por provocado por uma pluralidade de causas, a responsabilidade do Poder Público deverá ser atenuada ou circunscrita ao dano que, de fato, foi provocado pela atividade administrativa.

3. A INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E O DEVER DE REPARAR OS DANOS PROVOCADOS

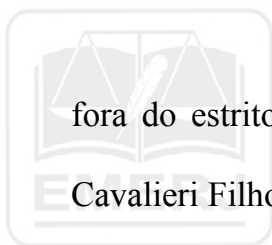
O Estado não pode agir diretamente por não ser dotado de individualidade fisiopsíquica e, portanto, sua vontade e sua ação são manifestadas pelos seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade, mediante atuação em seus órgãos.

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a ocorrência do evento danoso, o Estado terá obrigação de responder pelo ilícito e, por consequência lógica, realizar a obrigação ressarcitória.

Em resumo, “haverá a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 109615-2/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo38.htm>> . Acesso em 12/10/2015.

⁸ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 168.



fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro”, conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho⁹.

Neste sentido, entende os Tribunais Superiores¹⁰ que se o agente, por exemplo, soldado vier a cometer crime, com utilização de arma da corporação, portando-se na momento de ação como autoridade e agente público, deve incidir a responsabilidade objetiva do Estado, ainda que o agente encontre-se fora do serviço público, bastando somente que se apresente na condição de policial militar e utilize sua condição para prática da conduta.

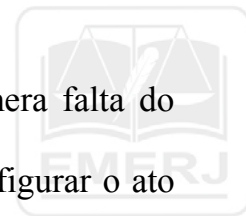
Em contrapartida, na hipótese do policial militar, em período de folga, utilizar arma da corporação para desferir tiros contra sua mulher em determinado momento de desacerto sentimental, não há que se falar responsabilidade estatal. Verifica-se que não existe nexo de causalidade entre a conduta do policial e o dano sofrido pela mulher, já que o ilícito praticado não guarda correlação com a função de agente público, tratando-se de conduta impregnada de sentimento pessoal.

Em relação às hipóteses de vítimas atingidas por projétil de arma de fogo, entende-se que sempre que o dano resultar da atividade estatal, existe o dever de reparação. Conforme dito anteriormente, a responsabilidade civil do Estado é objetiva pelo risco da atividade. Apenas nos casos de bala perdida, no sentido literal da palavra, quando se desconhece a origem de emissão do projétil, não existirá dever de reparação, sendo certo que por não se saber de onde partiu, não há como se afirmar que foi disparada por agente do estatal ou qualquer outro cidadão em situação de delinquência.

Nos casos de danos provocados por ato de delinquência, vale dizer que os danos sofridos por particular em razão de ato de delinquência só responsabilizam a Administração

⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 292.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 630817/CE. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627178>>. Acesso em 12/10/2015.



Pública quando comprovada a efetiva culpa. Significa dizer, portanto, que a mera falta do dever genérico de garantir a segurança dos cidadãos não é o suficiente para configurar o ato omissivo, sob pena de se exigir que o Estado seja um segurador universal, capaz de evitar a ocorrência de toda e qualquer ação criminosa, pouco importando o tempo e o espaço.

Ainda no caso de condutas omissivas, tem-se reconhecido na doutrina e jurisprudência a omissão específica do Estado nas situações de inércia administrativa é a causa determinante do não impedimento do evento danoso, como ocorre nos casos de acidente com aluno de escola pública durante o período letivo e detento morto no interior de unidade prisional.

Vale registrar que o Poder Público, ao receber menor estudante em restabelecimento de rede oficial de ensino, assume o sério compromisso de velar pela preservação de sua integridade física e mental. A falha na vigilância das crianças colocadas sob à proteção do Poder Público gera o dever de responsabilização.

No tocante à responsabilização do Estado por danos oriundos de atos legislativos típicos, tem-se admitindo no direito pátrio a responsabilidade do estado por leis inconstitucionais assim declaradas.

A Prof^a. Odete Medaur¹¹ alerta que o STF possui histórica decisão reconhecendo que “o Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar.”

Por outro lado, no caso de responsabilidade civil do Estado por erro judiciário de natureza criminal, o ordenamento pátrio previu a responsabilidade pessoal do juiz, fazendo expressa previsão no art. 133 do CPC/73 que, responderá o juiz por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, vier a praticar ato atentatório contra direito legítimo da parte.

¹¹ MEDAUR, op. cit., p. 374.



O tema, contudo, é complexo. Existe entendimento doutrinário que defende a tese da irreparabilidade dos danos causados pelos atos judiciais, reconhecendo-se que os juízes não são responsáveis pelos danos que suas decisões, ainda que equivocadas, venham a provocar, sob pena de se abrir novo litígio sobre questão jurídica já decidida.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já se pronunciou sobre o tema e reconheceu que os atos do Poder Judiciário tratam-se de um tipo de Poder Soberano, que goza de imunidades e, portanto, não se enquadram no regime da responsabilidade por efeitos de seus atos quando no exercício de suas funções.

Nas hipóteses acima elencadas, nota-se que a Administração é responsabilizada e fica condenada a ressarcir a vítima se ficar demonstrado o dolo ou culpa do agente, sem prejuízo do direito de regresso, conforme assegurado no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Em suma, esse dispositivo constitucional cria duas relações de responsabilidade. A primeira, a responsabilidade do Estado e de seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de natureza objetiva, em regra, baseada no nexo causal, ou de natureza subjetiva, calcada na culpa administrativa. E, a segunda, responsabilidade do agente público causador de dano direto, perante Estado ou delegado na prestação de serviço público, de caráter exclusivamente subjetivo, com base na culpa e no dolo.

Nos casos de reparação do dano, a própria vítima, cônjuge/companheiro ou herdeiro ingressa com ação, interposta contra pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, objetivando obter compensação pelo prejuízo suportado.



Prescreve em cinco anos a ação de reparação de danos referentes à responsabilidade civil do poder público e das pessoas jurídicas de direito privado que desempenham função pública, na forma da Lei 9494/1997.

Vale dizer, ainda, que nos casos de abuso de autoridade, a Lei 4.898/65 permite que a vítima acione diretamente o agente, sem prejuízo da ação contra a Administração Pública, nos termos do artigo 1º da referida legislação.

A jurisprudência vem admitido, ainda, que o autor ingresse com ação judicial em face da Fazenda Pública e contra o agente provocador do dano, formando-se litisconsórcio facultativo.

CONCLUSÃO

O direito pátrio concebeu o Estado como responsável. Pela evolução histórica, a responsabilidade objetiva apenas veio a ser consagrada com a Constituição de 1946 e, por fim, disciplinada no artigo 37, 6º da Constituição vigente.

Esse dispositivo retrata a responsabilidade objetiva do Estado, que é aquela fundada na teoria do risco, que disciplina que o Estado responde pelos danos provocados por seus agentes independentemente de culpa.

A responsabilidade objetiva do Estado envolve não apenas as entidades de direito público, compreendidas como as entidades estatais, autarquias e fundações governamentais de direito público, mas também as entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, que correspondem às fundações governamentais de direito privado, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. É possível, ainda, que particulares delegados do Estado, como



as concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços públicos venham a ensejar a responsabilidade civil do Estado.

Existem casos, contudo, que o Estado responderá subjetivamente pelos danos causados a terceiros que, em geral, envolve condutas omissivas. Nessas hipóteses, a responsabilidade da Administração Pública está condicionada à prova de culpa. Em verdade, essa culpa não refere-se à culpa individual do agente público, mas sim culpa administrativa, que resta caracterizada quando o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado.

Em relação à reparação do dano, conclui-se que é assegurado ao Estado ou às entidades privadas prestadoras de serviço público a possibilidade de reaver, mediante o direito de regresso, do agente público ou responsável pelo evento danoso o que pagou à vítima do infortúnio.

Conclui-se, pois, que a responsabilidade do Estado ou de seus delegados na prestação de serviços públicos será firmada sempre que houver algum dano provocado pelos agentes estatais e que, necessariamente, nessa qualidade, vierem a provocar a terceiros.

Observa-se que para se reconhecer a responsabilidade do Estado é necessário que o evento danoso possa ser imputado à Administração Pública, demonstrando-se o nexo de causalidade entre o fatídico episódio e a atuação estatal.

Evidente, portanto, que não há que se falar em responsabilidade civil do Estado quando o agente público provocador do dano estiver agindo, não na qualidade de agente público, mas não condição de um simples particular.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 04 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 109615-2/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo38.htm>>. Acesso em 12 out. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Constituição Federal para concursos*. 3. ed. Salvador. Juspodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



A ISENÇÃO PREVISTA NO DECRETO-LEI 1.804/80 E A ILEGALIDADE DA PORTARIA MF Nº 156/99

Evandro Rosa Coelho de Souza

Graduado pela Universidade Candido Mendes. Bacharel em direito. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O comércio virtual facilitou ao brasileiro a aquisição de produtos estrangeiros. Em que pese produtos em até cem dólares americanos, ou o equivalente em outras moedas, estarem isentos de imposto de importação pelo Decreto-lei nº 1.804/80 desde que o destinatário da compra seja pessoa física, a Portaria MF nº 156/99 limitou o benefício e criou condições diversas. Objetiva-se, neste trabalho, o exame dos institutos e princípios atrelados ao benefício, discutir a legalidade do referido ato administrativo, dirimir dúvidas e estabelecer parâmetros para a compreensão da exclusão do crédito tributário.

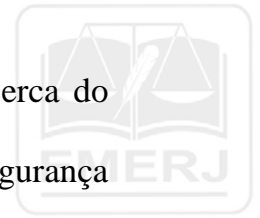
Palavras-chave: Direito Tributário. Isenção. Imposto de Importação. Extrafiscalidade. Ato Administrativo. Princípio da Legalidade.

Sumário: Introdução. 1. Sobre a Isenção, a Extinta Figura do Decreto-lei e a Portaria como Ato Administrativo. 2. Do Princípio da Legalidade e da Extrafiscalidade. 3. Da Ilegalidade da Portaria MF nº 156/99. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de portaria emitida pelo Ministério da Fazenda criar condições diversas, bem como reduzir a isenção atribuída por Decreto-lei que previu a exclusão de crédito tributário quanto ao Imposto de Importação nos casos em que o produto comprado no exterior vale até cem dólares americanos ou moeda equivalente e o destinatário for pessoa física.

Para tanto, serão abordadas posições doutrinárias referentes à natureza jurídica dos institutos pertinentes, uma vez que a literatura não é favorável quanto ao tema.



Serão abordadas também posições jurisprudenciais, pois a falta de decisão acerca do tema nos Tribunais Superiores é responsável por decisões discrepantes e insegurança jurídica.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de isenção como espécie de exclusão do crédito tributário e a importância do princípio da legalidade tributária previsto na Constituição Republicana de 1988, como limitação ao poder de tributar do Estado.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os conceitos e natureza jurídica do instituto da isenção, a portaria como ato ordinatório da administração pública e o Decreto-lei como figura extinta no nosso ordenamento jurídico, já que a CRFB/88 trouxe, em seu lugar, a Medida Provisória.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a questão do princípio da legalidade e da extrafiscalidade, tendo, por base a visão constitucional sobre o sistema tributário brasileiro, a fim de se compreender melhor a possibilidade de alteração da alíquota de determinados tributos por ato do Poder Executivo.

O terceiro capítulo explica a ilegalidade da Portaria MF nº156/99, sendo justificada pela característica da extrafiscalidade, a possibilidade de atuação do Chefe do Poder Executivo e do Ministério da Fazenda de alterarem apenas as alíquotas de alguns dos tributos previstos no rol do artigo 153 CRFB.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.



1. SOBRE A ISENÇÃO, A PORTARIA E A EXTINTA FIGURA DO DECRETO

LEI.

Primeiramente, faz-se mister entender o conceito básico de isenção. Majoritariamente, entende-se por isenção a modalidade de exclusão de crédito tributário, em que há dispensa legal do pagamento de um tributo devido. A CRFB/88, em seu artigo 150 § 6º e o Código Tributário Nacional, em seu artigo 176, são categóricos ao impor que a isenção será feita por meio de lei específica, não sendo admitida por ato infralegal.

Segundo Ricardo Alexandre¹:

[...]isenção é a dispensa legal do pagamento do tributo devido. Segundo a tese que prevaleceu no Judiciário, a isenção não é causa de não-incidência tributária, pois, mesmo com a isenção, os fatos geradores continuam a ocorrer, gerando as respectivas obrigações tributárias, sendo apenas excluída a etapa do lançamento e, por conseguinte, a constituição do crédito.

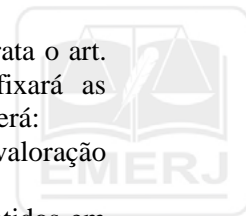
Significa dizer que há um disposto normativo tributário *a priori* que visa a cumprir seu papel quando concretizada a hipótese de incidência e, *a posteriori*, a norma de isenção que atua de forma ulterior à consumação do fato gerador, dispensando o seu pagamento.

A polêmica sobre o tema surge quando ato infralegal, uma portaria do Ministério da Fazenda, reduz a isenção e atribui condições diversas àquelas previstas no decreto lei. Em que pese a aparente violação dos dispositivos previstos na CRFB e CTN, o caso demanda maior atenção.

Superadas as questões referentes à compreensão básica do instituto, passa-se à análise dos dispostos normativos, começando pelo Decreto-lei 1804/80²:

¹ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Gen, 2009, p. 468.

² BRASIL. Decreto-lei 1.804/80. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De11804.htm>. Acesso em: 3 de abril de 2015



Art. 2º O Ministério da Fazenda, relativamente ao regime de que trata o art. 1º deste Decreto-Lei, estabelecerá a classificação genérica e fixará as alíquotas especiais a que se refere o § 2º do artigo 1º, bem como poderá:

I - dispor sobre normas, métodos e padrões específicos de valoração aduaneira dos bens contidos em remessas postais internacionais;

II - dispor sobre a isenção do imposto de importação dos bens contidos em remessas de valor até cem dólares norte-americanos, ou o equivalente em outras moedas, quando destinados a pessoas físicas. (Redação dada pela Lei nº 8.383, de 1991)

Parágrafo Único. O Ministério da Fazenda poderá, também, estender a aplicação do regime às encomendas aéreas internacionais transportadas com a emissão de conhecimento aéreo.

Nota-se que o artigo supracitado prevê todas as condições necessárias, de forma explícita, para saber se o contribuinte se enquadra na referida exclusão do crédito tributário. Apresenta-se, agora, a isenção prevista na portaria MF nº 156/99³:

Art. 1º O regime de tributação simplificada - RTS, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.804, de 3 de setembro de 1980, poderá ser utilizado no despacho aduaneiro de importação de bens integrantes de remessa postal ou de encomenda aérea internacional no valor de até US\$ 3,000.00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) ou o equivalente em outra moeda, destinada a pessoa física ou jurídica, mediante o pagamento do Imposto de Importação calculado com a aplicação da alíquota de 60% (sessenta por cento), independentemente da classificação tarifária dos bens que compõem a remessa ou encomenda.

§ 1º No caso de medicamentos destinados a pessoa física será aplicada a alíquota de zero por cento.

§ 2º Os bens que integrem remessa postal internacional no valor de até US\$ 50.00 (cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) ou o equivalente em outra moeda, serão desembaraçados com isenção do Imposto de Importação, desde que o remetente e o destinatário sejam pessoas físicas.

O artigo 2º inciso II do Decreto Lei nº 1.804/80 e o artigo 1º §2º da portaria MF nº 156/99 são, pelo menos em princípio, contraditórios. Em resposta, a Receita Federal do Brasil emitiu nota técnica⁴ à respeito do conflito. Segundo a Subsecretaria de Tributação e Contencioso (Sutri) e a Subsecretaria de Aduana e Relações Internacionais (Suari):

[...] o que fez o Decreto 1.804/80 foi delegar ao Ministro da Fazenda a faculdade de dispor sobre a isenção em remessas entre pessoas físicas da maneira que melhor convier aos interesses da Fazenda Nacional e da

³ BRASIL. Portaria MF nº 156/99. Disponível em:

<http://www18.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/Ant2001/1999/portmf01_5699.htm>. Acesso em: 3 de abril de 2015

⁴ BRASIL. Receita Federal. Nota Técnica. Disponível em:

<http://www.receita.fazenda.gov.br/AutomaticoSRFsintot/2014/02/12/2014_02_12_17_44_54_330806488.html>. Acesso em: 3 de abril de 2015



economia do país. Ao fixar o valor em US\$ 50,00, respeitou-se o teto estabelecido pela Lei, que é de cem dólares dos Estados Unidos da América ou o equivalente em outra moeda, o qual não deve ser confundido com o valor da própria isenção.

A nota deixa claro que a Receita não vê qualquer ilegalidade no ato, que o Decreto-Lei 1.804/80 conferiu ao Ministro da Fazenda atribuição para limitar o benefício e que o teto de cem dólares foi respeitado. Com base na referida nota técnica, faz-se necessário analisar o conceito de portaria. Majoritariamente são entendidas como ato administrativo ordinatório. Para Hely Lopes Meirelles⁵:

[...] portarias são atos administrativos internos pelos quais chefes dos órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados. Por portarias também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Em tais casos, a portaria tem função assemelhada à da denúncia do processo penal. As portarias, como os demais atos administrativos internos, não atingem os particulares, pela mesma razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública.

Para Hely Lopes Meireles é cristalina a impossibilidade de o particular não poder ser atingido por portarias. No mesmo sentido, leciona o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ que portaria é:

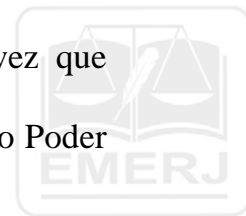
[...] fórmula pela qual a autoridades de nível inferior ao Chefe do Poder Executivo, sejam de qualquer escalão de comandos que forem, dirigem-se a seus subordinados, transmitindo decisões de efeito interno, quer com relação ao andamento das atividades que lhes são afetas, quer com relação à vida funcional de servidores, ou, até mês, por via delas, abrem-se inquéritos, sindicâncias, processos administrativos.

Em que pese a lição dos ilustres doutrinadores, na prática, são encontrados atos administrativos ordinatórios com caráter normativo, ou seja, carregando as características normativas de generalidade e abstratividade, como é, por exemplo, o caso abordado.

No tocante ao decreto-lei, esse é figura não mais existente no nosso ordenamento pátrio, substituída pela medida provisória. Em regra, em um Estado

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 185.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 427.



Democrático de Direito, as leis devem emanar do Poder Legislativo, uma vez que exigem representação popular. Ocorre que, em caráter excepcional, se confere ao Poder Executivo atribuição legiferante.

Tais atos proferidos pelo Poder Executivo, anteriores à CRFB/88 foram recepcionados nos casos de inexistência de inconstitucionalidade formal e material. Dessa forma, compatíveis com o novo fundamento de validade, recebem roupagem nova de acordo com o que preconiza a atual Constituição da República.

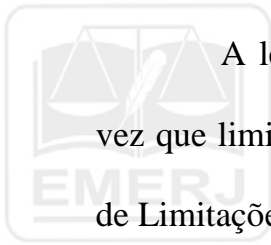
Assim como o Decreto-lei nº 1.804/80 regula a isenção e o regime de tributação simplificada para a cobrança do imposto de importação, o próprio imposto de importação é regulado pelo Decreto-lei nº 37/1966. Em vista do atual regramento constitucional acerca das Limitações do Poder de Tributar, ambos foram recepcionados sendo perfeitamente compatíveis, formal e materialmente, com a CRFB/88, inclusive no tocante à concessão de isenção.

2. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA EXTRAFISCALIDADE

O princípio da legalidade é mais que um norte interpretativo. Para o Fisco trata-se de balizamento quanto à arrecadação e administração pública; para o contribuinte, representa segurança jurídica. Tal princípio está expresso, de forma genérica, no artigo 5º, inciso II da CRFB/88⁷:

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:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 de julho de 2015



A legalidade é importante principalmente em âmbito do direito público, uma vez que limita a atuação do Estado. Por tal motivo, a Seção II da CRFB/88 é chamada de Limitações ao Poder de Tributar.

Quanto à matéria tributária, está previsto no artigo 150, inciso I da CRFB/88⁸:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça

O artigo 3º do CTN⁹ define tributos como prestação pecuniária compulsória. É receita derivada que atinge patrimônio do particular e, por isso, o legislador constituinte considerou prudente limitar o poder de tributar do Estado. Tal limitação só pode ser modificada pela vontade do povo, na figura de seus representantes, por meio de processo legislativo. Trata-se da relação prevista no trinômio “tributo-lei-povo”¹⁰.

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada

Aliomar Baleeiro¹¹ diz que a legalidade é o mais universal dos princípios na seara da tributação, oriundo do brocardo inglês *no taxation without representation* das Câmaras Inglesas. É o direito do contribuinte de ter um tributo majorado apenas pelo voto de seus representantes. Segundo o autor, desde a independência norte-americana e da Revolução Francesa, há a preocupação em deixar expressa a regra secular de que o tributo só se pode determinar por lei, como ato privativo do Poder Legislativo. Em suma, seria a autorização que o povo dá a si mesmo de se auto-tributar.

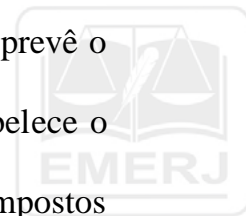
Devido ao princípio da legalidade, entende-se que o meio normativo hábil para instituir e majorar tributos, em regra, é a lei ordinária. Entretanto, é possível a criação de

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 8 de julho de 2015

⁹ BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em 8 de julho de 2015

¹⁰ SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63

¹¹ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 74



tributos por lei complementar nos casos dos artigos 153, inciso VII CRFB que prevê o Imposto Sobre Grandes Fortunas; artigo 148, incisos I e II CRFB/88 que estabelece o Empréstimo Compulsório; artigo 154, inciso I CRFB que versa sobre os Impostos Residuais; e artigos 195 § 4º combinado com artigo 154, inciso I, ambos da CRFB/88 que tratam das Contribuições Social-previdenciárias Residuais.

Em que pese a importância do princípio da legalidade, ele não é absoluto, assim como nenhuma outra garantia constitucional. Dentre as mitigações existentes, interessa ao presente trabalho, aquela que está prevista no artigo 153 §1º¹² CRFB/88. Prevê o disposto constitucional que Imposto sobre a Importação (II), Imposto sobre a Exportação (IE), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre Operação de Crédito, Câmbio e Seguros (IOF) poderão ter suas alíquotas alteradas pelo Poder Executivo.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III - renda e proventos de qualquer natureza;

IV - produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI - propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

Isso ocorre porque os referidos tributos gozam da característica da extrafiscalidade. Significa dizer que, embora tais tributos revertam em favor dos cofres públicos, pecúnia em forma de receita derivada, ou seja, fiscalidade, essa não é a sua função principal. Os tributos extrafiscais visam estimular ou desestimular determinados comportamentos que possam interferir direta ou indiretamente na economia.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 8 de julho de 2015



O imposto de importação de produtos estrangeiros, objeto da isenção do Decreto-Lei 1.804/80, está presente no artigo 153, I CRFB e, portanto, goza da extrafiscalidade. Segundo Ricardo Lodi Ribeiro¹³:

A função extrafiscal do imposto consiste na proteção da economia nacional e, adquirida mais tarde, do câmbio e da balança de pagamentos, traduzindo-se, segundo Adilson Rodrigues Pires, em um importante instrumento de política econômica, comercial e fiscal ao cumprir as funções de estabilização dos fluxos de oferta e demanda de bens produzidos internamente e regular a produção interna, com estímulo ao aperfeiçoamento da produção mediante o incentivo à competitividade do produto nacional, a conquista do mercado externo para o escoamento dos bens produzidos no país e a abertura do canal de negociações comerciais de caráter bi ou multilateral.

Nesse mesmo sentido, o professor Eduardo Sabbag¹⁴ vê a extrafiscalidade como importante ferramenta a favor do Estado no tocante a estimular ou inibir determinadas condutas. Saliencia o autor que tal mecanismo não vai abolir a legalidade, porém adapta o referido princípio a atividades inerentes ao Poder Executivo.

Para atender esse fim, o constituinte originário, no artigo 153 §1º CRFB/88, facultou ao Poder Executivo alterar as alíquotas dos impostos extrafiscais, desde que atendidas às condições e limites previstos na lei. Nota-se que o legislador constituinte não especificou se a competência para tal é apenas do Chefe do Poder Executivo.

Obviamente, o Presidente da República tem atribuição para alterar a alíquota dos tributos extrafiscais, porém deve-se conjugar o artigo 153 §1º CRFB com o artigo 237 CRFB¹⁵. Esse preconiza:

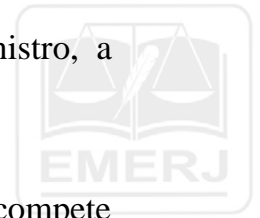
Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.

Não se nega que o imposto de importação é consequência lógica, dentro do sistema tributário, de realização de comércio exterior. Portanto, por imperativo

¹³ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Tributos teoria geral e espécie*. Rio de Janeiro: Impetus. 2013. p. 76.

¹⁴ SABBAG, op. cit. 3. p. 74

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 8 de julho de 2015



constitucional, admite-se que o Ministério da Fazenda venha, pelo seu Ministro, a alterar alíquotas dentro dos limites previstos no artigo 153 §1º.

Ademais, está previsto expressamente no artigo 84, II CRFB que compete privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal, o que vem a fortalecer a ideia do artigo 237 CRFB.

Quando a alteração da alíquota pelo Chefe do Poder Executivo, será feita por decreto. Esses são atos que se originam da manifestação de vontade da autoridade máxima do Executivo, o que os torna resultante de competência administrativa específica, segundo José dos Santos Carvalho Filho¹⁶.

Não é possível que outro integrante do Poder Executivo que não seja a sua autoridade máxima expeça decreto, uma vez que a atribuição para tal está especificada no artigo 84, IV CRFB. Por esse motivo, caso o Ministério da Fazenda venha a tratar de alíquota de imposto extrafiscal, deverá fazê-lo por portaria. Isto porque ostenta natureza jurídica de ato administrativo ordinatório e tem por finalidade a melhor organização da Administração, muitas vezes, carregando caráter normativo, como já dito anteriormente. É o ato administrativo que mais se assemelha ao decreto e pode ser emitido pelos demais órgãos da Administração Pública.

Conclui-se que a previsão de portaria acerca de matéria tributária, desde que dentro dos limites previstos pelo artigo 153 §1º CRFB, não configura ilegalidade. Ademais, cabe lembrar que o artigo 237 que autoriza a atuação do Ministério da Fazenda em matéria tributária nunca foi alvo de Emendas Constitucionais e, portanto, não se pode falar em inconstitucionalidade de norma constitucional, como teorizava o jurista Otto Bachof.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 129



3. DA ILEGALIDADE DA PORTARIA MF Nº 156/99.

Embora o *e-commerce*, ou seja, o comércio eletrônico, tenha facilitado a compra de produtos estrangeiros no Brasil, a entrada dos bens de consumo só se concretiza por trâmite burocrático. O procedimento administrativo para o desembaraço aduaneiro é demorado e exige quitação de determinadas exações, como por exemplo, o imposto de importação.

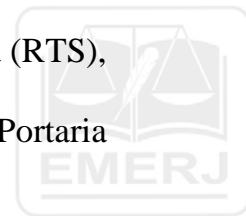
O despacho aduaneiro é meio pelo qual a Receita Federal realiza controle de entrada de mercadorias e fiscaliza os bens que entram no país a fim de garantir segurança econômica tendo em vista o desequilíbrio que pode ser causado pela preferência de produtos estrangeiros. O trâmite da atuação da aduana está previsto no Decreto nº 6.759/2009¹⁷, conhecido como Regulamento Aduaneiro.

O despacho aduaneiro procede por verificação de informações declaradas pelo importador, em relação ao produto importado. Tem início com o registro da declaração de importação e encerra-se com o desembaraço aduaneiro, culminando na liberação do produto pela alfândega e encaminhado ao destinatário final.

Quanto ao Decreto-lei 1.804/80, está em seu artigo 1º caput:

Art. 1º Fica instituído o regime de tributação simplificada para a cobrança do imposto de importação incidente sobre bens contidos em remessas postais internacionais, observado o disposto no artigo 2º deste Decreto-lei.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 6.759/2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm>. Acesso em: 5 de setembro de 2015



Embora tenha instituído o chamado Regime de Tributação Simplificada (RTS), o seus parâmetros não foram pormenorizados. Esse regime só foi explicitado na Portaria MF nº 156/99¹⁸ também em seu artigo 1º caput:

Art. 1º O regime de tributação simplificada - RTS, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.804, de 3 de setembro de 1980, poderá ser utilizado no despacho aduaneiro de importação de bens integrantes de remessa postal ou de encomenda aérea internacional no valor de até US\$ 3,000.00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) ou o equivalente em outra moeda, destinada a pessoa física ou jurídica, mediante o pagamento do Imposto de Importação calculado com a aplicação da alíquota de 60% (sessenta por cento), independentemente da classificação tarifária dos bens que compõem a remessa ou encomenda.

O regime simplificado se aplica da seguinte forma: caso se utilize dos Correios para bens até quinhentos dólares ou moeda estrangeira equivalente, o imposto será pago no momento da retirada, na própria unidade de serviço postal, sem formalidade aduaneira; caso o valor da remessa postal seja superior a quinhentos dólares ou moeda estrangeira equivalente, o destinatário deverá apresentar Declaração Simplificada de Importação (DSI); quando utilizar-se courier, o pagamento do imposto será feito pela empresa de courier à SRF. Assim, ao receber a remessa, o valor do imposto será uma das parcelas a ser paga à empresa¹⁹.

Cabe agora ver o parágrafo 2º do artigo 1º da Portaria MF nº 156/99²⁰.

§ 2º Os bens que integrem remessa postal internacional no valor de até US\$ 50.00 (cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) ou o equivalente em outra moeda, serão desembaraçados com isenção do Imposto de Importação, desde que o remetente e o destinatário sejam pessoas físicas.

Esse parágrafo é responsável pela polêmica, uma vez que vem a restringir o benefício e criar condições diversas das que foram previstas no Decreto-lei 1804. As condições previstas no referido decreto-lei estão no artigo no seu artigo 2º que leciona

¹⁸ BRASIL. Portaria MF nº 156/99. Disponível em:

<http://www18.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/Ant2001/1999/portmf01_5699.htm>. Acesso em: 5 de setembro de 2015

¹⁹ BRASIL. Receita Federal. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/rts.htm>>. Acesso em: 01/08/2015.

²⁰ BRASIL. Portaria MF nº 156/99. Disponível em:

<http://www18.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/Ant2001/1999/portmf01_5699.htm>. Acesso em: 5 de setembro de 2015



que o Ministério da Fazenda, relativamente ao regime de que trata o seu art. 1º, estabelecerá a classificação genérica e fixará as alíquotas especiais a que se refere o § 2º do artigo 1º, bem como poderá dispor sobre normas, métodos e padrões específicos de valoração aduaneira dos bens contidos em remessas postais internacionais e dispor sobre a isenção do imposto de importação dos bens contidos em remessas de valor até cem dólares norte-americanos, ou o equivalente em outras moedas, quando destinados a pessoas físicas.

De forma similar também está expresso no artigo 2º parágrafo 2º da Instrução Normativa SRF nº 96/99²¹ que os bens que integrem remessa postal internacional de valor não superior a cinquenta dólares serão desembaraçados com isenção do Imposto de Importação desde que o remetente e o destinatário sejam pessoas físicas.

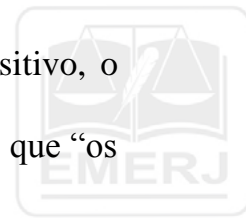
Resta claro que o referido dispositivo delimita condições objetivas para o contribuinte se beneficiar da isenção, matéria essa que só pode ser tratada por lei, conforme o artigo 150 § 6º CRFB/88, e que não está sujeita a modificação por portaria.

3. 1. DA MANIFESTAÇÃO DA RECEITA FEDERAL.

No dia 12 de fevereiro de 2014, a Receita Federal publicou nota técnica²² em que afirma que as notícias sobre a suposta isenção do imposto de importação de bens contidos em remessas de valor até cem dólares norte-americanos baseiam-se em decisões judiciais isoladas e sem efeito vinculante sobre a Administração Tributária.

²¹ BRASIL, Instrução normativa sobre o regime de tributação simplificado. Disponível em <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=14552>>. Acesso em 5 de setembro de 2015.

²² BRASIL. Receita Federal. Nota Técnica. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/AutomaticoSRFsnot/2014/02/12/2014_02_12_17_44_54_330806488.html>. Acesso em: 5 de setembro de 2015



Ressaltou que, no uso das atribuições conferidas pelo referido dispositivo, o Ministro da Fazenda editou a Portaria MF nº 156, que dispõe, no § 2º do art. 1º, que “os bens que integrem remessa postal internacional no valor de até cinquenta dólares ou o equivalente em outra moeda, serão desembaraçados com isenção do Imposto de Importação, desde que o remetente e o destinatário sejam pessoas físicas.”

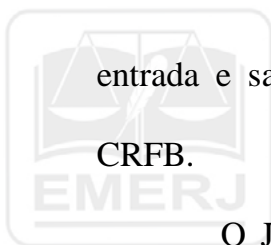
Ainda segundo a nota, o Decreto-lei 1.804 teria delegado ao Ministro da Fazenda a possibilidade de dispor sobre a isenção em remessas entre pessoas físicas da maneira mais conveniente aos interesses da Fazenda Nacional e da economia do Brasil. O valor em cinquenta dólares respeita o teto estabelecido pelo Decreto-lei, que é de cem dólares americanos ou o equivalente em outra moeda, o qual não deve ser confundido com o valor da própria isenção.

Cabe aqui trazer à baila o célebre autor Carlos Maximiliano²³ que identifica a hermenêutica como técnica para se chegar aos fins interpretativos desejados. É meio pelo qual o intérprete extrai da norma tudo o que ela contém e determina o sentido e o alcance das expressões. Uma vez que a norma positivada é formulada em termos gerais, é tarefa primordial do intérprete encontrar a relação entre a lei em abstrato e o caso concreto, descobrindo o sentido positivado, seu alcance e extensão.

Portanto, deve-se adequar o texto previsto no Decreto-lei nº 1.804/80 ao sistema tributário. Parece ser o mais correto interpretar seu artigo 2º de acordo com a ideia de delegar ao Ministro da Fazenda atribuição apenas para tratar de aspectos referentes ao procedimento da isenção, e não criar novas condições ou limita-la.

Não há razão na justificativa emitida pela Receita Federal. Embora seja dever da Receita Federal proteger a economia brasileira e realizar efetivo controle sobre

²³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p.10.



entrada e saída de bens, a maneira adotada viola o sistema tributário adotado pela

CRFB.

O Judiciário tem se manifestado majoritariamente em favor do contribuinte.

Como exemplo, o Desembargador Álvaro Eduardo Junqueira do TRF da 4ª Região, no processo de número 2005.71.00.006870-8²⁴, entendeu que não pode a autoridade administrativa, por intermédio de ato administrativo, ainda que normativo, extrapolar os limites claramente estabelecidos em lei, pois está vinculada ao princípio da legalidade estabelecido por norma constitucional.

Em sentido similar, no Tribunal Regional da 2ª Região, o juiz do 2º Juizado Especial Federal de São João de Meriti, nos autos do processo 0000242-16.2014.4.02.5160 (2014.51.60.000242-9), julgou procedente para “condenar a União a restituir à parte autora os valores por esta recolhidos a título de imposto de importação nas aquisições realizadas via internet, por remessa postal, com valor da mercadoria inferior a cem dólares americanos”, o que foi mantido pela Turma Recursal²⁵.

Entretanto, há decisões como a proferida no processo 0072454-77.2014.4.03.6301²⁶, que tramitou perante Juizado Especial Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, entendendo que o ato administrativo de cobrança do tributo pela autoridade fazendária é de manifesta legalidade.

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Julgado 2005.71.00.006870-8. Relator Desembargador Álvaro Eduardo Junqueira. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=pVkJ&hdnRefId=bb9da36ba7adb6600813ab55dc027284&selForma=NU&txtValor=200571000068708&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em: 5 de setembro de 2015

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Julgado 0000242-16.2014.4.02.5160 (2014.51.60.000242-9). Juízo do 2º Juizado Especial Federal de São João de Meriti. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/80615721/trf-2-jud-jfrj-24-11-2014-pg-1495>>. Acesso em: 5 de setembro de 2015.

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Julgado 0072454-77.2014.4.03.6301. Juízo da 10ª Juizado Especial Federal. Disponível em: <web.trf3.jus.br/diario/consulta/BaixarPdf/12721>. Acesso em: 5 de setembro de 2015



CONCLUSÃO.

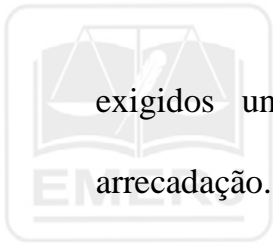
Como apresentado ao longo deste artigo científico, a CRFB/88 traz o arcabouço do sistema tributário pátrio. A Carta Magna é categórica ao prever a característica da extrafiscalidade e a atribuição legiferante do Poder Executivo apenas no que se refere à alíquota.

Embora o texto constitucional seja claro, a Receita Federal insiste na legalidade da Portaria MF nº 156/99. Por uma interpretação estritamente literal, extraíram o entendimento de que o próprio Decreto-lei nº 1.804/80 autoriza tal ato. Entretanto, seus argumentos não são convincentes uma vez ser sabido que a interpretação literal, por si só, é míope.

A literalidade da norma deve ser combinada com outras técnicas interpretativas. Dessa forma, por meio de interpretação sistemática e teleológica, adaptando o texto do Decreto-lei nº 1.804/80 ao sistema tributário previsto na Constituição da República, o entendimento dado à norma pela Receita Federal não pode prosperar.

Essa regulamentação dado ao Ministério da Fazenda pelo Decreto-lei nº 1.804/80 no artigo 2º se refere, tão-somente, ao procedimento, tendo em vista que o sistema normativo tributário veda a atuação de atos infralegais no tocante à isenção. Como dito ao longo do trabalho, o artigo 150 §6º CRFB e o artigo 176 CTN preveem que a isenção será tratada por lei.

Conclui-se pela ilegalidade da Portaria MF nº 156/99. Cabe ao Poder Judiciário atuar no sentido do acolhimento dos pleitos os quais as partes atenderam aos requisitos



exigidos unicamente pelo Decreto-lei nº 1.804/80 a fim de impedir indevida arrecadação.

REFERÊNCIA.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Gen, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 8 de julho de 2015.

_____. Decreto 6.759/09. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2015

_____. Decreto-lei 1.804/80. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De11804.htm>. Acesso em 3 de abril de 2015.

_____. Juizado Especial Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Julgado 0000242-16.2014.4.02.5160 (2014.51.60.000242-9). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/80615721/trf-2-jud-jfrj-24-11-2014-pg-1495>>. Acesso em: 5 de setembro de 2015

_____. Juizado Especial Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Julgado 0072454-77.2014.4.03.6301. Juízo da 10ª Vara. Disponível em: <web.trf3.jus.br/diario/consulta/BaixarPdf/12721>. Acesso em: 5 de setembro de 2015

_____. Portaria MF nº 156/99. Disponível em <<http://www18.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/Ant2001/1999/portmf015699.htm>>. Acesso em 3 de abril de 2015.

_____. Receita Federal. Importação de Bens via Remessa Postal. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/rts.htm>>. Acesso em

_____. Receita Federal. Nota Técnica. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/AutomaticoSRFsinot/2014/02/12/2014_02_12_17_44_54_330806488.html>. Acesso em 3 de abril de 2015

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Julgado 2005.71.00.006870-8. Relator Desembargador Álvaro Eduardo Junqueira. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&txtPalavraGerada=pVkh&hdnRefId=bb9da36ba7adb6600813ab55dc027284&selForma=NU&txtValor=200571000068708&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosv>



alores=&todaspertes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtC
have=&paginaSubmeteuPesquisa=letras >. Acesso em: 5 de setembro de 2015.

CARMO, Georgia Costa do. *A incidência do imposto de importação sobre encomendas do regime de tributação simplificada (RTS): a ilegalidade na prática da receita federal do Brasil*. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/38801/a-incidencia-do-imposto-de-importacao-sobre-encomendas-do-regime-de-tributacao-simplificada-rts-a-ilegalidade-na-pratica-da-receita-federal-do-brasil>>. Acesso em: 30 de julho de 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro. Forense

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Tributos teoria geral e espécie*. Rio de Janeiro. Impetus. 2013.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63

SILVA, Daniel Cavalcante. *Imunidade e isenção tributária como mecanismo de regulação setorial*. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/22316/imunidade-e-isencao-tributaria-como-mecanismo-de-regulacao-setorial>>. Acesso em 30 de julho de 2015.



POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DANO MORAL PUNITIVO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Fabíola Laércio de Andrade

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo Civil e Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: Este artigo aborda a possibilidade de aplicação do dano moral, não apenas em seu viés compensatório, mas precipuamente na sua função punitiva, no que tange às relações de consumo. Analisa, especificamente, as divergências doutrinárias acerca da aplicabilidade deste instituto no ordenamento jurídico pátrio, bem como as decisões dos tribunais superiores que envolvam o tema. Pretende-se fazer uma exposição sobre a indenização punitiva nas relações consumeristas e explorar os aspectos controvertidos da sua implementação nestas demandas.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Dano Moral. Função punitivo-pedagógica.

Sumário: Introdução. 1. A aplicação do dano moral punitivo. 2. Dano moral punitivo X *punitive damages*. 3. Indenização punitiva nas relações de consumo: compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado neste artigo é a possibilidade de se atribuir efeito punitivo às indenizações por dano moral proferidas nas relações de consumo do direito brasileiro. Objetiva-se discutir a aplicação da indenização com efeitos punitivos nas relações consumeristas, em detrimento da atual e inócua indenização concedida pelos magistrados e tribunais, sob o pretexto de vedação ao enriquecimento ilícito. Procura-se demonstrar a maior efetividade daquela quanto à proteção dos interesses, bem como no que se refere ao desestímulo à violação dos direitos.

O assunto é altamente relevante para a sociedade, porque visa a demonstrar a necessidade do emprego do instituto para garantir a reparação dos danos morais daqueles que



se encontram em situação de desequilíbrio na relação jurídica, bem como, se demonstrará o quanto esse mecanismo é impactante e efetivo para evitar novos danos provocados por aqueles que são punidos.

Ademais, a questão ainda não alcançou uma solução jurídica definitiva, visto que na doutrina muito se discute sobre a sua aplicação. E a jurisprudência, por outro lado, já possui decisões pela não admissibilidade de sua implementação no ordenamento pátrio. Dessa forma, fica configurada a atualidade desta problemática.

O trabalho enfoca a aplicação do dano moral punitivo nas relações consumeristas, ou seja, ao ser condenado, o réu não terá apenas de compensar as lesões sofridas pelo autor – como já ocorre atualmente –, mas terá também de arcar com uma justa punição, com o fito de desestimular as práticas nocivas no que tange à proteção e defesa do consumidor no âmbito das demandas judiciais em massa.

Sendo assim, o presente artigo visa às seguintes reflexões: quais os efeitos da aplicação do dano moral punitivo? No que ele se diferencia do instituto já previsto no direito positivo brasileiro? Qual a relevância da atribuição dos efeitos punitivos às indenizações por danos morais nas relações de consumo? Em que isso influenciaria na diminuição do ajuizamento das demandas consumeristas em massa? Este instituto seria compatível com o ordenamento jurídico pátrio? Diante do atual panorama jurídico, seria possível a sua implementação?

Com o intuito de respondê-las, o primeiro capítulo se proporá a analisar o conceito, efeitos e aplicação do dano moral punitivo, bem como compará-lo com o instituto previsto e aplicado no ordenamento pátrio. A partir de tais definições, o capítulo subsequente terá o propósito de confrontar o dano moral punitivo com o *punitive damages*, instituto semelhante, aplicado em legislações estrangeiras, bem como analisar o dano social, fundamento de aplicação da indenização punitiva pela jurisprudência dos tribunais superiores. E, por fim, o



último capítulo se destinará a defender, em que pese jurisprudências e doutrinas em sentido contrário, a possibilidade e a necessidade de implementação do instituto, mormente nas relações de consumo, diante de sua compatibilidade ao sistema jurídico brasileiro.

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

1. A APLICAÇÃO DO DANO MORAL PUNITIVO

O ordenamento pátrio admite de forma pacífica a aplicação do dano moral nas diversas relações jurídicas, sejam elas consumeristas ou não. Tal instituto se conceitua como meio de tutelar a honra subjetiva – dignidade, autoestima – ou objetiva – reputação perante a sociedade – de seus titulares.

O dano extrapatrimonial essencialmente visa a reparar, atenuar as consequências sofridas pelo evento danoso. Essa compensação faz-se por meio de uma indenização pecuniária que não equivale estritamente ao dano, já que há uma violação à dignidade, direito personalíssimo e, que por sua própria natureza, não traduz valor econômico.

Com a evolução, padronização e a massificação das relações de consumo, vozes da doutrina nacional¹ emergiam em prol da aplicação de uma nova função ao dano moral, qual seja, o seu caráter punitivo-pedagógico. Assim, passou-se a pensar no dano moral não apenas com a sua finalidade exclusivamente compensatória – com o foco apenas na reparação do dano sofrido pela vítima.

¹ Por todos, André Gustavo Corrêa Andrade: “[...] em algumas dessas situações, a simples reparação do dano não é suficiente para dissuadir o ofensor da reiteração de condutas danosas. [...] A função punitiva deve, pois, ser vista como legítima resposta jurídica a determinados comportamentos, ofensivos a certa categoria de bens jurídicos, em situações nas quais outras medidas ou formas de sanção se mostram inaptas ou falhas. [...]” ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 82.



Em relação ao caráter pedagógico, entende-se que é complementar à função compensatória, vez que deve ser aplicada apenas quando aquela indenização não for eficiente para desestimular o comportamento inadequado do agente. Com ela, almeja-se inibir a reiteração de ulteriores condutas danosas por parte do mesmo causador.

Já no que tange à finalidade punitiva, visa-se à imposição de uma penalidade ao ofensor, como forma de retribuir o dano que causou à vítima. Ressalta-se que essa visão punitiva do dano moral não está adstrita tão somente aos ofensores condenados, mas também a todos os outros futuros e eventuais causadores de danos, posto que uma decisão judicial impactante serve de exemplo a toda a sociedade.

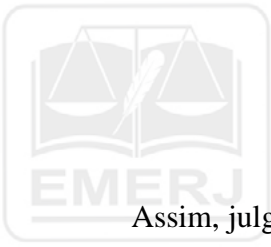
A doutrina que admite a indenização punitiva sustenta a sua aplicação em casos extremos, nos quais a função compensatória não é eficaz. Nos dizeres de André Gustavo Correa de Andrade²:

É o que ocorre quando determinada soma, embora considerada suficiente para atenuar o constrangimento decorrente do dano moral, é de insignificante expressão econômica para o ofensor, que, por essa razão, não se vê convencido de não deve praticar atos lesivos iguais ou semelhantes; antes, vê-se estimulado a reiterar seu comportamento censurável. A indenização compensatória, neste contexto, funcionaria como o medicamento que ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque.

Assim, no atual panorama do Poder Judiciário brasileiro admite-se o dano moral compensatório, mas há grande controvérsia acerca de seu viés punitivo-pedagógico. Isso porque em virtude dessa função são proferidas decisões judiciais que, ao analisar a gravidade do dano causado pelo agente, confere-lhe uma sanção pecuniária alta, a qual é repassada diretamente para o patrimônio da vítima.

Diante desse aumento patrimonial do ofendido em detrimento do ofensor, relevante parcela da doutrina se rebela, com fundamento na vedação do enriquecimento sem causa.

² ANDRADE, op. cit., p. 200.



Assim, julgam-no injusto e descabido, na medida em que o lesado recebe valor muito superior à reparação do seu dano.

Essa respeitável posição é compreensível, em virtude do princípio da reparação integral, previsto no artigo 944³ do Código Civil, o qual preleciona a indispensável correlação entre o dano causado e a reparação correspondente. No entanto, esta orientação analisa apenas uma faceta da controvérsia.

Ocorre que nas relações em massa, principalmente nas de consumo, observa-se um desrespeito cada vez maior no que concerne à parte hipossuficiente da relação de direito material. Isso porque, na prática, muitos consumidores não ingressam com demandas no Poder Judiciário, por inúmeros fundamentos, como por exemplo, a ausência de informação ou de Defensoria Pública no estado ou cidade que reside.

Com isso, muitos prestadores de serviços ao consumidor se veem estimulados a agir dessa forma, pois muitas vezes não serão nem demandados e, quando o forem, pagarão quantias irrisórias ou pequenos acordos que não os impedirão de agir de forma abusiva posteriormente.

No entanto, o paradigma das relações individuais consumeristas pode vir a ser outro, se o ordenamento pátrio permitir que o dano moral punitivo seja aplicado de outra forma, qual seja, com a parcial destinação da verba indenizatória para a vítima e, a outra parte para um fundo – o valor que ultrapassar a quantia compensatória –, conforme se demonstrará mais adiante.

Não se pode negar que a quantidade de ações individuais consumeristas voltadas à reparação por danos morais é vultosa e, tal constatação não serve senão a demonstrar a relevância que o Poder Judiciário deve conferir a elas.

³ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.



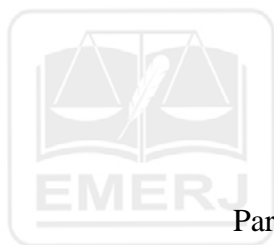
Tais demandas são mais acessíveis e, por conseguinte, mais facilmente utilizadas pelos consumidores, o que não retira dos ofensores a igual necessidade de serem punidos. Muito pelo contrário, são justamente nelas que a função de exemplo negativo é mais eficiente, pois aqueles que lesam serão repreendidos mais vezes, o que lhes farão refletir mais rapidamente sobre a reiteração de práticas abusivas.

Ademais, não pode o argumento falacioso de “indústria do dano moral” servir de respaldo a impedir uma eficaz punição do dano causado, de forma que o causador, acostumado a assim agir, fundamente as suas práticas abusivas no grande numero de ações ajuizadas, quando na verdade estas são consequências daquelas, e não o contrário.

Se de um lado da balança deve-se analisar o não enriquecimento sem causa do consumidor, com a aplicação de uma reparação apta a recompor a sua lesão; do outro lado, pesa a impunidade das empresas prestadoras de serviços aos consumidores que não se sentem desestimuladas diante de indenizações baixas, e, portanto, ineficazes a prevenir futuros comportamentos danosos nesse sentido.

Portanto, o instituto em análise se distancia da forma de indenização atual, justamente porque essa não possui viés punitivo, qual seja, inibir a reiteração do comportamento causador da lesão, impondo ao agente uma punição que o intimide a reincidir e sirva de exemplo para toda a sociedade. Em razão disso, tal função punitiva deve ser adotada em situações excepcionais, nas quais o dano moral compensatório não for eficaz, como nas relações individuais de consumo.

2. DANO MORAL PUNITIVO X PUNITIVE DAMAGES



Para a efetiva garantia dos direitos dos consumidores é imprescindível a adoção de um novo paradigma no que tange à responsabilidade civil vigente no ordenamento civil pátrio.

O referido novo modelo de indenização para o fortalecimento dos consumidores e o reequilíbrio das relações de consumo é o dano moral punitivo, inspirado na indenização punitiva dos danos sociais, que tem origem no *punitive damages*, mas que com ele não se confunde.

Para tanto, será necessário, antes, analisar e diferenciar os institutos acima mencionados, bem como analisar o dano social, fundamento da indenização punitiva.

O dano moral com caráter punitivo já foi devidamente debatido no capítulo anterior, razão pela qual se passa à análise do próximo instituto. A indenização punitiva tem como fito principal reprimir condutas socialmente reprováveis.

A indenização punitiva está atrelada à função punitiva e preventiva da reparação civil. Diferencia-se da função compensatória, porque neste o foco é a extensão do dano em relação à vítima, enquanto que no viés punitivo a análise recai sobre a gravidade do comportamento do agente.

Os *punitive damages* são uma figura peculiar, com origem nos países da *Common Law*, que transita entre o Direito Civil e o Direito Penal. Seu objetivo é imputar uma indenização pecuniária ao ofensor, com o intuito de puni-lo e, ainda, servir de exemplo a toda a sociedade. Assim, o objetivo da referida teoria não é indenizar a vítima, posto que a preocupação principal é com a punição do ofensor e com o caráter pedagógico-preventivo para toda a sociedade⁴.

⁴ ANDRADE, op. cit., p. 120.



Esse é o modelo de indenização utilizado pelos aplicadores do direito nos Estados Unidos, no qual os juízes tem maior poder ao aplicar a indenização, bem como se trata de um mecanismo mais amplo, vez que é aplicado a todos os ramos de responsabilidade civil.

Apesar das diferenças até aqui apontadas, há, no Brasil, adeptos da Teoria do Valor do Desestímulo, tese similar aos *punitive damages* que deles se distingue por se limitar à reparação dos danos morais – nos quais há lesão ao direito da personalidade. O próprio STJ⁵ adere a essa teoria, mas ressalta que a sua aplicação deve ser comedida, para não causar enriquecimento ilícito que é expressamente vedado pela legislação civil. Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS.(...)QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.(...)3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.4. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.5. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, impõe-se a majoração da indenização total para o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), o que corresponde a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por autora."

O caráter punitivo e preventivo está vinculado a situações que ensejam maior repressão. No Brasil, não se adota os *punitive damages*, porque aos danos morais não pode ser conferida um caráter punitivo penal ou administrativo que é peculiar ao instituto.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 210101/PR. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região). Data do Julgamento: 20/11/2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=210101&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 31 ago. 2015.



Apesar disso, aplica-se a função punitiva aos danos sociais⁶. É consabido que o direito não evolui na mesma velocidade que as relações sociais. Entretanto, ele deve se adaptar para regulamentá-las.

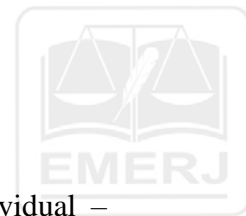
Os danos sociais são uma nova modalidade de dano a ser indenizável. Diz-se nova, pois não se confunde com as espécies até então existentes, quais sejam, os danos materiais, morais e estéticos. Tampouco se confundem com os danos morais coletivos.

Os danos sociais são difusos e decorrem de comportamentos socialmente reprováveis. Dessa forma, o valor arbitrado pelo juiz em face do agente, a título de reparação, não será revertido para uma vítima específica – já que toda a coletividade o é –, mas sim para um fundo ou uma instituição de caridade, a critério do julgador.

Para o doutrinador Ricardo Pereira⁷, os danos sociais representam a aplicação da função social da responsabilidade civil. Para o STJ⁸, essa nova espécie de dano apenas pode ser deferida se expressamente requerida e, cabível tão somente em ações coletivas.

⁶ “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. na presença de danos mais propriamente sociais do que individuais, recomenda-se o recolhimento dos valores da condenação ao fundo de defesa de interesses difusos. recurso parcialmente provido. (...) 2. 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. 3. 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. 4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. Recurso parcialmente provido.”

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível n. 71001281054. Relator: Ricardo Torres Hermann. Data de julgamento: 12/07/2007. Acessível 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=71001281054&num_processo=71001281054&codEmenta=1956787&temIntTeor=true>. Acesso em 12 ago. 2015.



Dessa forma, no atual panorama da legislação cível vigente, o dano individual – moral, patrimonial ou estético – viola direito individual, razão pela qual a reparação é vertida para vítima determinada. Já o dano moral coletivo fere direito individual homogêneo ou direito coletivo em sentido estrito, sendo a indenização arbitrada para vítima que pode ser determinada ou determinável. E, por último, o dano social macula direito difuso, de toda a coletividade e, em virtude de ser a vítima indeterminada ou indeterminável, o valor atribuído a título de compensação vai para um fundo de proteção.

A jurisprudência admite e aplica a indenização punitiva aos danos sociais – inovação jurídica decorrente da necessidade social. Diante da eficácia dessas decisões no que tange à prevenção é necessário implementar esse caráter punitivo nos danos morais individuais também, especialmente no que se refere às relações de consumo, como instrumento de efetivação dos direitos dos consumidores e em razão da grande repercussão social inerente a esses casos.

⁷ PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revistaartigosleitura&artigoId=11307>. Acesso em 10 jul. 2015.

⁸ Nesse sentido, o STJ entendeu que a ausência de pedido expresso violaria os princípios da demanda, da inércia e da congruência. Assim, a decisão é nula, por ser *extra petita*: 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 em favor de terceiro estranho à lide". 4. No caso concreto, reclamação julgada procedente.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl n. 12062/GO. Relator: Ministro Raul Araújo. Data do julgamento: 12/11/2014. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=12062&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 2 set. 2015.



Diante dos conceitos apresentados e das distinções analisadas, não se defende a importação de um modelo reparatório anglo-saxão, mas tão somente a ampliação da aplicação de um instituto já admitido, ainda que excepcionalmente, para outro caso específico, que por envolver a violação frequente do direito de uma parte hipossuficiente em relação a outra – o que demonstra a falibilidade da imposição apenas do caráter compensatório –, também merece essa proteção.

3. INDENIZAÇÃO PUNITIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO PÁTRIO

A admissibilidade do caráter punitivo do dano moral é altamente controvertida, tendo em vista que vai além da compensação do dano sofrido e impõe uma penalidade ao seu causador. O intuito deste trabalho é demonstrar a possibilidade de aplicação do instituto não em qualquer hipótese, mas tão somente nos casos de maior repressão, como nas relações de consumo, em virtude de suas peculiaridades.

O Código de Defesa do Consumidor⁹ prevê, por meio de um princípio norteador, que todos os consumidores são vulneráveis. Essa vulnerabilidade, entretanto, não é necessariamente financeira. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover¹⁰:

[...] existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente [...].

⁹ 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. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública*. Disponível em: < www.anadep.org.br>. Acesso em: 14 jun. 2015.



Assim, a doutrinadora sustenta que, em razão da estrutura da sociedade de massa, exsurge uma nova categoria de vulnerabilidade, decorrente das relações sócio-jurídicas existentes na sociedade contemporânea, na qual se inclui os consumidores.

Além da situação de desvantagem em que se encontra, há diversos motivos fáticos que podem impedir um consumidor de ter acesso à justiça, como a falta de instrução e informação, bem como a ausência de Defensoria Pública na comarca de residência. Sem mencionar os danos de menor relevância, que muitas vezes não são levados ao Poder Judiciário, mas não deixam de gerar lucros ilícitos aos seus causadores.

Apesar dessa patente desproporção de forças entre fornecedor e consumidor, os tribunais estão abarrotados com diversos pedidos indenizatórios em virtude da má prestação de serviços, o que evidencia a ineficácia da indenização compensatória e, por conseguinte, a necessidade da aplicação do caráter punitivo¹¹ nas relações consumeristas individuais.

Como abordado nos capítulos anteriores, o dano moral em seu viés punitivo, tem a função de desestimular a prática de futuras condutas semelhantes àquela causadora do dano, tanto em face ao ofensor, quanto para toda a sociedade. Para tanto, o juiz arbitra um valor alto, superior à compensação do dano, mas suficiente para que o ofensor seja economicamente afetado.

No entanto, muitos doutrinadores¹² sustentam a abusividade dessa valor, sob o argumento de enriquecimento sem causa da vítima, vez que essa voluptuosa quantia indenizatória é destinada ao lesado, o que é vedado pelo sistema jurídico vigente. Isso porque

¹¹ Nesse sentido: “A indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória.” ANDRADE, op. cit., p. 93.

¹² Por todos, Carlos Roberto Gonçalves: “[...] é sabido que o quantum indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante. A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norteamericano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias [...]” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v.4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 575.

se a vítima já teve seu patrimônio recomposto, o valor que receber a mais, a título de punição do ofensor, acarretará em enriquecimento ilícito.

Se o instituto em análise fosse assim aplicado, realmente não seria admitido pelo ordenamento pátrio. Entretanto, o que este trabalho pretende demonstrar é justamente a possibilidade de implementá-lo de uma nova forma.

Semelhante ao que ocorre nas ações coletivas, deveria ser criado um fundo específico para a destinação dos valores que suplantarem a efetiva reparação do dano da vítima nas ações individuais que versem sobre o consumo.

Neste diapasão, não haveria enriquecimento sem causa por parte do lesado e, por outro lado, haveria a implementação da função punitiva-pedagógica do dano moral, com o propósito de aplicar uma penalidade justa e eficaz ao ofensor e, ao mesmo tempo, desestimulá-lo a reincidir com tal comportamento danoso.

Nota-se que não se está a defender a implementação *in totum* de um sistema estrangeiro, tampouco de um instituto incompatível com o ordenamento pátrio; muito pelo contrário, busca-se tão somente a criação de um fundo semelhante a um já existente – o Fundo de Defesa de Direitos Difusos¹³ –, porém com o campo de incidência voltado às ações individuais¹⁴.

¹³ O Fundo de Defesa de Direitos Difusos foi criado pelo artigo 13 da Lei nº 7347/1985 e é regulamentado pelo Decreto nº 1306/1994, com fulcro no artigo 20 da Lei nº 7347/1985.

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Art. 20. O fundo de que trata o art. 13 desta Lei será regulamentado pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

BRASIL. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

¹⁴ Vale ressaltar que o artigo 100, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor faz referência a um fundo de direitos do consumidor. Entretanto, ao remeter à Lei de Ação Civil Pública, entende ser este fundo unicamente para direitos coletivos.

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L8078.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2015.



Fica, entretanto, uma incógnita no ar: para que criar um novo fundo se já existe um com esta função? Para responder essa questão, deve-se ter em mente que o fundo existente foi criado pela Lei de Ação Civil Pública, e, portanto, cinge-se às ações de tutela coletiva, nas quais são revertidas verbas reparatórias de danos morais e patrimoniais.

Além disso, tais demandas são propostas, por legitimados extraordinários, já que tutelam direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Ainda que o cidadão ajuíze uma ação popular, ele estará agindo como representante processual de uma coletividade, isto é, não estará defendendo direito próprio, mas sim direito alheio em nome próprio.

Assim, não há no ordenamento nacional um fundo específico para as demandas individuais que ferem flagrantemente o conjunto normativo-principiológico de proteção aos consumidores. Enquadram-se, aqui, principalmente, as inúmeras demandas recorrentes acerca da falta ou má prestação de serviços ao consumidor, como por exemplo, nos serviços de telecomunicações, energia elétrica e demais estabelecimentos comerciais.

Dessa forma, o recorrente descaso dos fornecedores em face das ínfimas e numerosas indenizações que lhes são ajuizadas, é um indicativo da necessidade da atribuição do efeito punitivo ao dano moral nas relações de consumo, em virtude da vulnerabilidade dos consumidores.

Apenas assim seria possível fixar indenizações maiores, de forma a inibir eficazmente futuras condutas danosas, sem que com isso houvesse enriquecimento ilícito por parte da vítima, já que os valores que excederem a justa recomposição da lesão individualmente sofrida serão revertidos para um fundo criado especificamente para este fim.

Com a imposição de valores substanciais, isto é, que sejam suficientes a afetar economicamente o ofensor, se alcançaria a função pedagógica e, por conseguinte, haveria



diminuição do ajuizamento das demandas consumeristas individuais em massa, o que contribuiria inclusive para o melhor funcionamento do Poder Judiciário.

Portanto, a aplicação do mencionado instituto é possível, nos moldes aqui propostos, tendo em vista sua finalidade de reequilíbrio das relações de consumo, bem como diante da existência de mecanismo semelhante – O Fundo de Defesa de Direitos Difusos – a respaldar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico pátrio adota de forma pacífica a aplicação do dano moral nas diversas relações jurídicas, sejam elas consumeristas ou não. Entretanto, a admissibilidade do caráter punitivo do dano moral é demasiadamente controvertida, tendo em vista que vai além da compensação do dano sofrido e impõe uma penalidade ao seu causador.

A indenização punitiva visa a conferir maior efetividade à proteção dos direitos daqueles que se encontram em situação de desequilíbrio na relação jurídica. Para tanto, são impostos valores substanciais àqueles que são punidos, com o intuito de afetá-los economicamente e evitar futuras condutas danosas.

Nesse cenário, as relações de massa, precipuamente as de consumo, adquirem relevância, diante do patente desrespeito à parte hipossuficiente da relação de direito material, além da atual e inócua indenização concedida pelos magistrados e tribunais, sob o argumento de vedação ao locupletamento ilícito.

O presente trabalho defende a adoção de um novo paradigma nas indenizações das relações individuais consumeristas, qual seja, a aplicação do dano moral punitivo, de modo que a vítima receba parte da verba indenizatória e, a outra parte – o valor que ultrapassar a



quantia compensatória – seja destinada para um fundo criado especificamente para este fim, o que rechaçaria a alegação de enriquecimento indevido pelo consumidor.

Dessa forma, a aplicação do mencionado instituto é possível, tendo em vista sua finalidade de reequilíbrio das relações de consumo, bem como diante da existência de mecanismo semelhante no ordenamento pátrio– o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado para as ações coletivas.

Portanto, em que pese haver jurisprudências e doutrinas em sentido contrário, conclui-se ser possível e necessária a implementação do instituto, nos moldes aqui propostos, não em qualquer hipótese, mas tão somente nos casos de maior repressão, como nas relações individuais de consumo, em razão da sua compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L8078 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L8078.htm) >.

_____. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347orig.htm>.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível n. 71001281054. Relator: Ricardo Torres Hermann. Data de julgamento: 12/07/2007. Acessível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=71001281054&num_processo=71001281054&codEmenta=1956787&temIntTeor=true>. Acesso em 12 ago. 2015.



_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 210101/PR. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região). Data do Julgamento: 20/11/2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=210101&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Rcl n. 12062/GO. Relator: Ministro Raul Araújo. Data do julgamento: 12/11/2014. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=12062&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública*. Disponível em: < www.anadep.org.br>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. *Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance*. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revistaartigosleitura&artigoid=11307>.



A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL: UMA CRÍTICA À SÚMULA 231 DO STJ

Fernanda Vieira Alteirado

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ. Advogada. Pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

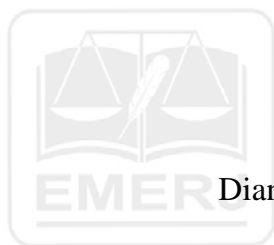
Resumo: O presente trabalho visa defender uma aplicação mais justa da sanção penal, através da possibilidade da redução da pena para aquém do mínimo legal. Para tal, faz-se uma análise crítica dos argumentos que ensejaram e até hoje fundamentam a edição e aplicação da súmula 231 do STJ, à luz do próprio texto legal e dos princípios constitucionais que norteiam o tema. Por fim, chega-se à conclusão de que o juiz, através de seu livre convencimento e adequada motivação, deve ter possibilidade de, diante de um caso concreto, aplicar a pena efetivamente considerada justa para o caso concreto, pena esta suficiente como reprimenda à conduta, mas sem que se ignore os direitos fundamentais do apenado.

Palavras-chave: Direito Penal. Critérios de fixação da pena. Pena mínima. Dosimetria. Circunstâncias atenuantes. Princípio da legalidade. Princípio da isonomia. Princípio da proporcionalidade. Segurança jurídica.

Sumário: Introdução. 1. Dos Frágeis Fundamentos que Sustentam a Atual Orientação Jurisprudencial. 2. Da Necessidade de Conciliação dos Princípios Constitucionais Face à (i)Legalidade da Súmula 231 do STJ. 3. Da Equivocada Visão da Pena Mínima Como Uma Garantia da Resposta Estatal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a explorar a possibilidade de redução da pena para aquém do mínimo legal, em atenção ao critério trifásico de fixação da pena. Procura-se realizar, na verdade, uma crítica ao atual entendimento jurisprudencial, consubstanciado na súmula 231 do STJ, demonstrando-se que a redução aquém do mínimo é medida que se impõe, em face dos princípios constitucionais que norteiam o tema.



Diante da idéia de que a liberdade é um dos bens jurídicos mais preciosos do homem, torna-se indiscutível o fato de que o direito penal é norteado pelo princípio da intervenção mínima, devendo ser tratado como a *ultima ratio* do direito.

Por consequência, sabendo que a aplicação de uma pena de prisão é medida extrema, mas muitas vezes necessária, importante se faz a correta definição dos critérios a serem aplicados durante a sua fixação, a fim de que sejam observados os devidos princípios constitucionais.

Assim sendo, o presente tema impõe uma correta análise da legalidade da súmula 231 do STJ, haja vista que sua aplicação, com a consequente proibição de redução da pena aquém do mínimo, tem sido feita de forma automática, sem qualquer enfrentamento real ao assunto.

Inicia-se, portanto, o primeiro capítulo, com a apresentação do conteúdo da súmula e suas consequências na fixação atual da pena. Nesta fase, pretende-se demonstrar o quão vazio é o aprofundamento do assunto, diante de julgados que sequer discutem a matéria, mas tão somente impedem a redução, sem efetivamente justificar a legalidade do enunciado.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o quão prejudicial a aplicação do atual entendimento se torna para o apenado, que obtém uma pena atentatória aos princípios da legalidade, da isonomia e da individualização da pena. Neste momento, faz-se uma análise dos argumentos empregados a favor da redução para aquém do mínimo legal.

Por fim, o terceiro capítulo do presente artigo destina-se a concluir que a previsão legal de uma pena mínima jamais pode ser considerada como uma garantia, à sociedade, de uma resposta estatal. Ao esvaziar esta concepção, portanto, conclui-se que a intenção do legislador, ao determinar os marcos mínimos dos tipos penais, foi a de



assegurar ao juiz parâmetros meramente norteadores, mas não obrigatórios, função esta que se compatibiliza com a possibilidade de fixação da pena aquém dos limites previstos.

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

1. DOS FRÁGEIS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAM A ATUAL ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Como se sabe, o Direito Penal brasileiro adotou o sistema trifásico de fixação da pena, prevendo, assim, três etapas distintas de dosimetria. Toda a problemática que envolve o tema do presente artigo, todavia, encontra-se na segunda fase desta aplicação.

O que ocorre é que, para a primeira fase, temos como satisfatório o art. 59 do Código Penal, o qual claramente permite ao juiz estabelecer uma pena base, mediante análise das chamadas “circunstâncias judiciais”. Neste caso, por expressa disposição do art. 59, II do CP, será a pena base fixada dentro dos limites legais previstos.

No mesmo sentido, não há qualquer dúvida a respeito da terceira fase de aplicação da pena, que trata das causas de aumento e diminuição e já trazem, em seu bojo, frações para sua aplicação. Tal previsão permite, assim, que se altere a pena para aquém do mínimo legal, sem maiores indagações.

Situação, todavia, que encontra impasse na doutrina, relaciona-se com a segunda fase da dosimetria. Neste momento, deve o juiz atribuir ao sujeito as eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes, que estão, em sua maioria, previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66, todos do Código Penal. É nesta etapa que encontramos divergência acerca da possibilidade ou não da redução aquém do mínimo.



É de se destacar que a ampla jurisprudência brasileira tem como pacificado o entendimento no sentido de vedar este tipo de redução, mesmo que diante de circunstâncias legais atenuantes. Todavia, muito embora pacificada em nossos Tribunais, tal conclusão não encontra o mesmo conformismo em sede doutrinária, que corretamente questiona os fundamentos arguidos nos julgados.

Diz a súmula 231 do STJ que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. O referido enunciado tem sido encarado como de suma importância, vez que tem servido de base para todas as decisões judiciais a respeito do tema.

A crítica que se faz, portanto, é no sentido de que autores como Fernando Galvão, a fim de justificar o sumulado entendimento, invocam o mesmo art. 59, II do CP, o qual, como já dito, prevê que o juiz, atendendo às circunstâncias do crime, estabelecerá a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos. Para o mencionado autor, os incisos do art. 59 do CP não se restringem à primeira fase da dosimetria (pena-base), mas aplicam-se também quando da análise de atenuantes e agravantes, expressamente proibindo a fixação abaixo do mínimo.

O grande problema, na verdade, é saber até que ponto deve-se encarar o art. 59 do CP, principalmente no tocante ao seu inciso II, como norteador da segunda fase da dosimetria. A fim de se ilustrar a problemática trazida, é de se destacar que o mesmo autor que justifica a súmula, reconhece, em sua obra, que o atual Código Penal carece de uma solução mais específica a respeito do tema. Afirma portanto Fernando Galvão:

[...] O melhor seria que o Código Penal contivesse um dispositivo que se referisse especificamente aos limites de operação da segunda fase, como o art. 285 da Lei n. 4737, de 15 de julho de 1965, que instituiu o Código Eleitoral, que determina expressamente que, na consideração de circunstâncias agravantes ou atenuantes, o juiz deve observar os limites da pena cominada ao crime¹

¹ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 659.



Percebe-se, diante disto, que nosso atual Código Penal é, na verdade, omissivo quanto a esses limites. Assim, chega-se à conclusão de que a referida súmula fora editada a partir de uma premissa equivocada, visto que realiza uma interpretação pautada no antigo Código Penal de 1940.

Mediante análise da redação original do art. 48 do Decreto Lei n. 2848/40, vê-se que este trazia consigo as hipóteses genéricas de circunstâncias que atenuariam a pena, sem sequer distingui-las em circunstâncias judiciais ou legais. Ademais, no parágrafo único deste mesmo artigo dizia-se que “se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”.

Tal previsão, portanto, serviu de base para que os Tribunais atuais vedassem a redução aquém do mínimo, realizando, na verdade, uma analogia que, além de equivocada, ainda se caracterizaria como analogia *in malam partem*, por vedar benefício ao réu. Assim explica Cezar Roberto Bitencourt:

O equivocado entendimento de que ‘circunstância atenuante’ não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado ao delito partiu de interpretação analógica desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84)²

Com base neste raciocínio, explica ainda Bitencourt que a proibição constante do art. 48 parágrafo único do antigo Código Penal sequer fora repetida, quando da Reforma Penal de 1984. Além disso, inviável se torna a proibição da redução com fundamento nesta redação anterior, visto que ela versava sobre apenas uma das causas

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 787.



especiais de diminuição de pena, e não sobre todas as circunstâncias atenuantes que hoje são previstas em nossa legislação.

Superada esta primeira crítica aos embasamentos da súmula 231 do STJ, torna-se relevante também comentar as justificativas mais modernas para a proibição da redução. Pela análise da jurisprudência sobre o tema, percebe-se uma tendência a justificar a proibição a através das expressões “dos limites previstos”, presente no inciso II do art. 59, “dos limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal”, presente no art. 53 e “do limite indicado”, prevista no art. 67, todos do Código Penal.

No que concerne ao art. 59, inciso II do Código Penal, os argumentos frágeis continuam os mesmos, tendo a jurisprudência ignorado o fato do referido dispositivo vedar redução aquém do mínimo quando do reconhecimento de circunstâncias judiciais. Estas, portanto, não se confundem com as circunstâncias legais, previstas na segunda fase da dosimetria, trazendo o dispositivo vedação somente para as hipóteses a serem analisadas na primeira fase.

Já em relação ao art. 53 do Código Penal, tenta a jurisprudência afirmar que este traz em seu bojo uma vedação implícita de aplicação de pena abaixo do mínimo legal. Isto porque o mesmo estabelece que as sanções teriam limites estabelecidos no próprio tipo legal. Mais uma vez, carece de fundamentação o argumento trazido, vez que não se tem, no caso, uma real proibição.

Por fim, o art. 67 do Código Penal serve como um terceiro fundamento, já que diz que a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. Ainda assim, não há que reconhecer tal tese, vez que o dispositivo traz somente uma regra de ponderação entre concurso de atenuantes e agravantes, não podendo ser feita uma interpretação *in malam partem* do mesmo.



É válido destacar que, mesmo diante de tais críticas a estes argumentos, em julgado importante do STJ sobre o tema, definiram os ministros que tais expressões certamente serviriam para reafirmar o já antigo (e equivocado) entendimento contrário à redução, asseverando ainda que a expressão “sempre atenuam a pena”, contida no art. 65 do CP, não deve ser levada a extremos que viabilizem uma redução aquém dos limites. É o que se extrai do voto a seguir:

Por último, a expressão ‘sempre atenuam’ não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo.³

É de se destacar, todavia, o caráter contraditório da referida decisão. Nota-se que, ao mesmo tempo que fundamenta a proibição de redução com base em expressões meramente literais contidas no Código Penal, conforme esmiuçado anteriormente, rechaça a tese defensiva a favor da redução ao fundamento de que a mera interpretação literal do texto não pode substituir uma interpretação teleológica.

Constata-se, assim, que os poucos argumentos que se extraem dos julgados analisados são frágeis e, quando não se limitam a citar a súmula 231 do STJ, cuja criação se deu através de interpretações equivocadas, pautam-se exclusivamente em interpretações literais e pouco aprofundadas sobre o tema. Portanto, a favor da redução aquém do mínimo, explica Bitencourt:

[...] deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada⁴

³ STJ. REsp 156.432/RS. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700848132&dt_publicacao=18-10-1999&cod_tipo_documento=>

⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 787.



Conforme será analisado nos próximos capítulos, o não reconhecimento deste direito ao apenado caracteriza-se como uma ilegalidade manifesta. Ademais, ainda constitui afronta a princípios basilares do Direito Penal, como o da legalidade, da individualização da pena e da segurança jurídica.

2. DA NECESSIDADE DE CONCILIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FACE À (I)LEGALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ

Diante do que fora exposto no capítulo anterior, fica clara a ideia de que a aplicação da súmula 231 do STJ, ao invés de reafirmar o princípio da legalidade, acaba por violá-lo, da mesma forma que viola o princípio da isonomia e da individualização da pena. É justamente por conta disto que, a fim de evitar maiores injustiças na seara penal, devemos utilizar dos princípios como base para negar sua aplicação.

O primeiro e mais importante dos princípios que aqui destaca-se é o da legalidade. Diz a lei, de forma extremamente literal no art. 65 do Código Penal, que as circunstâncias atenuantes ali descritas irão “sempre” atenuar a pena. Não se pode, portanto, entender a referida expressão como mero acaso, devendo ser encarada, na verdade, como um real desejo do legislador. É isto que diz, inclusive, Túlio Vianna, como se vê:

[...] Ora, se o legislador usou o adjunto adverbial ‘sempre’, é porque queria deixar claro que em toda e qualquer hipótese dever-se-á aplicar a atenuante. Caso contrário, teria usado a expressão ‘sempre que possível’. (...) Alegar, no entanto, que por não ter o legislador fixado expressamente este limite, simplesmente não se pode diminuir a pena abaixo do piso legal, é negar vigência à lei federal que é expressa ao usar o advérbio ‘sempre’, ferindo diretamente a Constituição Federal no seu princípio de individualização das penas⁵

⁵ VIANNA apud ROIG, Rodrigo. *Aplicação da pena, limites, princípios e parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 211.



Por outro lado, percebe-se que, ao contrário da expressa determinação legal contida no art. 65, não se vislumbra, pela leitura do Código Penal, qualquer real proibição a essa redução. Conforme anteriormente explicado, os argumentos utilizados para a construção do atual entendimento em desfavor da redução baseiam-se em premissas equivocadas e se utilizam de determinados dispositivos legais, como o inciso II do art. 59 do Código Penal, que, na verdade, não referem-se a essa fase de aplicação da pena.

A luz desses fatores, é de se destacar aqui o que diz Rodrigo Roig, ao tratar sobre esse mesmo tema sob o enfoque do princípio da legalidade:

[...] Em uma nova dimensão da aplicação da pena privativa de liberdade, o princípio da legalidade serve exclusivamente como vetor da obrigação jurídico-constitucional de minimização da afetação individual, não sendo lógico tentar buscar nele a justificação para a adoção de uma postura diretamente contrária àquela constitucionalmente preconizada, em prejuízo do indivíduo. Afinal, jamais um preceito de índole constitucional pode ser transmutado à condição de utensílio habilitador do poder punitivo⁶

Assim, a afronta à legalidade reside justamente no fato de ter o STJ criado, por meio da súmula, uma regra penal desfavorável ao réu, com base em interpretações aleatórias do texto penal, sem de fato atentar para as regras específicas do tema. Como se viu, não há qualquer dispositivo que proíba, de forma expressa, redução aquém do mínimo, mas sim dispositivo específico da matéria que expressamente impõe a aplicação das atenuantes.

O princípio da legalidade, portanto, jamais poderia servir de empecilho para que o juiz chegue a uma pena justa. Não se pode utilizá-lo de modo a tão somente adequá-lo a argumentos fracos, com a única finalidade de tentar trazer alguma coerência e validade ao atual e, infelizmente, preponderante entendimento. É assim, portanto, que Rodrigo Roig continua sua tese:

⁶ ROIG, Rodrigo. *Aplicação da pena, limites, princípios e parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 212.

[...] O cerne da legalidade, enfim, reside na vedação humanística do excesso do poder punitivo. A posterior idéia de que o princípio da legalidade também validaria a proibição da insuficiência punitiva, mediante a fixação de marcos penais mínimos intransponíveis significa, na verdade, a subversão da essência historicamente democrática do preceito⁷

Com base neste raciocínio, importante ressaltar também a violação ao princípio da individualização da pena. Sabe-se que a imposição de uma sanção restritiva de liberdade é medida extremamente severa e, justamente por isso, carece de maior atenção do legislador brasileiro. Tanto é assim que o mesmo se preocupou em determinar, no art. 5º, XLVI da CRFB, a necessidade de aplicação de penas individualizadas, de acordo com o caso concreto em julgamento.

A partir disto, indaga-se: como assegurar uma efetiva individualização se o magistrado, diante da súmula 231 do STJ, se vê obrigado, por exemplo, a impor a mesma pena mínima para dois indivíduos, ainda que perceba que um deles poderia também obter uma atenuante por contar com menos de 21 anos à data do fato? Seria justo a este acusado, que tem uma atenuante a seu favor, receber a mesma pena que aquele que não a detém, por suposta vedação legal a esta redução?

É certo que a injustiça, nesse caso hipotético e em tantos outros que se vê no dia a dia forense, se torna óbvia e, conseqüentemente, permite tornar inócua a determinação legal de atenuação da pena. Além do princípio constitucional de individualização das sanções penais, impossível também deixar de observar um preceito basilar do Direito Brasileiro, que é o da isonomia.

Pela leitura do art. 5º da CRFB e seus incisos, pode-se vislumbrar diversos momentos em que a isonomia é consagrada como de suma importância. É de se ressaltar, ainda, seus importantes desdobramentos, ao trazer para a seara jurídica os conceitos de isonomia formal e material. Enquanto a isonomia formal seria, de forma

⁷ ROIG, op. cit., p. 212.



bastante resumida, a igualdade de todos perante a lei, seu viés material abarcaria o tratamento desigual para os desiguais.

É nesse contexto de isonomia material que se insere o presente tema. Negar a aplicação de um benefício penal para acusados em situações peculiares, que tem efetivo direito à redução de suas penas, é, em última instância, proibir o magistrado de fazer cumprir, no dia a dia de seu ofício, o viés material da garantia constitucionalmente prevista.

É impossível, portanto, se falar em isonomia quando aplicamos um sistema que, de forma arbitrária e equivocada, traz supostas exceções aos benefícios trazidos por lei, permitindo criar situações injustas, ao cominar sanções idênticas para casos totalmente distintos. Permitir isso é basicamente sobrepor a isonomia formal à material, privilegiando-se imensas desigualdades, ao tratar efetivamente todos de forma idêntica, sem levar em conta aspectos relevantes que influenciam na sua condenação.

Por fim, é impossível não retratar também a violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, constitucionalmente previstos no art. 5º, LIV da CRFB de 88. Sabe-se que os referidos princípios são de ampla aplicação na seara penal, haja vista que o magistrado, quando da fixação da pena, deve atentar para os critérios legais a fim de se chegar a uma condenação razoável e proporcional ao acusado.

O princípio da proporcionalidade, portanto, tem como seu maior objetivo, no âmbito penal, o de proibir excessos desarrazoados no tocante à aplicação da pena, evitando qualquer restrição que se considere desnecessária ao direito de liberdade do autor do crime. É também o que se defende no presente trecho que trata do assunto:

[...] Longe de qualquer dúvida, se na aplicação da pena, não se observar sua diminuição, ainda que reconhecida uma circunstância atenuante, deparar-nos-emos com violação ao princípio da individualização da pena. E isso porque, a atenuante será simplesmente ignorada, o que vale dizer que uma parte das circunstâncias do crime, benéfica ao agente, não estará sendo levada em



conta no cômputo da pena. E, ignorando-se uma circunstância do crime, obviamente, não se estará aplicando a pena justa, proporcional e individualizada ao caso concreto.⁸

Diante disto, inevitável reconhecer que a impossibilidade de redução aquém do mínimo legal é violadora também deste princípio, haja vista que impede o autor do crime de se beneficiar de um direito expressamente previsto no Código Penal e que, por força do art. 65 deste diploma, deve sempre ser observado.

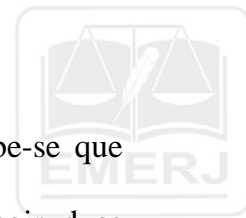
Assim, é de se concluir que, em face de uma jurisprudência equivocadamente consolidada, que privilegia interpretações mais penosas ao réu, são os princípios constitucionais anteriormente citados que podem, futuramente, embasar uma mudança de pensamento. A redução abaixo do mínimo, como se viu, é medida que se impõe, sendo perfeitamente possível, ao juiz, realizar uma dosimetria justa que se adeque ao caso concreto e aos princípios basilares de nosso sistema, conforme será analisado no próximo tópico.

3. DA EQUIVOCADA VISÃO DA PENA MÍNIMA COMO UMA GARANTIA DA RESPOSTA ESTATAL

Após a análise de todos os argumentos e princípios que norteiam o presente tema, faz-se necessário, por fim, adentrar em um assunto mais específico, relacionado às funções da pena. Para grande parte dos que negam a redução da sanção penal para aquém do mínimo⁹, tal proibição vincula-se, de forma direta, com a necessidade de uma justa resposta Estatal.

⁸ RIBEIRO, Bruno. *A possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstâncias atenuantes: uma nova leitura da função dos marcos penais*. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/2-A-possibilidade-de-reducao-da-pena-aquem-do-minimo-legal-pelo-reconhecimento-de-circunstancias-atenuantes:-uma-nova-leitura-da-funcao-dos-marcos-penais>> Acesso em 02 set. 2015.

⁹ GALVÃO, op. cit., p. 659.



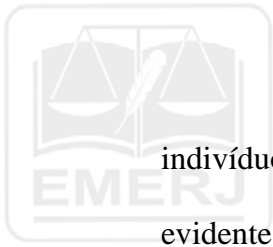
Não obstante as diversas teorias que existem a respeito da pena, sabe-se que essa, de forma resumida, é prevista no sistema penal brasileiro para atingir duas finalidades distintas: a de prevenção e a de ressocialização. No que diz respeito à prevenção, é cediço que essa se subdivide em prevenção geral, relacionada à intimidação da própria sociedade, para que não haja cometimento de novos delitos, e prevenção especial, relacionada ao próprio indivíduo que cometeu o crime, a fim de impedir sua reincidência.

A pena, portanto, em seu caráter preventivo, nada mais é do que uma resposta estatal, que permite ao Estado aplicar sanções como uma forma de evitar futuros delitos. Assim, é com base neste pensamento que o legislador fixa os limites máximos e mínimos das penas em abstrato, levando em consideração, principalmente, a gravidade da conduta prevista em determinado tipo penal.

O grande problema, na verdade, é a visão equivocada que muitos possuem a respeito de tais limites fixados no Código Penal e nas demais legislações. Há um errado entendimento no sentido de que a pena mínima abstratamente fixada pelo legislador é, de fato, uma resposta mínima que detém a sociedade, em face do autor de um crime. Para esta parcela que assim entende, permitir uma redução aquém do mínimo seria, na verdade, permitir que se torne inócua a tão venerada resposta Estatal.

A referida visão, todavia, não é a que merece prosperar. À luz do que já foi dito em capítulos anteriores, percebe-se que o Direito Penal é tido como a *ultima ratio*, e, justamente por criar normas que privam o homem de seu maior bem, que é a liberdade, deve ser entendido e interpretado de forma cuidadosa, zelando pela individualização dos casos concretos e do emprego da merecida proporcionalidade e razoabilidade.

Assim sendo, inviável se torna encarar parâmetros sancionatórios abstratamente fixados como sendo de aplicação obrigatória, ignorando a situação peculiar a que cada



indivíduo acusado é submetido. A resposta social ao delito cometido, portanto, não é evidente, não deve possuir um patamar mínimo, pois isto, certamente, limita a correta atuação do magistrado.

Em relação à atuação do juiz, há ainda quem defenda a proibição da redução abaixo do mínimo legal por entender que, dando este poder ao julgador, pode ele inclusive aplicar uma “pena zero”, ignorando a norma penal incriminadora. O referido argumento, no entanto, também não pode prosperar. Como se sabe, mesmo que não houvesse qualquer pena mínima fixada pelo legislador, sempre estará a atuação do juiz adstrita ao princípio da motivação, conforme determina o art. 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, abaixo descrito:

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 seus advogados, u somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.¹⁰

Como se vê, a fixação de uma pena mínima que, supostamente, deveria ser encarada como norteadora da atuação do juiz, de fato não é imprescindível para que se chegue a uma justa resposta Estatal. Isto porque, estando o juiz obrigado a motivar e fundamentar suas decisões, a própria Constituição já se encarregou de vedar sentenças arbitrárias.

Portanto, incabível argumentar que a proibição da redução é, em última instância, uma proteção para que se evite tais sentenças. Ao contrário disto, deve-se enxergar esta possibilidade como uma forma de ampliar a atuação do magistrado que, no caso concreto, terá melhores condições de analisar suas peculiaridades e aplicar uma

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2015.



justa sanção. Caso contrário, será o julgador um mero aplicador automático da lei. É o que fala, inclusive, Rodrigo Roig:

[...] Os argumentos anteriormente aduzidos conduzem à inafastável conclusão de que a medida mais coerente no tocante à fixação de margens penais consiste no estabelecimento somente de penas máximas para os delitos, sem a fixação de parâmetros mínimos, entendimento este corroborado por Ferrajoli quando afirma estar ‘em contradição com o princípio da equidade a previsão por parte da lei de limites mínimos, junto aos limites máximos de pena, para tipo de delito. Tal previsão, na realidade, não apenas contradiz o modelo de direito penal mínimo, mas humilha a função do juiz, ao não lhe consentir valorar plenamente a possível falta de qualquer gravidade do caso concreto, relativamente à gravidade do tipo de delito abstratamente valorada pela lei [...]’.¹¹

O equivocado, neste momento, é encarar a pena mínima como uma resposta Estatal mínima. O temor diante da possibilidade de uma suposta impunidade não deve ser levado ao extremo de impedir uma redução abaixo do mínimo, quando a situação assim impor. Como já foi visto e merece novamente destaque, não há qualquer lei vedando esta redução, mas há lei, ao contrário, impondo a aplicação das atenuantes, sempre que elas aparecerem no caso concreto.

Além disso, é de se ressaltar que as demais disposições legais tornam praticamente impossível que esta possibilidade de redução chegue aos extremos de uma pena zero. Como deve ser lembrado, a aplicação da sanção penal é norteadada por três fases distintas, de modo que, mesmo havendo alguma redução com a aplicação de atenuantes, o juiz continuará adstrito às demais regras, tanto da primeira quanto da terceira fase, sendo obrigado, na maioria das vezes, a aplicar algum tipo de pena.

O que se pretende demonstrar, portanto, é que a análise das atenuantes não é a única fase de aplicação da pena. Havendo o cometimento de um delito, não poderá o magistrado se furtar de analisar as circunstâncias judiciais trazidas no art. 59 do Código Penal, as quais, na maioria das vezes, já ensejam uma pena base no mínimo legal, haja vista que, nesse primeiro momento, é expressa a vedação de pena abaixo deste mínimo.

¹¹ ROIG, op. cit., p. 216.



O mesmo ocorre, também, quando da análise da terceira fase, que já impõe frações determinadas para o aumento ou a diminuição da pena.

Assim, para fins de criticar o argumento da “pena zero”, tem-se que o suposto arbítrio do juiz, com a possibilidade de redução abaixo do mínimo, é extremamente limitado. Além de estar ele adstrito aos princípios já citados, como o da motivação e o da proporcionalidade, só possui o julgador poucas e determinadas hipóteses de atenuação da pena, como é o caso do rol trazido pelo artigo 65 do Código Penal. Logo, seria praticamente impossível vislumbrar um exemplo em que o magistrado, sem desrespeitar quaisquer destas regras e princípios, chegasse a uma situação de impunidade.

Além do mais, ainda que se cogitasse da não aplicação da sanção penal, para determinado caso concreto, pelo exclusivo fato de se ter reduzido a pena abaixo do mínimo, não seria isto um tamanho absurdo penal. Isto porque, o próprio Código Penal prevê inúmeras situações em que se permite ao magistrado deixar de aplicar a pena, através de uma exclusiva análise dos fatos que lhe foram apresentados no processo. É o que defende também o autor desta tese, trazendo exemplos do próprio Código Penal, em que se permite a não aplicação da pena:

O primeiro exemplo que se levanta é o princípio da insignificância. Pela indigitada construção jurídica não se pode apenar o crime que sequer coloca em perigo o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, ainda que a conduta fática a ele se adapte com perfeição. Outro exemplo que se levanta é o do § 5.º do art. 121 do Código Penal. Segundo o dispositivo, “*na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torna desnecessária*”. Logo, se no caso concreto se constatassem circunstâncias atenuantes suficientes a zerar a pena do condenado, não entendemos qual o problema que isso poderia trazer quanto à segurança jurídica, mormente por tal fato se amoldar harmoniosamente ao princípio da proporcionalidade e da individualização da pena.¹²

¹² RIBEIRO, op. cit.



Assim, diante do que foi exposto, conclui-se que a vedação da redução abaixo do mínimo legal, pelo suposto argumento de que isto violaria a segurança jurídica e acarretaria em situações de impunidade, também não merece prosperar. Ao revés, estamos violando a segurança jurídica quando deixamos de aplicar direitos expressamente previstos no texto legal, ao trazer diversos argumentos que, conforme foi visto, são fracos e passíveis de imensas críticas.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora exposto ao longo desses três capítulos, pode-se chegar à conclusão de que a redução da pena abaixo do mínimo legal é medida não apenas permitida, mas também necessária, se deseja-se atingir uma pena, de fato, justa.

A súmula 231 do STJ foi editada com base em suposições equivocadas, sendo justificada através de vedações trazidas pelo art. 59 do CP, que, na verdade, não tratam da segunda fase da aplicação da pena, mas sim da primeira. Não há, portanto, qualquer vedação legal para que a pena seja aplicada abaixo do mínimo, mas sim determinação expressa, no art. 65 do CP, ao trazer circunstâncias que sempre atenuam a pena.

Não obstante a real incoerência que norteia o entendimento atual do Tribunal Superior, há ainda que se destacar que o esse viola diversos princípios constitucionais, diretamente ligados ao tema. Como dito, o próprio Código Penal é claro ao trazer a necessidade de sempre aplicar as circunstâncias atenuantes, o que, quando não feito, traduz afronta ao princípio da legalidade.

Ademais, não há como falar do presente assunto sem mencionar o princípio da individualização da pena. A pena justa é aquela aplicada, levando-se em consideração todas as circunstâncias que envolvem o crime. De tal modo, não aplicar uma atenuante,



quando sua aplicação seria obrigatória, se traduz em violação ao direito do apenado a uma sanção justa e compatível com seus direitos.

Por fim, em resposta ao argumento de que as penas mínimas trazidas pelo Código Penal servem de limitação para o magistrado, quando da sua fixação, é de se fazer algumas ponderações. Como se viu, não se pode atribuir ao juiz a função de sentenciar um determinado caso concreto sem que se dê a ele a liberdade de, fundamentando suas decisões, aplicar a sanção efetivamente justa. Em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade da pena, deve-se enxergar tais parâmetros como meros norteadores da decisão, mas não como limites fixos e intransponíveis.

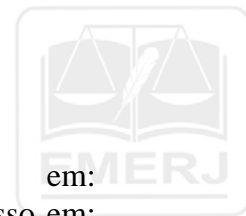
Assim sendo, a conclusão a que se chega é que, para se atender a todos os princípios constitucionais, bem como aos ditames de nossa legislação, é necessário enxergar a função da pena de forma mais correta. Não se pode encarar a pena mínima abstratamente cominada como uma resposta estatal mínima ao delito. Essas penas, na verdade, servem tão somente de parâmetro ao magistrado, mas não retiram sua liberdade de, à luz dos princípios constitucionais anteriormente citados, adequar a sanção penal à real situação a que se expõe o criminoso em julgamento.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 156.432/RS. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700848132&dt_publicacao=18-10-1999&cod_tipo_documento=



BRASIL. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. V. 1: parte geral. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Bruno. *A possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstâncias atenuantes: uma nova leitura da função dos marcos penais*. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/2-A-possibilidade-de-reducao-da-pena-aquem-do-minimo-legal-pelo-reconhecimento-de-circunstancias-atenuantes:-uma-nova-leitura-da-funcao-dos-marcos-penais>> Acesso em 02 set. 2015.

ROIG, Rodrigo. *Aplicação da pena, limites, princípios e parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO: CARACTERIZAÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO DO TERCEIRO CÚMPLICE

Francisco Emílio de Carvalho Posada

Advogado. Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo: O Direito Contratual se fundamenta, historicamente, nos princípios da autonomia da vontade, da relatividade dos contratos do *pacta sunt servanda*, inerentes às relações voluntariamente travadas entre particulares. Contudo, com a evolução do Direito Contratual, tais paradigmas foram flexibilizados para que se amoldem a princípios que, atualmente, são mais caros à sociedade, tais como os princípios da boa-fé, da função social dos contratos, e da solidariedade. Nesse contexto, apesar da dicotomia existente entre os direitos pessoais e os direitos reais, cunhou-se a teoria denominada de tutela externa do crédito, de modo a dar guarida ao direito subjetivo de crédito conferindo ao seu titular a possibilidade de opô-lo a terceiros que não participaram da relação jurídica originária. A figura do terceiro cúmplice surge como decorrência dessa proteção externa conferida ao direito subjetivo de crédito, caracterizando-se como aquele que atenta contra a regular fruição do crédito alheio. O escopo do trabalho é, portanto, a identificação do terceiro cúmplice e a fixação da limitação de sua responsabilidade civil.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Contratual. Tutela Externa do Crédito. O terceiro cúmplice.

Sumário: Introdução; 1. O Direito Contratual contemporâneo. 2. Fundamentos e requisitos para a responsabilização do terceiro cúmplice. 3. Limites da responsabilização do terceiro cúmplice. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É inegável que o Direito Contratual passou por profunda evolução no cenário jurídico contemporâneo, notadamente após a promulgação da Constituição da República de 1988 e a sanção do Código Civil de 2002, que positivaram, dentre outros, os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), da função social do contrato (art. 421 do CC) e da boa-fé objetiva (art. 422 do CC).



A previsão de tais princípios no direito positivo ensejou a obrigatoriedade da observância dos vetores axiológicos que deles defluem, com irradiação, principalmente, sobre toda relação contratual privada firmada no país.

Com efeito, os antigos cânones do Direito Contratual, consubstanciados, não apenas, mas também na autonomia da vontade, na força obrigatória dos pactos e na relatividade contratual, devem ser relidos à luz da nova ordem jurídica positiva vigente.

Assim, como será visto no primeiro capítulo, fato é que a sociedade contemporânea se imbuíu de valores de índole moral e ética que reclamaram a modificação das normas de regência das relações privadas, mormente daquelas que fixam preceitos gerais. Isso porque, passou a ser de interesse da coletividade que o direito positivo contemple a previsão de comportamentos padrão que sejam dotados de eticidade e moralidade e que devem informar, de um modo geral e irrestrito, a interpretação, celebração e execução dos pactos privados.

Nessa toada, com arrimo na orientação contemporânea do Direito Contratual, norteada pela boa-fé e pela função social dos contratos, torna-se inaceitável que alguém exerça seu direito de contratar e, ao mesmo tempo, inviabilize a correta execução de outra avença anteriormente firmada, obstando a esperada fruição do direito de crédito dela decorrente.

Em outras palavras, em que pese a sabida e consabida distinção entre as características dos direitos reais e dos direitos pessoais, se admite, com fundamento nos postulados contratuais contemporâneos, que um contratante oponha a um terceiro o seu direito subjetivo de crédito decorrente de um contrato firmado sem a participação do aludido terceiro.

No segundo capítulo serão explicitados os fundamentos e requisitos que fazem com que seja possível responsabilizar o terceiro, alheio à relação contratual, em razão de ato comissivo por ele praticado – celebração de contrato – que enseje o inadimplemento da



avença anteriormente existente, sem que se possa escudar na antiga leitura dos clássicos postulados do Direito Contratual da autonomia da vontade e da relatividade dos contratos.

No terceiro capítulo, serão expostos os limites aos quais está adstrita a responsabilização do terceiro que, não sendo parte em contrato, age, deliberadamente, contra o direito subjetivo de crédito de uma das partes contratantes.

Serão, portanto, os fundamentos, os requisitos, a natureza e os limites da responsabilização desse terceiro, denominado terceiro cúmplice, o objeto desse trabalho científico, cuja metodologia de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica e de artigos jurídicos.

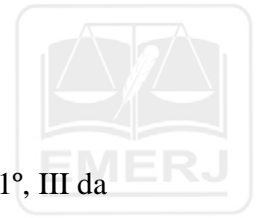
1. O DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO

A teoria clássica do Direito Contratual pregava o denominado liberalismo contratual, que tinha por fundamento principal o princípio da autonomia da vontade. Além do referido princípio, que se tornou expoente com o advento da Revolução Francesa, os princípios da força obrigatória dos contratos e da relatividade dos efeitos do pacto privados também consubstanciavam as bases da teoria clássica contratual.

A sociedade contemporânea passou a considerar caros, no entanto, valores outros que impõem uma releitura e uma reinterpretação dos antigos dogmas do Direito Contratual. A atividade normativa do legislador, tanto constitucional como infraconstitucional, atendeu aos novos anseios da coletividade e fixou novos princípios que informam as relações sociais em geral e, por consequência, as relações contratuais.

Tais novos princípios foram positivados contemporaneamente tanto com a promulgação da Constituição da República de 1988¹ quanto com a sanção do Código Civil²

1 BRASIL. CRFB, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 07 out. 2015.



de 2002. Veja-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, III da CRFB³ e os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva estão insculpidos, respectivamente, nos art. 421 e 422, ambos do CC⁴.

Com o reconhecimento do caráter normativos dos princípios, notadamente aqueles explicitamente positivados no ordenamento jurídico, impõe-se que sua carga normativa se torne vetor axiológico para a interpretação e aplicação do direito em seu espectro de abrangência.

Com efeito, os princípios da função social e da boa-fé objetiva devem nortear as relações contratuais celebradas sob a regência da legislação brasileira, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui, reconhecidamente, um valor universal e inafastável, e, portanto, deve influir em toda e qualquer avença particular.

Como cediço, a função social do contrato foi expressamente prevista como limitação ao direito de contratar, afastando o antigo dogma da autonomia da vontade, que informava a possibilidade de que as partes firmassem irrestritamente qualquer contrato, desde que observados os requisitos formais e materiais.

Assim, a imposição de observância da função social dos contratos como limite à autonomia da vontade informa que os contraentes deverão ter em mente que as estipulações firmadas nos pactos particulares, além de satisfazerem seus interesses pessoais, não devem violar quaisquer valores que sejam caros à sociedade.

Traduz-se, assim, a função social do contrato, em verdadeira limitação que cria obrigação negativa aos contratantes. Tal obrigação negativa se constitui em uma abstenção de

² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 07 out. 2015.

³ BRASIL. CRFB, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 07 out. 2015.

⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 07 out. 2015.



violação a todo e qualquer interesse da coletividade quando do exercício do direito de contratar.

Nesse sentido, leciona Caio Mário Da Silva Pereira⁵:

O contrato ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazerem os seus interesses. A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório.

Assim, a função social do contrato vem justamente trazer uma mitigação, uma limitação à autonomia da vontade. Os contratantes não podem ignorar a realidade que os cerca e pactuar como se estivessem destacados do contexto social, pois o contrato está inserido em uma realidade social maior, mais abrangente e também funciona como fator de alteração da realidade social⁶.

O princípio da boa-fé objetiva, positivado pelo Código Civil de 2002⁷, se distingue do postulado da boa-fé subjetiva, que configura mera exortação ou incitação aos contratantes para que atuem em observância ao ordenamento jurídico vigente. A seu turno, a boa-fé objetiva constitui verdadeiro dever jurídico imposto às partes contratantes, que devem se portar com eticidade e probidade durante toda a relação contratual.

Ademais, em que pese o art. 422 do CC⁸ não prever expressamente que a boa-fé objetiva será observada nas fases pré e pós contratual, a interpretação do dispositivo deve se dar de forma ampla, de modo a abranger todas as fases da relação contratual. Aponte-se, ainda, que a boa-fé objetiva é cláusula geral de todo o ordenamento jurídico, e não apenas do Direito Contratual privado⁹.

⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. 3: Contratos. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 12.

⁶ *ibid.*, p. 13.

⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 07 out. 2015

⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 07 out. 2015.

⁹ PEREIRA, op. cit., p. 19.



A boa-fé objetiva é, assim, modelo de conduta fixado como ideal, que se exige dos integrantes da relação jurídica contratual e que enseja, não apenas obrigações negativas de abstenção à prática de atos que poderiam conduzir ao inadimplemento, como também obrigações positivas que informam aos contratantes a necessidade de prática de atos comissivos tendentes à correta e esperada consecução do objeto contratual.

Destaque-se que a boa-fé objetiva assume três funções essenciais no Direito Contratual contemporâneo, a função interpretativa dos contratos, a função criadora de deveres anexos nas três fases contratuais, e a função equilibradora, impedindo que haja lucro excessivo por uma das partes.

A função interpretativa dos contratos está positivada no art. 113 do Código Civil¹⁰:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração

A seu turno, a função de criação dos deveres anexos, passa pelo fato de que a boa-fé objetiva dá origem a subprincípios, como, por exemplo, a confiança, a lealdade, a cooperação, a informação e a preservação.

O mais importante dos subprincípios derivados da boa-fé, o princípio da confiança, encerra outros institutos jurídicos bastante conhecidos no direito pátrio: *supressio*, *surrectio*, *venire contra factum proprium* e *tuo quoque*.

A *supressio* é a perda ou limitação de um direito pelo seu não exercício durante longo tempo. Já a *surrectio* é a outra faceta da moeda, constituindo a aquisição de um direito pelo exercício reiterado, sem que haja oposição da outra parte. Há exemplo positivado do instituto da *surrectio* no Código Civil de 2002, confira-se¹¹:

Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 07 out. 2015

¹¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 07 out. 2015.



O instituto do *venire contra factum proprium* veda o exercício de posição jurídica que contrarie frontalmente o comportamento anterior do contratante. Por fim, o instituto do *tuo quoque* impede que o contratante que tenha infringido determinada previsão contratual demande a outra parte pela prática do mesmo comportamento indesejado.

Por fim, a função equilibradora da boa-fé impede que haja lucro excessivo por uma das partes contratantes. Nesse contexto, a boa-fé se irradia pelo ordenamento jurídico considerando nulos os negócios jurídicos firmados sob estado de perigo e lesão (art. 156 e 157 do CC¹²), bem como admitindo a resolução do contrato pela onerosidade excessiva (art. 478 do CC¹³) e resguardando o contratante que adimple substancialmente o contrato.

Nota-se, pois, que a boa-fé objetiva também se constitui como mitigação aos antigos cânones da teoria contratual clássica, uma vez que fixa padrões de comportamento esperados de todos os cidadãos, que deverão agir com honestidade, eticidade, probidade e lealdade, vetor que, além de limitar a autonomia da vontade, extrapola, de certo modo, o princípio da relatividade contratual, na medida em que, por ser cláusula geral, informa também o padrão comportamental daqueles que são alheios à relação contratual.

Por fim, não há como negar que o princípio da força obrigatória dos pactos também recebe mitigação no atual cenário do Direito Contratual, mormente no que toca à possibilidade de resolução do contrato em razão da onerosidade excessiva (art. 478 do CC), já que configura hipótese de quebra do vínculo contratual sem que haja imputação de culpa a qualquer dos contratantes, em razão da caracterização de uma obrigação que passou a ser, sobremaneira, onerosa para uma das partes.

¹² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 07 out. 2015.

¹³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 07 out. 2015.



2. FUNDAMENTOS E REQUISITOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO TERCEIRO CÚMPLICE

Como destacado, o atual cenário do Direito Contratual é bem afeto aos princípios contemporâneos da boa-fé objetiva e da função social dos contratos – positivados no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil de 2002 –, que norteiam a interpretação e aplicação das normas jurídicas atinentes às relações negociais. Ademais, tais postulados, mais do que regras de conduta, se revelam verdadeiros limitadores da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, já que impõem, não apenas obrigações positivas, mas, também, obrigações negativas ou abstenções a todos os cidadãos.

A boa-fé objetiva é a fixação de um comportamento ético padrão para todos aqueles que vivem em sociedade, impondo, de forma concreta aos cidadãos, uma atuação com honestidade, eticidade, probidade e lealdade em suas relações pessoais. Ressalte-se que a boa-fé objetiva não se confunde com a boa-fé subjetiva, que é o estado interno de consciência do agente que lhe informa se a sua atuação é ou não contrária ou em favor da ordem jurídica e social¹⁴.

A função social dos contratos é, como já dito, verdadeiro limite ao livre direito de contratação, até mesmo diante da dicção legal, engendradora com o nítido propósito de limitar a liberdade contratual. A observância cogente da função social do contrato informa que todo e qualquer pacto firmado não pode – e não deve – se dar em detrimento do interesse da coletividade. É dizer, o acordo de vontades não pode se afastar dos valores que são caros à sociedade contemporânea, valores que são por ela exigidos a todo momento e aos quais se espera observância.

¹⁴ PEREIRA, op. cit., p. 15.



Não por outros motivos, a tutela externa do crédito alçou importante patamar no âmbito do Direito Contratual contemporâneo. É que, um ordenamento jurídico que preza pela boa-fé objetiva dos cidadãos na contratação de direitos e obrigações e que determina que os pactos devam ser permeados sempre pela função social, de modo a não colidir com interesses sociais, aponta inegavelmente para uma sólida proteção do crédito. Proteção essa que não se dá apenas entre os contratantes, mas sim frente à sociedade como um todo.

Ora, se os cidadãos devem observar a boa-fé objetiva em seu atuar, mormente a eticidade, probidade e honestidade, não poderão jamais ferir individualmente o crédito alheio. E, por conseguinte, se as avenças firmadas não podem violar os mesmos valores, caros aos cidadãos, mas também à sociedade, o crédito individual, pessoal, está resguardado não apenas na relação *inter partes*, mas sim em âmbito geral, *erga omnes*.

Tal fenômeno nada mais é do que o fortalecimento da tutela externa do crédito, que, como ressaltado no capítulo anterior, está relacionada à ideia de oponibilidade geral do crédito oriundo de contrato particular. Assim, a ideia de tutela externa do crédito não confere uma *super* eficácia ao direito pessoal creditício, mas sim garante a sua oponibilidade perante a todos. Ou seja, todos devem respeitar o crédito existente, ainda que contra eles o crédito – ou os débitos – não produza qualquer eficácia.

O direito que exsurge da tutela externa do crédito não é de submeter um indistinto de pessoas às condições obrigacionais pactuadas entre particulares, mas sim o de opor a própria existência do crédito e da relação a terceiros. Nada mais é do que uma respeitabilidade ao crédito de outrem.

E tal respeitabilidade se manifesta na medida em que todos os denominados terceiros possuem o dever jurídico de se abster de atuar de forma a desconstituir ou de qualquer modo impedir, obstar, frustrar a correta, esperada e legítima fruição do crédito existente.



Vale dizer, no entanto, que ao contrário do que ocorre com os direitos reais, não há, via de regra, publicidade das avenças particulares a todo segundo firmadas pelos cidadãos em pleno gozo de seus direitos civis, o que relega tal respeitabilidade à condição consideravelmente mais concreta de existência, exigindo-se que um terceiro tenha ciência do pacto firmado entre as partes. Isso porque, aqueles que não são partes contratantes não detém o dever de conhecer a existência de contratos firmados aqui e acolá por toda a coletividade, mormente diante do princípio da atipicidade dos contratos. Entretanto, a partir do momento em que um terceiro toma ciência da existência de relação contratual em curso, materializa-se o seu dever absoluto de abstenção e não interferência.

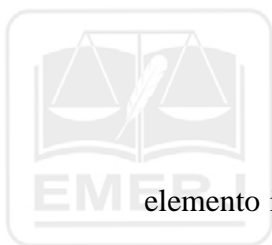
Assim, na oportunidade em que um terceiro, sabedor da existência de um contrato, se abstém de observar tal atuar negativo, direcionando-se dolosa ou culposamente contra um direito de crédito do qual tenha conhecimento, passa a atuar em contrariedade ao direito posto, ao ordenamento jurídico vigente, violando todos os padrões de conduta esperados pela observância da boa-fé objetiva.

O terceiro passa então, a ter por meta a celebração de avença com uma das partes contratantes, avença essa que substitua ou de outro modo impeça a legítima fruição do direito creditício da outra parte contratante. Assim, há de haver por parte de terceiro a celebração de contrato incompatível com a relação negocial primitiva, levando à sua violação.

Nesse momento está caracterizada a figura do terceiro cúmplice: aquele que, sabedor da existência de um contrato do qual não é parte, celebra com um dos contratantes primitivos, contrato que mostra incompatível com a sobrevida da avença inicial, induzindo o seu inadimplemento.

A doutrina¹⁵ discute se o terceiro deve agir com dolo ou com culpa para que haja a caracterização de tal figura. A corrente doutrinária que sustenta a necessidade da presença do

¹⁵ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 8, v. 30, p. 105-107. abr/jun. 2007.



elemento intencional o faz com lastro no entendimento de que o terceiro deve, para tornar-se cúmplice, conhecer os termos do contrato. Com isso, o terceiro cúmplice revelaria um inequívoco especial fim de agir, voltado para a violação do contrato de cujos termos tem conhecimento.

Contudo, outra parte da doutrina defende que a necessidade de comprovação do elemento volitivo colocaria a vítima em situação de sobrecarga do ônus probatório, além de se afastar do movimento contemporâneo de objetivação da culpa, cujo fundamento é a violação a parâmetros gerais de conduta aferíveis com critérios objetivos, boa-fé objetiva¹⁶.

3. LIMITES DA RESPONSABILIZAÇÃO DO TERCEIRO CÚMPLICE

Explicitados, pois, os fundamentos para a responsabilização do terceiro que induz o inadimplemento do contrato, bem assim os requisitos para a caracterização de tal figura, será objeto de análise o limite da responsabilização a ele atribuída.

Como visto, duas teorias embrionárias foram criadas para explicar e fundamentar a responsabilização do terceiro que atua de modo a estimular o inadimplemento contratual. A teoria francesa, que sustenta ser o contrato um fato social, traça a dicotomia entre a relatividade – plano da eficácia – e a oponibilidade – plano da existência – dos contratos. A segunda corrente, por sua vez, defende a existência de efeitos interno e externo das obrigações, que vinculam tanto as partes quanto às obrigações específicas do contrato, como terceiros, no que tange ao respeito pelo direito de crédito alheio.

Assim, ambas as teorias, ainda que partam de fundamentos distintos, chegam à mesma conclusão, a possibilidade de impor a um terceiro a observância e o respeito ao direito

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 209-217.



de crédito oriundo de contrato particular firmado entre outros dois contraentes, sob pena de responsabilização civil.

A limitação, contudo, de tal responsabilidade, também deve ser analisada. Visto, portanto, o inadimplemento contratual, a doutrina se divide quanto à natureza da responsabilidade do terceiro cúmplice, se contratual ou extracontratual. A maior parte dos autores¹⁷ se posiciona de modo a prestigiar a responsabilidade extracontratual, afirmando que o terceiro cúmplice responderia com fundamento na cláusula geral da responsabilidade civil (art. 186 e 927 do Código Civil).

Sem dúvidas, responsabilizar um terceiro, ainda que cúmplice, por cláusulas contratuais por ele não pactuadas seria conferir ao crédito a *super* eficácia já rechaçada linhas atrás, e não apenas atribuir-lhe a merecida oponibilidade. Haveria manifesta insegurança jurídica em se admitir a responsabilização de alguém por termos e cláusulas com as quais jamais e anuiu e mais, cujos teores lhe seria impossível conhecer dada a característica essencial da atipicidade dos contratos.

Como cediço, os contratantes podem prever tudo aquilo que a lei não lhes veda e podem fazê-lo por diversas formas, a não ser quando a lei lhes impuser uma definida ou lhes vedar uma defesa. Não se pode olvidar que existem contratos os mais variados, inclusive verbais, o que, de plano, afasta qualquer possibilidade de que alguém seja por eles responsabilizado, que não os contratantes. Poderia, até mesmo, haver conluio entre os próprios contratantes para, por exemplo, sujeitar um terceiro a uma cláusula penal abusiva, atraindo-o para uma contratação com uma das partes apenas para que depois se levante, pela outra, a ocorrência da figura do terceiro cúmplice.

Mister se faz, assim, estabelecer os limites da responsabilização do terceiro cúmplice, bem assim, outro aspecto da responsabilidade, se solidária ou subsidiária. Aqui, a

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, 2 ed., V. 4, São Paulo: Jus Podium, 2012, p. 222-225.



resolução da segunda ajuda na primeira. De acordo com o parágrafo único do art. 942 do Código Civil¹⁸, são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932. Assim, não restam dúvidas de que o terceiro, dito cúmplice, concorre com o contratante para o resultado do inadimplemento do avença originária, respondendo de forma solidária para com ele perante o lesado.

Essa responsabilidade solidária, no entanto, terá limites não só para um lado como para o outro. Explique-se: a responsabilidade será solidária nas forças do montante devido que for comum, uma vez que, como as responsabilidades de ambos – o cúmplice e o contratante inadimplente – têm fundamentos distintos os valores serão, salvo coincidência extrema, distintos. Isso porque, ao passo que um será condenado nos limites da cláusula penal, com fundamento na responsabilidade contratual (art. 389 e seguintes do Código Civil), o outro será responsabilizado pelos danos efetivamente causados pelo ato ilícito praticado (arts. 186 e 927 do Código Civil)¹⁹.

Portanto, se o montante previsto pela cláusula penal for inferior aos danos causados pelo terceiro cúmplice, haverá solidariedade apenas nos limites da cláusula penal. Se, ao contrário, a cláusula penal superar os valores apurados como sofridos a título de danos civis por ato ilícito pelo contratante enganado, haverá solidariedade nos limites dos danos apurados.

CONCLUSÃO

O Direito Contratual, como explicitado ao longo deste artigo, passou por uma releitura e uma reinterpretação, notadamente com a promulgação da Constituição da República de 1988 e com a sanção do Código Civil de 2002. Isso se deu diante da posituação

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 Acesso em: 07 out. 2015

¹⁹ FARIAS, op. cit., p. 222-225.



de diversos princípios, tanto em sede constitucional – a exemplo do que acontece com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB) –, como legal (art. 421 e 422 do Código Civil).

Assim, com o reconhecimento do caráter normativos dos princípios, notadamente aqueles explicitamente positivados no ordenamento jurídico, impõe-se que sua carga normativa se torne vetor axiológico para a interpretação e aplicação do direito em seu espectro de abrangência.

Como efeito, o atual cenário do Direito Contratual é bem afeto aos princípios contemporâneos da boa-fé objetiva (art. 421) e da função social dos contratos (art. 422) – positivados no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil de 2002 –, que norteiam a interpretação e aplicação das normas jurídicas atinentes às relações negociais. Ademais, tais postulados, mais do que regras de conduta, se revelam verdadeiros limitadores da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, já que impõem, não apenas obrigações positivas, mas, também, obrigações negativas ou abstenções a todos os cidadãos.

Não por outros motivos, a tutela externa do crédito alçou importante patamar no âmbito do Direito Contratual contemporâneo. É que, um ordenamento jurídico que preza pela boa-fé objetiva dos cidadãos na contratação de direitos e obrigações e que determina que os pactos devam ser permeados sempre pela função social, de modo a não colidir com interesses sociais, aponta inegavelmente para uma sólida proteção do crédito. Proteção essa que não se dá apenas entre os contratantes, mas sim frente à sociedade como um todo.

O direito de ver respeitado o contrato firmado perante toda a sociedade constitui verdadeira respeitabilidade, não oponibilidade direito subjetivo de crédito. E tal respeitabilidade se manifesta na medida em que todos os denominados terceiros possuem o dever jurídico de se abster de atuar de forma a desconstituir ou de qualquer modo impedir, obstar, frustrar a correta, esperada e legítima fruição do crédito existente.



Entretanto, a responsabilidade atribuível ao terceiro que descumpre é de caráter aquiliana, com fundamento nos art. 186 e 927 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 8, v. 30, abr/jun. 2007.

BRASIL. CRFB, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 07 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 07 out. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil*, 2 ed., V. 4, São Paulo: Jus Podium, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. 3: Contratos. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.



CONCESSÃO DO AEROPORTO DO GALEÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E O NOVO MARCO REGULATÓRIO AEROPORTUÁRIO BRASILEIRO

Frederico Oliveira Franco

Graduado pela PUC RIO - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: O presente artigo científico tem por objetivo analisar o novo modelo de concessão de infraestrutura de aeroportos a partir da concessão à iniciativa privada do Aeroporto do Galeão para, com base no princípio da subsidiariedade da atividade econômica do estado brasileiro, traçar o panorama do novo marco regulatório estatal da atividade aeroportuária.

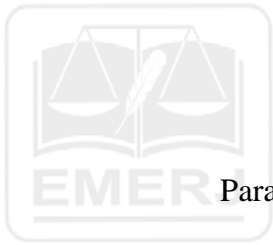
Palavras-chave: Concessão de Serviços Públicos. Intervenção do Estado na Atividade Econômica. Princípio da Subsidiariedade. Regulação.

Sumário: Introdução. 1. Ordem Econômica Constitucional e princípio da subsidiariedade. 2. Novo marco regulatório estatal da atividade aeroportuária. 3. A concessão de exploração de infraestrutura do Aeroporto do Galeão à iniciativa privada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca refletir acerca do processo de concessão do aeroporto do Galeão à iniciativa privada, em atendimento ao princípio constitucional da subsidiariedade da atividade econômica do estado, previsto no art. 173, caput, da CRFB/88.

Procura-se demonstrar o impacto positivo da alteração no regime de prestação dos serviços aeroportuários que passaram a ser executados diretamente pela iniciativa privada, através da constituição da sociedade de propósito específico Rio Galeão, a qual administra o aeroporto desde agosto de 2014, com a promessa de entrega de um serviço que atenda aos princípios básicos administrativos dedicados aos serviços públicos, tais como eficiência, regularidade e modicidade tarifária.



Para tanto serão abordados aspectos doutrinários relativos à ordem econômica constitucional, o regime de concessão de exploração de serviços públicos pela iniciativa privada, bem como o papel do estado regulatório brasileiro, desempenhado pela ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, de modo a refletir sobre a relevância desse novo contexto de execução dos serviços públicos para a sociedade brasileira.

Dadas às exigências de promover a eficiência dos serviços públicos e a necessidade de expansão da infraestrutura e das atividades comerciais, o Governo Federal houve por bem em adotar um novo modelo na prestação dos serviços, calcado no princípio da subsidiariedade, no qual a regulação econômica passou a ter papel relevante de incentivar comportamento eficiente dos prestadores de serviços, implementando as diretrizes estabelecidas na chamada Constituição Econômica.

No primeiro capítulo, busca-se traçar um panorama da atuação econômica do estado brasileiro a partir de meados dos anos 90, com a promulgação das Emendas Constitucionais que alteraram tanto o sistema financeiro nacional quanto a atuação direta do estado na economia, demonstrando que privatizar tornou-se praticamente um necessidade de primeira ordem para republicizar o Estado, fazendo com que retornasse à atuação em áreas que somente ele poderia fazer numa sociedade, concentrando-se em segurança, bem estar físico, e social, nos campos da saúde e da educação, tão negligenciados até aquele momento, onde o estado brasileiro era mais um empresário, senão o maior do país.

A desestatização implementada no país foi executada mediante várias modalidades: alienação de participação societária detida pelo Estado, inclusive de controle acionário; abertura de capital; aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a consequente alienação de seus ativos; e concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.



De lá para cá, as chamadas privatizações alcançaram mais 50 (cinquenta) empresas controladas em alguma maneira pelo estado, até que, finalmente, chegaram ao setor de infraestrutura aeroportuária, favorecendo a possibilidade de concorrência entre aeroportos, maximizando os investimentos na expansão, tudo isso com vistas ao melhor interesse público na prestação de um serviço eficiente e de qualidade, que atenda às exigências do mercado nacional e internacional.

No segundo capítulo, o trabalho explicita qual o papel da agência reguladora na concessão dos aeroportos à iniciativa privada, bem como qual é a definição do novo marco regulatório utilizado no caso do Galeão, que visa incentivar comportamento eficiente dos regulados, favorecendo a possibilidade de concorrência entre aeroportos, bem como maximizar os investimentos na expansão da infraestrutura aeroportuária.

No terceiro capítulo, procura-se fazer breve análise sobre o processo de concessão do aeroporto do Galeão, em si, o qual foi anunciado pelo Governo Federal em 21 de dezembro de 2012, como parte do Programa de Investimentos em Logística: Aeroportos, um conjunto de medidas para melhorar a qualidade dos serviços e da infraestrutura aeroportuária do País. Os dois aeroportos foram incluídos no Plano Nacional de Desestatização por meio do Decreto n. 7.896/2013, conforme o Comunicado 01/2013, da ANAC.

O Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim (Galeão) recebeu 17,5 milhões de passageiros no ano de 2012 e é o segundo mais movimentado do país. O valor mínimo de contribuição ao sistema para o aeroporto será de R\$ 4,828 bilhões, e o tempo de concessão é de 25 anos. A projeção de demanda é de 60 milhões de passageiros/ano em 2038 (fim da concessão). O contrato poderá ser prorrogados por até cinco anos, uma única vez, sob condições específicas previstas em contrato, nos termos do Edital 01/2013, da ANAC.

A pesquisa pretendida seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza qualitativa e parcialmente exploratória.



1. ORDEM ECONÔMICA E PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A prestação estatal de serviços públicos passou a ter maior relevância com advento do estado social e o respectivo declínio do estado liberal, no pós-guerra. Tal fato gerou o crescimento da intervenção do Estado no domínio econômico, gerando atividades de fomento bem como de execução direta de serviços públicos.

Com vistas a permitir tal atuação, a Constituição previu um regime jurídico próprio, cujos princípios encontram-se estatuídos no art. 173, §1º:

Art. 173. (...)

§1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.¹

No entanto, com o passar dos anos, esse modelo de gestão dos serviços públicos, calcado nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas, revelou-se constantemente deficitário, sendo raras as situações em que as receitas das empresas estatais eram suficientes para cobrir os custos com a prestação dos serviços².

Por outro lado, o legislador constituinte adotou o modelo de organização econômica capitalista, no qual a livre iniciativa foi alçada a fundamento da República (art. 1º, IV), bem como o princípio específico da Constituição Econômica (art. 170, caput). A partir dele, garantiu-se que a atividade econômica se desempenharia independentemente de prévia

¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 set. 2015

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 426.



autorização estatal, salvo nos casos previstos em lei (art. 5º, XIII e 170, parágrafo único), todos da CRFB/88³.

Com vistas a viabilizar a mutação do estado contemporâneo, foi inserido no art. 173, caput, da CRFB/88, uma clara política de abstenção, segundo a qual a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Ressurge, assim, o chamado princípio da subsidiariedade, decorrente da preocupação do legislador em aliviar o Estado da tarefa de execução de exploração econômica. Segundo preceitua Alexandre Santos de Aragão⁴:

Inserto no Princípio da Proporcionalidade, mais especificamente em seu elemento necessidade, está o Princípio da Subsidiariedade, que, na seara do Direito Econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas ou auto-reguladas pelos particulares em regime de liberdade. Ou seja, à medida que os valores constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos e, caso seja necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível.

Diante da falência do modelo anterior, e do comando constitucional restritivo, estabeleceu-se uma regra de que o Estado somente poderia exercer diretamente atividade econômica em casos excepcionais. Para que possa desempenhá-la, faz-se necessário que exista previsão constitucional, ou lei que determine haver relevante interesse coletivo ou necessidade relacionada à segurança nacional.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵:

Afinal, passava-se a reconhecer, depois de um longo período hegemônico do Estado-Providência, que a iniciativa privada apresenta maior capacidade de imprimir um alto grau de eficiência e economia às suas atividades, dispensando – e isto é que é mais importante – o Poder Público, de preocupações secundárias, de modo a liberá-lo para concentrar-se em suas atividades primárias e na solução de problemas de maior premência e envergadura, como são hoje os da segurança, da educação e da saúde e, em escala crescente, no desenvolvimento do fomento público, que requerem cuidadoso planejamento.

³ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 set. 2015.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132.

⁵ MOREIRA NETO, op. cit. p. 427.



A intenção é aliviar o Estado da execução de dezenas de serviços públicos que vinham sendo prestados de forma burocrática, onerosa e ineficiente, revigorando a competitividade e a função da empresa privada no Brasil; gerando empregos, desenvolvimento, e sobretudo modernas parcerias entre o Estado e a sociedade civil brasileira.

2. NOVO MARCO REGULATÓRIO ESTATAL DA ATIVIDADE AEROPORTUÁRIA

Com a adoção do modelo neoliberal, em meados dos anos 90, em que o princípio da subsidiariedade ganhou papel de destaque, o Estado Brasileiro se vê forçado a programar uma série de medidas que dignifiquem a participação da iniciativa privada na atividade econômica de prestação de serviços tidos como públicos até então, e a concessão da infraestrutura aeroportuária surge como uma grande demonstração de que o Estado está realmente empenhado em retirar-se do papel de ator principal.⁶

Com efeito, para a correta compreensão desse modelo de participação indireta na economia, faz-se necessário entender o outro papel que o estado deve desempenhar: o de regulador da atividade econômica.

Essa função vem estabelecida no art. 174, da CRFB/88 que dispôs que: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”⁷.

Conforme bem define Sundfeld⁸:

A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos claramente econômicos (o controle de concentrações

⁶ GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo e a nova hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. *Revista de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, número 19, ago/set/out 2009, pag. 09.

⁷ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 25 set. 2015.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In _____. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18.



empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros de justificativas diversas, mas de efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.).

Essa nova atuação administrativa, é dotada de competência dúplice: de legislador e julgador. É uma mudança radical dentro da filosofia clássica de freios e contrapesos, onde tradicionalmente, aquele que edita a norma, não fiscaliza, e vice-versa.

O interesse público passa a ter, como linha norteadora, uma estratégia que dê conta dos diversos desafios da sociedade moderna, sejam eles técnico-científicos ou relativos às demandas sociais, propriamente ditas, abandonando o velho poder de império.⁹

Isso quer dizer que o Estado tem limites na atuação econômica direta, e que a sua principal função dentro da economia de mercado brasileira é o de estabelecer parâmetros para que os particulares exerçam as atividades com objetivo de lucro, ainda que tais sejam atividades que já tenham sido consideradas típicas de Estado, mas de acordo com a evolução dos tempos, venha a ser desempenhada pelos particulares em regime de concessão.

A transferência de tais tarefas à iniciativa privada exige, antes, a republicização dos mecanismos de controle do Estado sobre elas. É nesse sentido que as agências reguladoras ganham tanto destaque, melhor aparelhando um poder público concedente em todo o ciclo jurídico de concessões de serviços públicos.

Com a criação de agências reguladoras, com certo grau de autonomia e independência, dotadas de corpo técnico com comprovada experiência no setor regulado, atingiu-se uma maior respeitabilidade política, interna e externa, que, conseqüentemente ampliou a atração de capital a ser aplicado naquele setor.

Nesse contexto, o papel da Agência nacional de aviação civil passou a ser tido como fundamental enquanto regulador técnico e econômico da prestação de serviços aeroportuários, uma vez que detém capacidade tanto de editar as regras que devem reger o setor, como de

⁹ Ibid.



verificar, ela mesma, se esses parâmetros estão sendo seguidos de forma eficiente, e imparcial.

Mas frise-se, que para tanto, os objetivos devem ser claros: supervisionar os serviços oferecidos aos usuários, de modo a garantir a segurança e a eficiência na aviação civil, bem como atuar economicamente no setor em função de falhas, com a possibilidade de exercício de poder de mercado, regulando e a existência de assimetrias de informação, visando à diminuição de externalidades.

Parafraseando o Professor Sergio Guerra, ao falar da sociedade de riscos, o direito administrativo econômico pós-moderno deve concretizar-se tendo o cidadão consciente como sujeito, e deve desprender-se de qualquer viés político partidário quando no exercício da regulação de atividades de conteúdo econômico, como tem ocorrido na aviação civil.¹⁰

Um belo exemplo dessa atuação vem sendo consubstanciado no processo de concessão do aeroporto do galeão, que, mesmo com atrasos, diga-se de passagem, proporcionados em sua grande maioria pelo não cumprimento por parte da Infraero de obrigações que estavam à seu cargo, desde antes do leilão, vem oferecendo uma significativa redução de atrasos nos voos, controle de passageiros, e aumento da capacidade de tráfego. Ou seja, melhoria efetiva na prestação de serviços, que vem sendo percebida por quem utiliza o complexo.

Cada aeroporto possui um custo, que se refere aos centros administrativos, financeiros, operacionais e de depreciação e remuneração dos bens da União, concedidos ao operador, pelo prazo do contrato, os quais são controlados pela Anac, e são levados em conta pelo Governo na hora de concedê-los à exploração da iniciativa privada, a fim de que deem

¹⁰ Ibid., p. 13.



lucro, não apenas social, do ponto de vista do atendimento da eficiência na prestação, mas também lucro econômico.¹¹

Importante mencionar, que todo esse custo deve compreender também o lucro da concessionária, o qual é suportado por uma receita, que é o grande chamariz para a entrada de capital, tanto nacional quanto estrangeiro.

As receitas para as atividades aeroportuárias, que são as atividades fim da concessão, reguladas pela Anac, provêm das tarifas cobradas pela prestação dos serviços de embarque de passageiros, pouso e permanência de aeronaves, e armazenagem e capacidade de carga aérea, de cada aeroporto.

Já as receitas ditas não reguladas, são aquelas que decorrem de atividades paralelas, alternativas, provenientes da exploração comercial das áreas de lojas, ganhos financeiros, e prestação de demais serviços que não tem necessária afinidade com a atividade fim da concessão, que é a prestação do serviço aeroportuário em si, mas que agregam imenso valor do ponto de vista do usuário, e da lucratividade da concessionária.¹²

No ponto, é muito interessante perceber a mudança de postura possibilitada pelo exercício efetivo das competências da Anac, que vem divulgando um Relatório de Desempenho Operacional dos Aeroportos, aberto ao público desde o final do ano de 2014.

O relatório apresenta os resultados financeiros das atividades aeroportuárias e os índices de eficiência dos aeroportos operados pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero até 2012, bem como os concedidos à iniciativa privada a partir de então, demonstrando a lucratividade de 6% (seis por cento) ao ano com a atividade concedida.

¹¹ *RELATÓRIO financeiro dos aeroportos*. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/anac/relatorioaeroporto.asp>. Acesso em: 15 Set. 2015.

¹² *Ibid.*



Não é demais ressaltar que a publicação desses dados permite o acesso, por parte de órgãos públicos e da sociedade, às informações de custos e receitas dos aeroportos, dados que até então não eram de livre acesso, além de servir como subsídio a pesquisas sobre o tema.¹³

Resta dizer, nos termos utilizados pelo Professor Sérgio Guerra, que os institutos do direito administrativo econômico pós-moderno, tem que absorver as novas tendências globalizantes, onde o Estado se amolda ao direito para concretizar os postulados da dignidade da pessoa humana, tudo com vistas a implementar os direitos subjetivos e as garantias constitucionais, notadamente no que concerne à prestação de um serviço público eficiente e de qualidade.¹⁴

3. A CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE INFRAESTRUTURA DO AEROPORTO DO GALEÃO À INICIATIVA PRIVADA

O Aeroporto do Galeão - Rio Galeão – Aeroporto Internacional Tom Jobim -, foi inaugurado em 20 de janeiro de 1977. A obra, realizada pela Construtora Norberto Odebrecht, foi um marco no Brasil e se consagrou como um dos principais projetos de tecnologia dos anos 70, no país. Até o mês de julho de 2014, o complexo de bens foi administrado pela Infraero - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária -, empresa pública federal, em regime de monopólio, vinculada à Secretaria de Aviação Civil, órgão da Administração Direta do Governo Federal do Brasil.¹⁵

¹³ Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/anac/relatorioaeroporto.asp>. Acesso em: 15 de set. 2015

¹⁴ GUERRA, op. cit. p. 29

¹⁵ Disponível em: <http://www.riogaleao.com/institucional/projeto-riogaleao/>. Acesso em: 15 de set. 2015.



O novo marco regulatório foi anunciado pelo Governo Federal em 21 de dezembro de 2012, como parte do Programa de Investimentos em Logística: Aeroportos, um conjunto de medidas para melhorar a qualidade dos serviços e da infraestrutura aeroportuária do País.¹⁶

A partir desse momento, o aeródromo civil denominado Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão foi incluído no Programa Nacional de Desestatização - PND, conforme Decreto Federal n. 7.896, de 1º de fevereiro de 2013. As condições e os procedimentos de desestatização e concessão foram baseados no Decreto Federal n. 7.624, de 22 de novembro de 2011, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão, bem como nas Resoluções do Conselho Nacional de Desestatização - CND nº 02, de 16 de janeiro de 2013, e CND nº 15, de 02 de outubro de 2013.

De acordo com as regras do Edital 01/2013, da ANAC, o vencedor do leilão deveria constituir, como de fato foi feito, sociedade de propósito específico, na forma de sociedade por ações, para deter o controle da concessionária e celebrar um acordo de acionistas com a Infraero, que até aquele momento, representava a União na exploração do complexo aeroportuário em regime de monopólio, e passou a ser sócia minoritária do empreendimento, com 49% do capital social.

Após o preenchimento dos requisitos específicos constantes das Leis de Licitação (Lei n. 8.666/93), de Contratos Administrativos (Lei n. 8987/95), dos Decretos Presidenciais e do Edital 01/2013 da ANAC, em agosto de 2014 as atividades de operação, manutenção e ampliação foram transferidas para o Consórcio Aeroportos do Futuro, formado pelas empresas Odebrecht TransPort e Changi Airports International, que foi o vencedor do leilão,

¹⁶ Ibid.



com oferta de R\$ 19,018 bilhões, valor 294% maior que o lance mínimo, que era de R\$ 4,828 bilhões, dos quais R\$ 2 bilhões serão empregados até os Jogos Olímpicos de 2016.¹⁷

Nas palavras do Ministro da Secretaria de Aviação Civil Moreira Franco¹⁸:

Esses investimentos visam atender a um crescimento enorme da demanda. Saímos, nos últimos 10 anos, de 30 milhões para 113 milhões. Ano passado, 10 milhões de passageiros estão voando pela primeira vez. O objetivo é garantir a todos os brasileiros utilizar este modal que, no passado foi o trem, foi o navio e hoje é o avião.

Conforme previsão contratual com base nos estudos elaborados pela Anac¹⁹, a concessionária erguerá novas instalações de embarque e desembarque e um novo estacionamento. Além disso, estão sendo construídos novos pátios de aeronaves, ampliando com isso a capacidade do Aeroporto, que poderá receber até 60 milhões de passageiros por ano, atendendo a expectativa da demanda nacional e internacional de ter acesso a uma infraestrutura aeroportuária de qualidade.

Já foram inaugurados 60 (sessenta) novos voos, com 07 (sete) novos destinos internacionais, aumentando significativamente a receita tarifária, e 55 (cinquenta e cinco) novas lojas, que representam milhões em faturamento de receita não regulada.

Até abril de 2016 serão inaugurados um novo píer de aeronaves, com 26 (vinte e seis) novas posições de embarque, um novo estacionamento com capacidade para 2700 (dois mil e setecentos veículos), além da expansão da área comercial do aeroporto para 21.500m² (vinte um mil e quinhentos metros quadrados).²⁰

Uma verdadeira revolução se opera no Galeão, que promete alça-lo, novamente, à categoria de maior aeroporto do país, em termos de voos operados e capacidade de passageiros.

¹⁷ *INFORMAÇÕES sobre as concessões dos Aeroportos de Confins e Galeão*. Disponível em:

http://www2.anac.gov.br/Concessoes/galeao_confins/. Acesso em 25 fev. 2015

¹⁸ Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2014/04/aeroporto-do-galeao-e-concedido-a-iniciativa-privada>. Acesso em: 25 de mar. 2015.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Disponível em: <http://www.riogaleao.com/institucional/projeto-riogaleao/>. Acesso em: 15 de set. 2015



Necessário contextualizar que tais medidas foram tomadas em razão do caos aéreo no Brasil, que chamou à atenção da sociedade em 26 de setembro de 2006, quando um Boeing 737, da Gol Linhas Aéreas, e um jato Embraer Legacy colidiram no ar. De uma maneira geral, tal fato foi atribuído a aumento do ritmo no setor aéreo, sem o proporcional investimento em infraestrutura aeroportuária.

Essa conjuntura deu voz ao sentimento de que o Estado Brasileiro deveria se retirar da exploração do serviço em regime de monopólio, obedecendo ao preceito constitucional da subsidiariedade da atuação econômica do Estado, concedendo-o à iniciativa privada, a fim de que esta fosse capaz de realizar os investimentos necessários para prestar um serviço eficiente.

CONCLUSÃO

Os aeroportos não são coisas em si, em sentido ontológico, mas sim infraestruturas – complexos de bens móveis e imóveis –, cuja exploração, no Brasil, compete à União Federal (art. 21, XII, c), da CRFB/88), cuja construção e operação são reguladas e fiscalizadas pela Agência nacional de aviação civil – ANAC, à qual cabe conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte, nos termos dos art. 2º e 3º, da Lei n. 11.182/2005.

Segundo o art. 38 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986), os aeroportos constituem universalidades de direito, equiparadas a bens públicos federais. Assim, os bens da União constituem os ativos relacionados à infraestrutura aeroportuária de propriedade da União, como, por exemplo, os terminais de embarque, e as pistas de pouso.



A desestatização de serviços públicos, através de formas indiretas de execução, não importa na sua despublicização, mas, sim, na devolução da execução dessas tarefas à iniciativa privada, que é o seu lugar.

Foi com esse objetivo que, para superar os antigos e ineficazes controles burocráticos existentes até então sobre os serviços públicos, nos quais os argumentos políticos partidários sempre prevaleciam sobre os argumentos técnicos, que se deu a introdução das agências reguladoras autônomas no direito administrativo econômico brasileiro.

A tarefa de melhor aparelhar o Estado no controle do ciclo jurídico dos serviços públicos concedidos, vem sendo desempenhada, ao menos no setor aeroportuário, com grande êxito, desde as tarefas de estabelecimento de regras para as licitações, efetivando as contratações, e fiscalizando o cumprimento das metas a que os concessionários se obrigaram.

A concessão do aeroporto do Galeão à iniciativa privada vem, ao menos até aqui, se mostrando como a melhor opção dentre as inúmeras apontadas para solucionar tanto a falta de capacidade gerencial, como a necessidade de investimentos capazes de proporcionar ao usuário a melhoria das condições do serviço, e tem sido aplaudida tanto por particulares ligados ao setor, como pela população em geral que utiliza os serviços ali prestados diariamente.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 set. 2015

GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo e a nova hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. *Revista de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, número 19, Agosto/setembro/outubro 2009.



INFORMAÇÕES sobre as concessões dos Aeroportos de Confins e Galeão. Disponível em: http://www2.anac.gov.br/Concessoes/galeao_confins/. Acesso em: 25 fev. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RELATÓRIO financeiro dos aeroportos. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/anac/relatorioaeroporto.asp>. Acesso em: 15 Set. 2015

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In _____. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.



CRIME DE DESCAMINHO E OS LIMITES PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Gabriel Nogueira Cammarota

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando no Curso de Pós Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O exame da tipicidade material do crime de descaminho gera divergência entre os Tribunais Superiores. Enquanto o Superior Tribunal de Justiça continua utilizando a quantia de dez mil reais para estabelecer o limite para a aplicação do princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal passou a utilizar a monta de vinte mil reais, após a edição da Portaria do Ministério da Fazenda n. 75, de 22 de março de 2012. Essa divergência é prejudicial ao sistema jurídico, pois gera inadmissível insegurança jurídica, atingindo a máquina estatal, os sujeitos do processo, em especial, o acusado. O direito penal contemporâneo é entendido como a *ultima ratio*. Nesse ínterim, a posição do Supremo Tribunal Federal é a que mais se adequa a tal conceito. Esse Tribunal deve pacificar a questão o quanto antes, por meio dos diversos instrumentos que possui à sua disposição, dentre os quais a edição de súmula vinculante, a qual se mostra a mais adequada para tanto.

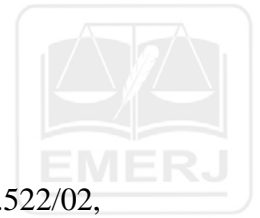
Palavras-chave: Direito penal. Descaminho. Princípio da bagatela. Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda.

Sumário: Introdução. A divergência entre os entendimentos dos tribunais superiores e a intolerável insegurança jurídica dela decorrente. 2. Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda: ato administrativo condicionante do exercício da pretensão punitiva estatal. 3. O entendimento do Supremo Tribunal Federal diante do moderno direito penal e a necessidade de pacificação da controvérsia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os parâmetros firmados pela legislação e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores para a aplicação do princípio da bagatela – ou da insignificância – no âmbito do crime de descaminho, tipificado no art. 334 do Código Penal.

Pretende-se demonstrar que, atualmente, deve ser adotado, como já vem fazendo o Supremo Tribunal Federal, o parâmetro quantitativo trazido pela Portaria n. 75/2012 do



Ministério da Fazenda, que veio a majorar o histórico limite constante da Lei n. 10.522/02, qual seja, dez mil reais. O tema, entretanto, não é pacífico na jurisprudência, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada em outro sentido.

O tema envolve questão afeta ao direito penal, que apresenta potencialidade de atingir um dos direitos mais caros: a liberdade individual. Por isso, diante da divergência quanto aos entendimentos dos Tribunais Superiores, é imperativa a pacificação do tema, a fim de extirpar a insegurança jurídica que dela decorre.

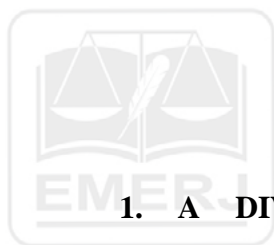
Será abordada a questão histórica da aplicação do princípio da bagatela ao crime de descaminho, bem como a evolução da doutrina penal acerca do crescente movimento de descriminalização.

No primeiro capítulo será exposta a divergência de entendimentos entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, abordando até que ponto a insegurança jurídica decorrente desse desentendimento influi no sistema judiciário, considerando-se o acusado e à máquina estatal.

Segue-se, no segundo capítulo, com a discussão acerca da possibilidade de se considerar um ato administrativo como parâmetro determinante para a análise de um instituto de direito material penal a fim de afastar a tipicidade do fato típico.

No último capítulo, então, será demonstrado que a tese do Supremo Tribunal Federal é a que melhor se adequa ao moderno direito penal. Abordar-se-á, também, a necessidade daquele Tribunal pacificar a questão para solucionar o problema da insegurança jurídica, havendo, para tanto, diversos mecanismos jurídicos.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, trazendo-se julgados dos Tribunais Superiores e doutrina reconhecida nacional, parcialmente exploratória, pretendendo-se demonstrar o motivo da tese do STF ser a mais adequada, bem como a necessidade de pacificação da controvérsia, e qualitativa.



1. A DIVERGÊNCIA ENTRE OS ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A INTOLERÁVEL INSEGURANÇA JURÍDICA DELA DECORRENTE.

Segundo o artigo 334, caput, do Código Penal, com a redação dada pela recente Lei n. 13.008/14¹, a conduta de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria tipifica o crime de descaminho. A referida lei, diga-se, veio em boa hora, uma vez que distingue, em tipos diversos, as condutas previstas pelos crimes de descaminho e de contrabando, até então tidas pelo Código Penal como sinônimas.

Não obstante, não é qualquer conduta de iludir pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria que merece tutela penal. Dentro do estudo do conceito analítico de crime, destaca-se a teoria tripartide, que, hoje, é majoritária², segundo a qual crime é todo fato típico, ilícito e culpável. Como cediço, o fato típico, a partir do finalismo desenvolvido por Hans Welzel, é composto de quatro elementos, quais sejam: conduta, resultado naturalístico, relação de causalidade e tipicidade³. Essa, por sua vez, deve ser analisada sob os prismas formal e material.

Nesse ínterim, somente merecerá proteção penal a conduta que que, a despeito de se enquadrar formalmente no modelo descrito no artigo 334 do Código Penal⁴, tipicidade formal, também for capaz de lesionar o bem jurídico tutelado pela prática da conduta legalmente descrita, tipicidade material.

O fundamento utilizado pela jurisprudência para constatar a tipicidade material da conduta é aquele objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em

¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

² Por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte especial: dos crimes contra a administração* [ebook]. v. 5. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

³ MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: parte geral* [ebook]. v. 1. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

⁴ BRASIL. Código Penal. op. cit.



matéria de execução fiscal, qual seja, o valor do tributo devido⁵. Portanto, se o valor do tributo devido não superar esse marco, tal conduta será tida como irrelevante para o Direito, porque desprovida de tipicidade material.

O art. 20 da Lei n. 10.522/02, com a redação dada pela Lei n. 11.033/04⁶, determina o arquivamento das execuções fiscais, sem cancelamento da distribuição, quando os débitos inscritos como dívida ativa da União não excederem o montante de dez mil reais.

Tal montante foi utilizado tanto pela Primeira Turma⁷, quanto pela Segunda Turma⁸ do Supremo Tribunal Federal como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho. O Superior Tribunal de Justiça⁹, em julgamento de recurso representativo de controvérsia, acompanhou o entendimento sufragado pelo Pretório Excelso, pacificando, assim, a questão em um primeiro momento.

Não obstante, a divergência entre os Tribunais Superiores se instaurou com a edição da Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda¹⁰, que alterou esse parâmetro para vinte mil reais. O Supremo Tribunal Federal, então, passou a entender que esse é o novo limite para a aplicação do princípio da bagatela¹¹. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, continuou

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120096/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>>. Acesso em: 21 jul. 2015. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96852/PR. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620469>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

⁶ BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96309/RS. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589365>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96976/PR. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591355>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1112748/TO. Relator Felix Fischer. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6217630&num_registro=200900566326&data=20091013&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 07 abr. 2015.

¹⁰ BRASIL. Portaria n. 75 de 22 de março de 2012. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/institucional/legislacao/2012/portaria75>>

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 118000/PR. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4530826>>. Acesso em: 07 abr. 2015.



aplicando o valor anterior, rechaçando, por diversas vezes, a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal¹².

Como facilmente se percebe, essa divergência de entendimentos entre os Tribunais Superiores gera uma enorme insegurança jurídica, dela decorrendo efeitos gravosos sob diversas óticas. Com efeito, a segurança jurídica é reflexo da necessidade que o ser humano possui de conduzir e planejar as suas relações jurídicas, sendo, inclusive, concebida por parte da doutrina como um sobreprincípio do ordenamento¹³. Ela é elemento componente do Estado de Direito, que inspira o cidadão a praticar atos jurídicos de natureza pública ou privada embasado na confiança que deposita no ordenamento, a qual decorre da previsibilidade dos efeitos jurídicos da regulação da sua conduta¹⁴.

Nesse ínterim, a necessidade de convergência de entendimentos dos Tribunais Superiores mostra-se fundamental para combater a insegurança jurídica, fortalecendo, dessa forma, o Estado de Direito. Na esfera criminal, cabe salientar, pela importância dos bens jurídicos que nela se busca tutelar, a uniformização jurisprudencial mostra-se ainda mais imprescindível.

Como mencionado, a insegurança jurídica produz efeitos negativos que podem ser visualizados em diferentes âmbitos. Em primeiro lugar, ela atinge prioristicamente o cidadão, porque tem o potencial de violentar indevidamente seu direito de liberdade (art. 5º, caput, CRFB/88), submetendo-o a um processo criminal fadado ao insucesso e, conseqüentemente, a todas as mazelas dele decorrentes.

¹² Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1393317/PR. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41463126&num_registro=201302576451&data=20141202&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 07 abr. 2015.

¹³ Nesse sentido: DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc>. Acesso em 07 abr. 2015.

¹⁴ Ibidem.

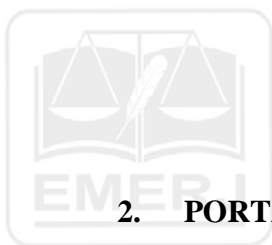


Com efeito, verifica-se facilmente tal situação na hipótese em que se instaura um processo criminal imputando a alguém o crime de descaminho e o débito tributário não ultrapassa vinte mil reais. Ora, tendo em visto que esse é o novel parâmetro utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para a aplicação da bagatela ao delito em comento, e que, no mais das vezes, a discussão chega até ele, seja pela via recursal extraordinária, seja pela via do *Habeas Corpus*, funcionando o Pretório Excelso, portanto, como última instância, é forçoso concluir que à ação faltarão interesse, na vertente interesse-utilidade, uma vez que o insucesso na demanda é previsível.

Ademais, essa insegurança jurídica acarreta consequências gravosas também para a Estado. Na linha do que foi exposto no parágrafo anterior, constata-se que a máquina estatal movimentada muitos recursos a um processo que, de antemão, já se sabe estar fadado ao fracasso.

Nessa linha, pense-se que magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, e auxiliares do juízo poderiam estar trabalhando em processos úteis. Isso, a toda evidência, diminuiria a morosidade do Poder Judiciário, e viria ao encontro da eficiência, princípio regente da Administração Pública consoante o artigo 37 da Constituição da República. Não fosse o bastante, há também as despesas com a manutenção do serviço judiciário, nas quais se incluem, por exemplo, os gastos com eletricidade e água.

Enfim, a divergência de entendimentos entre Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal não é saudável para um Estado de Direito. Como visto, a instabilidade que disso decorre, além de impactar negativamente no Estado, é prejudicial sobremaneira ao acusado em processo criminal, podendo violar indevidamente um de seus direitos mais caros, qual seja, o direito à liberdade. Urge, portanto, unificar o entendimento pretoriano a fim de garantir esse sobreprincípio de importância indubitável, que é a segurança jurídica, garantindo-se, dessa forma, tal princípio implicitamente adotado na Carta Magna de 1988.



2. PORTARIA N. 75/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA: ATO ADMINISTRATIVO CONDICIONANTE DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

A Portaria n. 75 / 2012¹⁵, editada pelo Ministro de Estado da Fazenda, determina o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a vinte mil reais (artigo 1º, inc. II). Ademais, o Procurador da Fazenda Nacional deverá requerer o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a vinte mil reais, desde que não ocorrida a citação pessoal do executado e não conste dos autos garantia útil à satisfação do crédito (artigo 2º).

Esses são os dispositivos em que se baseiam os Ministros do Supremo Tribunal Federal para entender que o limite da aplicação do princípio da bagatela foi majorado para vinte mil reais. Entretanto, uma dúvida pode surgir: é possível que um ato administrativo seja condicionante da pretensão punitiva estatal? A questão é pertinente, uma vez que o novo parâmetro utilizado tem previsão em um ato administrativo e que, diferentemente, o antigo patamar, sobre o qual não divergiam os Tribunais Superiores, fora estabelecido em uma lei em sentido estrito.

A mesma indagação foi feita pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do Habeas Corpus n. 120.096 / PR¹⁶ submetido a julgamento perante a Corte Máxima. Embora vencido, sustentou o magistrado que o fato de a União suspender, por meio do aludido ato administrativo, a cobrança imediata do executivo fiscal, não obstaculizaria a persecução criminal, uma vez que a prática criminosa estaria configurada. Não obstante, restou vencedora

¹⁵ BRASIL. Portaria n. 75 de 22 de março de 2012. op. cit.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120096/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>>. Acesso em: 21 jul. 2015.



a tese do Ministro Relator, que consagrava o princípio da insignificância, alinhando-se à posição adotada pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal.

A resposta para essa indagação passa, em um primeiro plano, pela compreensão acerca da independência das instâncias administrativa e judicial¹⁷. Nesse ínterim, é lugar comum em doutrina¹⁸ a afirmação de que as instâncias administrativa e judicial são independentes. Isso ocorre em função da separação dos Poderes, teoria que ganhou assento na Constituição da República vigente (artigo 2º).

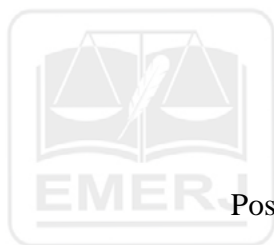
Não obstante, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência no sentido de que essa independência é relativa¹⁹. Daí infere-se que as decisões administrativas podem, sim, influenciar a esfera judicial, e vice-versa. Nesse sentido, é bom salientar que esse Tribunal editou a Súmula Vinculante n. 24, segundo a qual “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Como se observa do enunciado acima referido, ao Estado não é permitida a *persecutio criminis* contra aquele que praticou a conduta prevista na lei penal antes da constituição definitiva do crédito tributário, a qual se perfaz após rejeitada ou não apresentada impugnação contra o lançamento, o qual, este, como cediço, tem a natureza jurídica de ato administrativo (artigo 142 do CTN). Portanto, é possível, no ordenamento jurídico pátrio, condicionar a instância judicial à prévia atividade administrativa, não obstante a conduta praticada pelo agente tenha enquadramento típico em lei *stricto sensu*.

¹⁷ Nesse sentido: MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O descaminho, a insignificância e as posições divergentes do STF e do STJ*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/34159/o-descaminho-a-insignificancia-e-as-posicoes-divergentes-do-stf-e-do-stj>. Acesso em: 07 abr. 2015.

¹⁸ Por todos: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. [ebook]. 24 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 691306 RG/MS. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2709841>. Acesso em: 07 abr. 2015.



Posto isso, é forçoso concluir que a Portaria Ministerial é, em tese, ato administrativo dotado de aptidão para produzir efeitos no âmbito judicial, impedindo o exercício da atividade persecutória contra o contribuinte, até que sobrevenha a constituição definitiva do crédito tributário.

Não fosse o bastante, há um outro argumento – esse, sim, frequentemente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal – para defender a eficácia da Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda na esfera penal: o princípio da insignificância. Calcado em valores de política criminal, esse princípio funciona como causa de exclusão da tipicidade, desempenhando uma interpretação restritiva do tipo penal²⁰.

Hodiernamente, a posição da doutrina majoritária, que encontra respaldo no Supremo Tribunal Federal²¹, é no sentido de que a tipicidade penal não pode ser percebida como a simples adequação do fato concreto à norma abstrata. A configuração da tipicidade exige, além da correspondência formal, a análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado²².

Portanto, “a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido”²³. É nessa perspectiva que entra em cena o princípio da insignificância.

Por se tratar de tema dotado de alta carga de subjetividade, a jurisprudência tratou de consagrar certos parâmetros, a fim de, em certa medida, objetivar essa análise. Assim, no

²⁰ Nesse sentido: MASSON, op. cit.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 107638/PE. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1480979>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

²² Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 109739/SP. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral [ebook]. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



histórico Habeas Corpus n. 84.412/SP, da relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 19 de outubro de 2004, firmou o Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça o acompanhou, o entendimento no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância demanda a existência dos seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Apesar dessas condicionantes, não há, ainda, um enunciado claro a respeito do que se considera suficiente para afastar a aplicação da norma penal, o que acaba gerando, inevitavelmente, julgamentos diferentes para hipóteses semelhantes. Essa inconsistência, entretanto, não é observada nos casos que tratam do delito de descaminho. Isso porque, como visto, o fundamento que conduz a análise da tipicidade da conduta é aquele objetivamente assentado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal: o valor do tributo devido²⁴.

Nesse íterim, é fundamental ressaltar que o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 334 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.008/14²⁵ – tipo legal do crime de descaminho –, é o interesse patrimonial do Estado, em face do prejuízo na arrecadação dos tributos devidos²⁶.

À vista disso, chega-se ao seguinte quadro: o legislador ordinário criminalizou a conduta de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, tutelando, assim, o interesse patrimonial do Estado ao buscar reduzir o prejuízo na arrecadação dos tributos. Ocorre que o titular desse

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120096/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

²⁵ BRASIL. Lei n. 13.008, de 26 de junho 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm#art1>

²⁶ MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado*: parte especial [ebook]. v. 3. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.



bem jurídico, qual seja, o Estado, demonstra que não tem interesse nos créditos fiscais cujo valor consolidado seja inferior a um determinado montante.

Esse montante fora, inicialmente, como já exposto, estabelecido em dez mil reais, consoante o artigo 20 da Lei n. 10.522/02²⁷ e, posteriormente, majorado para vinte mil reais, por força da Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda. Portanto, é forçoso concluir que, se o Estado, titular do bem jurídico tutelado pela norma penal, escolheu não perseguir o seu crédito fiscal até esse limite, não cabe ao mesmo Estado perseguir o contribuinte na esfera criminal, sob pena de violar o sobreprincípio da proporcionalidade²⁸.

3. O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DO MODERNO DIREITO PENAL E A NECESSIDADE DE PACIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA.

A aplicação do princípio da insignificância na seara penal é algo relativamente recente. Advém do velho adágio latino *minima non curat praetor*, cunhado originariamente para as relações cíveis, e apenas no século passado – meados da década de sessenta – passou a ser imaginado também na esfera criminal, por Claus Roxin²⁹.

Isso somente passou a ser possível dada a atual fase de evolução do Direito penal. Com efeito, um dos atributos mais caros do Direito penal moderno é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior relevância para o indivíduo e a sociedade³⁰.

A “fragmentariedade significa que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal que, por sua vez, constitui somente parcela

²⁷ BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. op. cit.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120617/PR. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

²⁹ Nesse sentido: MASSON, op. cit.

³⁰ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*: parte especial: dos crimes contra a administração [ebook]. v. 5. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.



do ordenamento jurídico”³¹. Trata-se de corolário do que a doutrina convencionou chamar de princípio da intervenção mínima.

Tal princípio norteia e limita o poder incriminador do Estado, prescrevendo que apenas será legítima a criminalização de uma conduta se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes³². Em suma, tendo em vista o seu caráter subsidiário, funcionando como último instrumento de punição, o direito penal não se deve ocupar de bagatelas”³³.

É mister também ressaltar que o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, também tem por consectário o princípio da ofensividade, ou lesividade, segundo o qual, no plano jurisdicional, o juiz tem o dever de excluir o crime quando o fato concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma, malgrado se apresente em conformidade com o tipo penal³⁴.

Posto isso, chega-se à seguinte conclusão: na medida que o Estado escolhe não perseguir judicialmente o seu crédito fiscal até determinada monta, ele indica que esse valor é bagatela, desimportante, desprovido de ofensividade suficiente para lesar o bem jurídico tutelado pela norma penal, que, no caso, é o interesse patrimonial do Estado na arrecadação do tributo devido, como já visto.

Portanto, não se justifica a intervenção do Direito penal para punir o contribuinte que pratica a conduta de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito penal* [ebook]. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³² Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte especial: dos crimes contra a administração* [ebook]. v. 5. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

³³ Nesse sentido: NUCCI, op. cit.

³⁴ Nesse sentido: PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Tradução Gérson Pereira dos Santos. In: MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: parte geral* [ebook]. v. 1. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.



pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria (artigo 334 do Código Penal)³⁵, até o limite tido como insignificante para o Estado.

Nesse íterim, o Estado, por meio do Ministério da Fazenda, em 2012, ao editar a Portaria n. 75, determinando o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos cujo valor consolidado seja igual ou inferior a vinte mil reais, indicou que esse valor é tido, agora, como insignificante, isso é, insuficientemente para lesar o seu interesse patrimonial na arrecadação dos tributos. Não fosse essa a intenção, a aludida portaria não teria sido editada, uma vez que já havia, no ordenamento jurídico, previsão semelhante, embora em patamar menor, qual seja, dez mil reais (artigo 20 da Lei n. 10.522/02)³⁶.

É de se ressaltar que pouco importa a forma com que esse ato ingressou no mundo jurídico, se via lei *stricto sensu* ou se portaria, uma vez que, quer numa, quer noutra, o que importa para fins de enquadramento da conduta na análise do fato típico é que o Estado está manifestando que a conduta é inexpressiva na lesão ao bem jurídico tutelado, o que afasta, por conseguinte, a tipicidade material da conduta.

Assim sendo, não resta mais espaço para dúvidas quanto o entendimento do Supremo Tribunal Federal ser o mais concordante com o moderno direito penal. Nessa toada, a uniformização da jurisprudência é medida necessária para extirpar a insegurança jurídica que paira sobre a matéria.

Para tanto, existem diversos mecanismos que podem fulminar a controvérsia. No âmbito do Poder Judiciário, entretanto, o instrumento judicial mais eficaz é, a toda evidência, a edição de súmula vinculante, na forma dos artigos 2º da Lei n. 11.417/06 e 103-A da Constituição da República.

³⁵ BRASIL. Código Penal. op. cit.

³⁶ BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. op. cit.



Introduzida no ordenamento jurídico em 2004, por meio da Emenda Constitucional n. 45³⁷ e, posteriormente, regulamentada pela Lei n. 11.417/06³⁸, esse poderoso instrumento de pacificação de controvérsias permite que o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, edite enunciado que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Passados três anos da edição da portaria, já foi formada jurisprudência no Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a eficácia do aludido ato administrativo perante a esfera criminal, com a aplicação do princípio da insignificância aos casos em que o débito tributário consolidado não ultrapassa vinte mil reais. Repise-se que, em sentido contrário, isso é, reconhecendo o patamar de dez mil reais, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Uma vez que já há reiteradas decisões sobre a matéria³⁹, que é divergente nos Tribunais Superiores e tem natureza evidentemente constitucional, e há quase unanimidade de entendimentos no Supremo Tribunal Federal (a divergência fica a cargo do Ministro Marco Aurelio⁴⁰), não há óbices a que esse Sodalício, no exercício do poder normativo que a lei lhe confere, edite, pelo quórum de 2/3 dos seus membros, enunciado de súmula com força vinculante, a fim de impedir que a questão continue sendo decidida, em outras esferas, de forma diferente.

³⁷ BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>

³⁸ BRASIL. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>

³⁹ Nesse sentido: 1) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126746 AgR/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8367531>>. Acesso em: 21 jul. 2015; 2) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126191/PR. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8164504>>. Acesso em: 21 jul. 2015; 3) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 123861/PR. Relatora Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7045101>>. Acesso em: 21 jul. 2015;

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120096/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>>. Acesso em: 21 jul. 2015.



CONCLUSÃO.

Conforme demonstrado, de acordo com a moderna ideia de direito penal residual, deve ser adotado, como já vem fazendo o Supremo Tribunal Federal, o parâmetro quantitativo trazido pela Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda, que veio a majorar o histórico limite constante da Lei n. 10.522/02, de dez mil reais para vinte mil reais.

É de se ressaltar que não importa ter esse parâmetro sido estabelecido em portaria, a qual tem a natureza de ato administrativo infralegal. No exame da tipicidade da conduta, verifica-se que o Fisco não executa créditos até esse valor de vinte mil reais, o que traz consequências relevantes para a seara penal. Por ser a última medida, ela não pode ser acionada quando na seara administrativa não se tem uma lesão juridicamente relevante ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Como visto, a instabilidade dessa divergência entre os Tribunais Superiores, além de movimentar desnecessariamente a máquina estatal, é sobremaneira prejudicial ao acusado em processo criminal, e potencialmente violadora de um de seus direitos mais caros, qual seja, o direito à liberdade. Urge, portanto, unificar o entendimento pretoriano a fim de garantir a segurança jurídica, princípio de importância indubitável no ordenamento jurídico.

Para tanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal dispor dos diversos instrumentos jurídicos que o ordenamento oferece. Dentre esses, a edição de súmula vinculante mostra-se o meio mais adequado para tanto, uma vez que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante, garantindo a previsibilidade que se espera do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte especial: dos crimes contra a administração* [ebook]. v. 5. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>

_____. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

_____. Lei n. 13.008, de 26 de junho 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm#art1>

_____. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>

_____. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>

_____. Portaria n. 75 de 22 de março de 2012. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/institucional/legislacao/2012/portaria75>>

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120096/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96852/PR. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620469>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96309/RS. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589365>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96976/PR. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591355>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1112748/TO. Relator Felix Fischer. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6217630&num_registro=200900566326&data=20091013&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 118000/PR. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <



<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4530826>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1393317/PR. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41463126&num_registro=201302576451&data=20141202&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 691306 RG/MS. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2709841>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 107638/PE. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1480979>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 109739/SP. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120617/PR. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126746 AgR/PR. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8367531>>. Acesso em: 21 jul. 2015;

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126191/PR. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8164504>>. Acesso em: 21 jul. 2015;

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 123861/PR. Relatora Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7045101>>. Acesso em: 21 jul. 2015;

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral* [ebook]. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. [ebook]. 24 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.



DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc>> Acesso em 07 abr. 2015.

MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: parte geral* [ebook]. v. 1. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: parte especial* [ebook]. v. 3. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O descaminho, a insignificância e as posições divergentes do STF e do STJ*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/34159/o-descaminho-a-insignificancia-e-as-posicoes-divergentes-do-stf-e-do-stj>. Acesso em: 07 abr. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito penal* [ebook]. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Tradução Gérson Pereira dos Santos. In: MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: parte geral* [ebook]. v. 1. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.



CONSENTIMENTO INFORMADO COMO MEIO DE PROVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Gerson dos Santos

Graduado pela Faculdade de Direito de
Valença. Advogado.

Resumo: A presente pesquisa científica aborda sobre a relação do consentimento informado como meio de prova e a responsabilidade civil médica; explanando, *a priori* que em épocas passadas, a relação médico/paciente era decorrente de um vínculo embasado na confiança que se instaurava de modo tradicional, neste sentido, a figura do médico era vista como algo mítico, uma espécie de ‘deus’. Entretanto, com a evolução da sociedade e as inovações técnicas e científicas, às relações humanas mudaram. Neste caso, a relação médico/paciente é totalmente embasada em instrumentos legais e mecanismos de controle de defesa e eficácia. Neste sentido, a essência do trabalho é abordar a despeito do consentimento informado, sua origem na história humana, bem como sua evolução. E mostrar que o mesmo instrumento pode ser usado como meio de prova numa lide jurídica. Todavia, há que se discutir, de forma sucinta sobre alguns pontos pertinentes sobre a responsabilidade civil do médico no bojo destes instrumentos legais e os direitos do paciente.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil Médica. Consentimento Informado.

Sumário. Introdução. 1. Síntese Histórica do Consentimento Informado Livre e Esclarecido e sua Estrutura na Esfera Jurídica. 2. Do Consentimento Informado e o Dever de Informar. 3. Do Consentimento Informado como Meio de Prova. 4. Da Responsabilidade Civil do Médico. Conclusão. Referências.

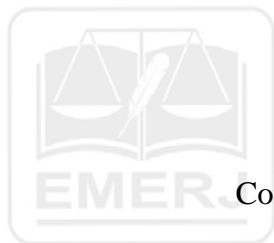
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda sobre a relação do consentimento informado como meio de prova e a responsabilidade civil médica; explanando, *a priori* que em épocas passadas, a relação médico/paciente era decorrente de um vínculo embasado na confiança que se instaurava de modo tradicional e, quase sempre, automaticamente; o médico era visto como uma figura mítica, um “Deus” ou o seu representante na terra. Era uma interação, mágica, fantasiosa, sacerdotal, e qualquer resultado ruim ou contrário. Forçosamente era cominado a desígnios divinos. Não existiam discussões sobre as determinações médicas ou questionamentos passíveis à sua conduta. O médico sempre tinha razão e sempre tinha um



respaldo, em sua própria teia de conhecimentos superiores de que se sabia o que estava realizando quanto ao procedimento determinado. Assim, em virtude da mentalidade cultural, defendia-se a crença de que quanto menos o paciente e, familiares soubessem sobre as circunstâncias que circundavam sua saúde, as chances de recuperação seriam acrescidas. Em casos onde a morte apresentava-se como iminente ou inevitável, nada era comunicado, na devida temeridade do paciente entrar num estado de depressão ou desespero diante da notícia.

A matéria que versa sobre a Bioética ganhou força nos tribunais brasileiros, na década de 1990. Contudo, neste período tem desempenhado papel decisivo no incremento, bem como no desenvolvimento de pesquisas com seres humanos e nas demandas éticas relacionadas à assistência em saúde. Do mesmo modo, ainda que lenta, a utilização do Consentimento Informado Livre e Esclarecido tem sido discussão entre os magistrados e interpretado na legislação brasileira pertinente; a exemplo do disposto na Lei n. 9.263/96 que trata do planejamento familiar. A Resolução n. 1.358/92, revogada pela Resolução n. 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, estabelece normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Destarte, o artigo 34 do Código de Ética Médica veda ao médico a omissão do diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento. Exceto, em casos quando a comunicação direta ao enfermo puder provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, ser realizada ao responsável legal. Entretanto, sob a luz deste mesmo prisma, deve-se vislumbrar a inexorável evolução tecnológica atrelada à globalização dos sistemas, métodos, procedimentos e informações que fomentou a criação de métodos propedêuticos de alta complexidade e grande resolubilidade, tornaram a medicina extremamente onerosa e apartou o médico do paciente, dando prioridade à tecnologia em detrimento do relacionamento humano, da disponibilidade, da presença, do carinho, da afetividade e da compreensão.



Como objetivo deste, cujo tema refere-se ao Consentimento Informado Livre e Esclarecido como meio de prova e a responsabilidade civil do médico, especialmente, a relação médico/paciente, a relação das instituições médicas com os pacientes e a relação das instituições médicas com os médicos, busca-se compreender, se, se com o advento do consentimento informado, ocorreu aprimoramento na prestação do atendimento e, como e quanto, influenciam nessa relação, as instituições e organizações médicas.

O tema supracitado refere-se ao Direito do Consumidor e sua relação com a Responsabilidade Civil Médica. Com relação ao Tema Delimitado, tem-se ‘O Direito à Informação esclarecida do paciente, o Consentimento Informado como Meio de Prova’.

Para tal, o primeiro capítulo refere-se a uma síntese histórica sobre a origem e evolução do consentimento informado, bem como sua estrutura na esfera jurídica. Na sequência, aborda-se sobre o consentimento informado e o dever de informar. O terceiro capítulo faz uma breve explanação a despeito do consentimento informado como meio de prova. O quarto capítulo, trata da responsabilidade civil do médico; finalizando com as breves considerações finais sobre o tema.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, recolhida através de renomados juristas que versam sobre a pauta. Dentre eles, pode-se exemplificar: Neto, Baú, Dantas, Kfourri, Malufe, Santos, entre outros.

1. SÍNTESE HISTÓRICA DO CONSENTIMENTO INFORMADO LIVRE E ESCLARECIDO E SUA ESTRUTURA NA ESFERA JURÍDICA

Entende-se que, no cotidiano humano é consensual a relação existente entre esse e a luta pelo conhecimento médico, a fim de sanar as doenças existentes em todas às épocas e ocasiões, por vezes, desconhecidas do contexto vivenciado: epidêmica; avassaladora e aterrorizante, como foi o caso das pestes que acometeram a Europa na Idade Média. Há bem



pouco tempo, muitos óbitos decorriam do desconhecimento; de doenças essas que, na contemporaneidade, são de fácil terapêutica, como é o caso da pneumonia e da tuberculose. Dantas e Coltri¹ esclarecem que: “A expectativa média de vida era consideravelmente mais baixa, uma vez que os meios disponíveis para o combate às doenças eram precários e, por vezes, empíricos.”. Eduardo Dantas e Coltri² ainda pontuam que:

A arte da medicina, nos primórdios da civilização, era essencialmente artesanal. A cura praticada era vista como um dom divino, até porque pouco se conhecia da anatomia e da fisiologia humanas. Os métodos e rituais de cura não sofriam questionamentos, e os médicos eram reverenciados tal qual, verdadeiros sacerdotes. Em contrapartida, o insucesso também lhes era cobrado na mesma proporção, pelo que a história da responsabilidade civil por vezes se confunde com o próprio desenvolvimento da reparação do dano médico.

A valoração médica do dano corporal concentra-se nos anais históricos a partir do século XVI, na iminente exigência das codificações legais explícitas com a deferência pericial médica nos procedimentos jurídicos, o que se enleia com história da medicina legal. Entretanto, antes da própria concepção da medicina, existia a precípua necessidade da realização de uma apropriada ponderação do dano sofrido por um indivíduo, “[...] com o fito de estabelecer a responsabilidade do culpado, e determinar qual o castigo que deveria sofrer, ou o valor de pagamento a que estaria obrigado a satisfazer.”³. De forma incompleta, a *Ley de Ur Nammu*, foi o marco da documentação histórica, datada de 2050 a.C., atribuído aos Sumérios, o qual é comumente retratado por as “Tábuas de *Nippur*”. Em 1750 a.C., surge o *Código de Hamurabi*, oportunidade em que se remontou a história da reparação do dano oriundo do erro médico. O código em comento remete à cópia das Tábuas de *Nippur*, cursando todos os aspectos da vida civil, esboçando em seus artigos 196 a 201 da pauta concernente ao dano físico, que ocorreria segundo a Lei de Talião ou por subterfúgios de

¹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos; COLTRI, Marcos Vinícius. *Comentários ao Código de Ética Médica*. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 01.

² Ibid, p. 02.

³ Ibid, p. 02.



reparação que penderiam da condição social da vítima. Nas postulações de Malufe⁴, “O primeiro documento histórico que faz referência ao erro médico é o Código de Hamurabi, que trazia também algumas normas sobre a profissão médica na época”. O Código estabelecia que nas operações difíceis de serem realizadas, haveria uma compensação pelo trabalho. Era exigida muita atenção e perícia por parte dos médicos, pois, havendo o erro, as penas impostas eram severas. Segundo explana Dantas⁵, três eram as situações indenizatórias mais comuns: o homem livre, segundo a Lei de Talião; o campesino e o escravo, mediante preço proporcional ao seu custo. Para outros povos temos a Lei Mosaica, dos Hebreus; as *Tábuas de Bognazkeni*; a Judéia obedecia à codificação *Michna*; e muitos outros. Cada cultura da antiguidade tinha um sistema de leis que os regiam neste instituto. No Brasil, iniciou-se com as Ordenações do Reino. Elas conservavam forte a influência do Direito Romano, que era expressamente aludido como fonte subsidiária de direito positivo.

O *Código de Nuremberg*⁶ foi o que primeiro tratou das pesquisas com seres humanos. Sendo, o primeiro código internacional de ética distinto fomentado em detrimento dos altos índices de crueldades cometidas pela área médica dos pesquisadores nazistas. A *Declaração dos Direitos do Homem*⁷ reconhece a dignidade inerente ao homem, bem como direitos iguais e alienáveis, constituído pelo direito da liberdade e da justiça, em 1948. Na sequência, a *Declaração de Helsink* determinava que, o médico deve obter o livre consentimento do mesmo, depois de lhe ter sido dada uma explicação completa; assim como a pesquisa clínica em um ser humano não pode ser empreendida sem seu livre consentimento, depois de totalmente esclarecido e, que, o consentimento é norma, deve ser dado por escrito,

⁴MALUFE, Guilherme Martins. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Disponível em: <<http://www.jurinforma.com.br/nots/0160.html>>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 01.

⁵DANTAS, op. cit., p. 04.

⁶BRASIL, Ministério da Justiça. *Experimentação Humana: Código De Nuremberg*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Declaracao%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos-%201948.pdf>. Acesso em: 03 maio 2016.

⁷BRASIL, Ministério Público. *Declaração Universal dos Direitos humanos*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 03 maio 2016.



onde a responsabilidade nunca recai sobre o paciente. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, promulgado pela Organização das Nações Unidas em 1966, perfilhou, os direitos que derivam-se da dignidade inerente ao homem, bem como que o indivíduo têm deveres para com o outro indivíduo. Em 1997, a *Declaração Universal sobre o Genoma Humano* adotada pela Conferência Geral da UNESCO⁸, destacou a urgência em se tratar disciplinas polêmicas que demandam na sociedade moderna, em seu artigo 5º. A Carta Magna⁹ promulgada em 1988 faz exímia referência à pauta em comento, contendo em sua redação alguns princípios norteadores das relações sociais. Por fim, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, promulgada pela UNESCO, em 2005, ensejou articular e estabelecer normas que orientam acerca do respeito pela dignidade humana, direitos humanos e liberdades fundamentais.

2. DO CONSENTIMENTO INFORMADO E O DEVER DE INFORMAR

O uso correto do consentimento informado livre e esclarecido versa na parte integrante da relação do médico/hospital com o paciente, cujo objetivo precípua é a informação de forma clara e precisa a despeito do procedimento hospitalar ou terapêutico a que estará sendo submetido. Clotet ensina que: “O consentimento informado é um direito moral dos pacientes e uma obrigação moral para os médicos e profissionais da área médica prestadores da assistência”¹⁰. Endossa ainda que, na esfera do Direito Civil, fala-se em dever de informar que, por sua vez, “(...) consiste no dever que o prestador do serviço médico tem para com o paciente de informá-lo sobre o serviço que lhe será prestado de forma clara e

⁸ UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. *Declaração do Genoma Humano*. Disponível em: <<http://www.fmj.br/Pdfs/genoma.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2016.

⁹ VADE MECUM, Obra Coletiva. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁰ Ibid, p. 25.



específica. Essa conduta é resultante do princípio da boa-fé objetiva nas relações de confiança”.¹¹ No entendimento de Aguiar JR¹², não pode haver descuidos, quanto à informação e o aconselhamento ao paciente. É dever precípua do médico, informar o doente, familiares ou responsáveis legais, sobre sua doença e suas peculiaridades, bem como as complicações que poderão surgir com o tratamento e os efeitos colaterais. Desta forma, devem ser esclarecidos ao paciente sobre a sua doença, a prescrição a seguir, os riscos prováveis, o tratamento; aconselhando assim, a todos, a despeito das precauções essenciais requeridas pelo seu estado. No tocante, à violação do dever de informar, responderá o médico, por infração do dever de conselho, quando não instrui o paciente ou, ainda, “(...) a pessoa que dele cuida sobre as possíveis precauções essenciais requeridas por sua situação clínica”¹³.

Décio Policastro¹⁴ ensina que o dever de informação do profissional médico está intrinsecamente ligado ao disposto do art. 15, Código Civil, ao qual determina que ninguém pode ser constrangido a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica, aludindo ao dever do médico em dissipar os pensamentos mal formulados, à fornecer informação sobre a doença e seu desenvolvimento, os cuidados, as vantagens e desvantagens do procedimento clínico indicado e aos resultados esperados. Neste diapasão, o estabelecimento hospitalar, profissional médico ou a equipe médica caberão responder pela violação do dever de aconselhamento. “O dever, no entanto, não pode chegar ao ponto de causar desalento ao paciente nem tirar a esperança na recuperação e na eficácia do tratamento”¹⁵. Aduz o legislador, a respeito do dever de informar, exarado no Código de Defesa do Consumidor que assegura em seus artigos, 2º, 3º, 4º, 7º, 17, e 29 o direito à

¹¹ Ibid, p. 52.

¹² AGUIAR JR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 2010, p. 284.

¹³ Ibid, p. 286.

¹⁴ POLICASTRO, Décio. *Erro Médico e suas Consequências Jurídicas*. De acordo com o novo texto do Código de Ética Médica, em vigor a partir de 13.4.2010. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2010, p. 60.

¹⁵ Ibid, p. 61.



informação clara e adequada, na opinião de Marques¹⁶: “(...) durante todas as fases da relação de consumo entre médico, hospital e paciente, nos caso consumidor, fornecendo a ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico, possibilitando a aceitação ou rejeição ao tratamento disponibilizado”. O Código de Ética Médica e o Código de Defesa do Consumidor determinam que o paciente seja informado de sua condição clínica, de forma clara e objetiva, e que, o médico emérito no ato do processo de aplicação do consentimento informado livre e esclarecido, tenha em mãos toda a documentação comprobatória a despeito das referidas informações a serem fornecidas ao paciente. O referido documento, por alguns hospitais, padronizado, contém todas as informações clínicas, os procedimentos os quais serão submetidos o paciente, bem como sua conduta, no pré e no pós-operatório.

3. DO CONSENTIMENTO INFORMADO COMO MEIO DE PROVA

O consentimento informado livre e esclarecido é um documento que contém de forma descritiva os procedimentos, riscos e benefícios da terapêutica fornecidos ao paciente durante o procedimento de informação, assinado devidamente. É considerado juridicamente como um instrumento de prova documental no cumprimento do dever de informar. Entretanto, no aludido documento formal, há que se salientar não ser suficiente a assinatura do paciente no caso de haver a ausência do devido processo de informação. Diante deste impasse, Goldin¹⁷ acrescenta que, é correto informar que o aludido documento deverá ser lavrado depois de decorrido todo o processo de informação, uma vez que, ao contrário, poderá o instrumento compor-se equivocadamente, em uma prática defensiva do médico ou do próprio estabelecimento prestador de serviço, desviando ou contradizendo o objetivo real do

¹⁶ MARQUES, C. L. *A Responsabilidade dos médicos e do Hospital por falha no dever de informar ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 827.

¹⁷ GOLDIN, J. R.. *Consentimento Informado*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/consinf.htm>>. Acesso em: 08 maio 2016.



procedimento. Em detrimento disso, “o termo segue preceitos específicos para a sua formulação, como por exemplo, linguagem acessível, sem termos técnicos que dificultem a compreensão do paciente”. Da forma convencional nas instituições médicas, o documento, em sua maioria, já está redigido sem que exista a probabilidade de entendimento por parte do paciente a respeito de seu conteúdo, acaba sendo aceito.

Nas prerrogativas de Kfourí Neto¹⁸, pode ocasionar dificuldades a prova do consentimento. Pois, “ao juiz é dada ampla liberdade de apreciá-la - e grande latitude para decidir. A informação prestada pelo médico deve ser inteligível e leal. Tanto a informação quanto o consentimento devem ser escritos, individualizados e testemunhados”. Portanto, a adoção dos formulários é difícil, em detrimento das peculiaridades de cada caso. De qualquer forma, não podem acender a menor dúvida. Ainda neste sentido, Branco¹⁹ orienta que: “a prática da Medicina Defensiva consiste, entre outras condutas, no uso do termo de Consentimento Informado como um documento que “supostamente isentaria” o profissional de qualquer erro decorrente do tratamento por ele proposto”. Neste diapasão, é pertinente destacar que o fornecimento de serviços médicos e hospitalares estão chancelados pelas normativas de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. Assim, o CC, em seus artigos 186 e 187, dispõe sobre a responsabilidade civil da pessoa capaz de, por ação ou omissão, negligência ou imprudência - causar dano à outra pessoa. Ainda, o art. 927 do mesmo diploma legal prevê a reparação de danos causados por ato ilícito. No esclarecimento de Sanseverino²⁰, o médico, de acordo com o CDC e o CC, tem responsabilidade subjetiva, ou seja, responde pelo ato ou omissão que causar dano a outrem decorrente de culpa. Tal postulado, depreende-se da disposição de artigo de lei do CDC o qual

¹⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 167-168.

¹⁹ BRANCO, G. L. C. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: vol. 04, n. 1, maio, p. 128, 2000.

²⁰ SANSEVERINO, P. T. V.. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 344.



dispõe que a responsabilidade civil pessoal dos profissionais liberais será apurada em detrimento da verificação de culpa. Sendo o médico um profissional liberal, terá responsabilidade subjetiva. “No entanto, o médico, chefe de equipe médica, acatará responsabilidade solidária com sua equipe e o hospital. Esta solidariedade refere-se à qualidade dos serviços prestados pela equipe ou grupo de pessoas”²¹. Adverte que a relação estabelecida entre o médico/hospital e paciente é uma obrigação do meio e, é por seu intermédio, que se determina a quem cabe a prova da culpa. Neste certame, caberá ao paciente provar a imprudência, imperícia ou negligência do profissional, exceto se o juiz inverter o ônus da prova. Todavia, os tribunais têm acatado a inversão do ônus da prova, em vista de se tratar de relação de consumo. Neste contexto, ao invés de o paciente comprovar a culpa do profissional, será o profissional que terá de provar que agiu com diligência. Na iminência de uma intervenção cirúrgica ou médica, sem que exista o consentimento do paciente ou de seu representante legal, decorrerá exceção, quando existir situação de perigo de vida -, ao médico em sua defesa, se não estiver municiado com as provas cabíveis, como, por exemplo, o Termo de Consentimento Informado Livre e Esclarecido, “o que poderá, nesta circunstância, servir de instrumento comprobatório da inexistência da culpa, será penalizado, segundo o disposto do Código Penal em seu art. 146, § 3º, I, com detenção de três meses a um ano ou multa”²².

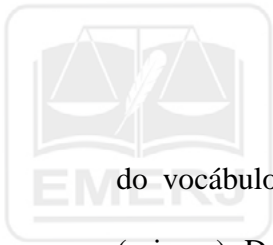
4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Leão e Pamplona Filho²³ explicam que, “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por seu fato, ou pelo fato de pessoas ou de coisas dependentes dele”. Neste sentido, vale destacar a despeito do significado

²¹ Ibid, p. 345.

²² LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 131.

²³ Ibid, p. 133..



do vocábulo grego *latrogenia*, a saber, um termo composto por *iatros* (médico) e *genia* (origem). Desta forma, como preleciona Santos²⁴ é utilizado pelas operadoras de saúde para designar, “o dano que é causado pelo médico, derivado de um erro de diagnóstico, de uma caligrafia ruim em receita, por um retardo no tratamento ou pela utilização de método não aprovado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), entre outros”. Por esta razão, entende-se que a ciência médica não é exata, ao contrário, possui, mesmo diante de tantos avanços e inovações, limitações físicas, morais e tecnológicas. Neste ínterim, podem acontecer situações onde, mesmo com todo o aparato necessário para o procedimento clínico, decorra uma situação imprevisível, o que é passível na área médica, por tratar-se do fator humano. Sendo assim, diante de um quadro clínico específico, complicado e, por sua vez, imprevisível, o que o Código de Ética Médica denomina como ‘caso fortuito’, ou seja, uma situação que não era esperada, onde o profissional não tinha como antever o desdobramento, tendo ele se resguardado através dos instrumentos legais disponíveis, em primeiro plano, o consentimento informado livre e esclarecido, devidamente assinado pelo paciente, terá em suas mãos a prova cabal para imputar-se do dano. Todavia, há que se salientar, que neste caso, segundo bem esclarece Santos²⁵, “estamos diante de uma causa que quebra o nexos causal entre o dano alegado e o atuar do profissional, sendo altamente relevante para o caso de responsabilidade civil”. Da mesma forma, se a complicação for inevitável, ainda que previsível, é chamada de ‘caso de força maior’, que vem a ser a ocorrência que não há como se evitar, mesmo diante dos esforços humanos.

Destarte, a responsabilidade civil médica, como bem ensinam Figueiredo e Lana²⁶, tem sua evolução e peculiaridades, na esfera legal, se insere no âmbito da evolução da sociedade como nação soberana. Entretanto, de uma característica partenalista, a evolução

²⁴ SANTOS, Alexandre Martins dos. *Responsabilidade Civil do Médico*. Rio de Janeiro: DOC, 2011, p. 51.

²⁵ *Ibid.*, p. 52.

²⁶ FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. (Coord.). *Direito Médico. Implicações Éticas e Jurídicas na Prática Médica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, 241.



tendeu-se, “o atendimento médico evoluiu para um estado em que a autonomia do paciente deve ser respeitada na sua totalidade”, sendo esta primordial em um atendimento médico. E, para se auto-determinar, exercer a sua autonomia, a informação deve ser a primeira atitude tomada para com o paciente, uma vez que, só existe autodeterminação - autonomia - com liberdade. No caso de existir erro médico, o paciente vitimado, poderá acionar o profissional mediante as quatro esferas distintas e com regras procedimentais específicas, quais sejam, civil, penal, administrativa e disciplinar. Entende Correia-Lima²⁷ que, neste âmbito, “o erro médico, fundamentado no contrato entre o paciente e o médico, estaria adstrito à jurisdição civil, enquanto os atos ilícitos dolosos - como a omissão de socorro -, à jurisdição penal”. E, por conseguinte, a ação administrativa relacionada aos médicos ligados a hospitais que poderiam em primeira instância, serem vitimados por processos administrativos em hospitais públicos e, por último, a instância disciplinar que diz respeito às infrações do Código de Ética Médica - de responsabilidades dos conselhos de medicina.

CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, pode-se evidenciar que, a devida aquiescência a despeito dos direitos dos pacientes, como o direito de informação, fomentou nova postura social. Assim, muitos profissionais médicos têm primado por adotar uma postura clara, objetiva, franca e honesta no que tange à exposição da verdade dos fatos ao paciente atendido. Ademais, abordar a temática do Consentimento Informado Livre e Esclarecido, questão, veementemente emblemática, que demanda uma série de discussões, tem-se em causa, uma tônica cercada de histórias, exemplos clínicos, casos, lides, e tantas outras circunstâncias que, juridicamente, avolumam as querelas julgadas pelo ordenamento jurídico vigente. Pode-se concluir também que, o consentimento informado é um elemento necessário ao exercício da medicina, não

²⁷ CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. *Erro Médico e Responsabilidade Civil*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 37.



apenas como direito e instrumento de proteção do paciente, mas também, como de dever moral e garantia da atuação médica. Uma vez que, várias questões referentes à relação médico/paciente, ainda permanecem sem solução e, esclarecimentos efetivos, deixando em aberto, a fragilidade do paciente em relação aos tratamentos médicos; à insegurança dos médicos em relação ao sistema de saúde vigente; a legislação pertinente e a realidade fática; a efetividade do consentimento informado como meio de prova; a responsabilidade civil, tanto dos médicos, quanto das instituições médicas em relação ao erro médico. Dessa forma, a comunidade médica munuiu-se de um conjunto de normas, formas e procedimentos a fim de que, ocorra a deliberação do consentimento do paciente, quando da realização de tratamento médico. Neste caso, o paciente é totalmente informado sobre as circunstâncias pertinentes e futuras as quais será submetido, tendo assim, total esclarecimento, para que o consentimento informado livre e esclarecido seja obtido de forma consciente, evitando assim, contraditórios futuros. Por último, prima todo o ordenamento jurídico, por dar proteção à liberdade física e psíquica da pessoa. Por esta razão, ninguém poderá ser forçado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser, em detrimento da força da lei (CF/88, art. 5º, II; princípio da legalidade). Da mesma forma o CC, em seu art. 5º, e o Código de Ética Médica (Princípios Fundamentais, XXI e arts. 22, 23 e 31) vedam ao médico desrespeitar o direito do paciente de decidir com total liberdade sobre o devido procedimento a ser realizado e sobre execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo na iminência de risco de morte. O Código Penal penaliza com detenção de três meses a um ano ou multa, a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Apenas excepcionalmente em situação de iminente perigo de vida, entende-se justificada a ausência do consentimento (CP, art. 146 e seus § 3º, I). Portanto, em toda força da legislação, entende-se que, o objetivo é, que o paciente munido de informações, poderá avaliar o resultado esperado com o tratamento e exercer de forma livre a sua vontade.



REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BRANCO, G. L. C. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo: vol. 04, n. 1, maio, pp. 128-151, 2000.
- BRASIL, Ministério da Justiça. *Experimentação Humana: Código De Nuremberg*. Disponível em:
<http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Declaracao%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos-%201948.pdf>. Acesso em: 03 maio 2016.
- BRASIL, Ministério Público. *Declaração Universal dos Direitos humanos*. Disponível em:
<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_home_m.pdf>. Acesso em: 03 maio 2016.
- CLOTET, J; FRANCISCO, C. F; GOLDIN, J. R.. *Consentimento Informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. *Erro Médico e Responsabilidade Civil*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.
- DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos; COLTRI, Marcos Vinícius. *Comentários ao Código de Ética Médica*. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.
- FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. (Coord.). *Direito Médico. Implicações Éticas e Jurídicas na Prática Médica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- GOLDIN, J. R.. *Consentimento Informado*. Disponível em:
<<http://www.ufrgs.br/bioetica/consinf.htm>>. Acesso em: 08 maio 2016.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MALUFE, Guilherme Martins. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Disponível em:
<<http://www.jurinforma.com.br/nots/0160.html>>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 01.
- MARQUES, C. L. *A Responsabilidade dos médicos e do Hospital por falha no dever de informar ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- POLICASTRO, Décio. *Erro Médico e suas Consequências Jurídicas*. De acordo com o novo texto do Código de Ética Médica, em vigor a partir de 13.4.2010. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2010, p. 60.



SANSEVERINO, P. T. V.. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Alexandre Martins dos. *Responsabilidade Civil do Médico*. 1. ed. Rio de Janeiro: DOC Editora, 2011.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. *Declaração do Genoma Humano*. Disponível em: <<http://www.fmj.br/Pdfs/genoma.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2016.

VADE MECUM, Obra Coletiva. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



MANDADO DE INJUNÇÃO: AS DIFICULDADES DECORRENTES DA ADOÇÃO DA POSIÇÃO CONCRETISTA EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

Guilherme Eduardo Martins Kellner

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

Resumo: A adoção de efeitos concretistas para decisões em sede de mandado de injunção expõe tensões entre o Poder Judiciário e o Legislativo e o Executivo. O mandado de injunção se insere na sistemática dos freios e contrapesos, devendo ser delineado seu procedimento e a eficácia das suas decisões. Há o Projeto de Lei n. 6128 /2009 que busca tratar da matéria, porquanto não basta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para tratar do tema, por falta de segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Princípio da Separação dos Poderes. Sistemática dos freios e contrapesos. Necessidade de Regulamentação. Projeto de Lei n. 6.128/2009.

Sumário: Introdução. 1. Conflito entre os Poderes Judiciário e Legislativo. 2. Conflito entre os Poderes Judiciário e Executivo. 3. Regulamentação do Mandado de Injunção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, trouxe diversos direitos e garantias individuais. Trata-se de uma Carta dotada diversas normas protetivas. Ocorre, porém, que muitas dessas previsões carecem de regulamentação para que possam ser efetivadas.

Seguindo tal constatação, o presente artigo versa sobre o instituto do mandado de injunção, remédio constitucional que visa a permitir a fruição desses direitos carecedores de normatização infraconstitucional.

O mandado injuncional é *writ* que busca corrigir a situação de inércia legislativa presenciada em nosso ordenamento com relação a alguns temas. Em especial após a adoção pelo Supremo Tribunal Federal de sentenças injuncionais com efeitos concretistas.



Importante, então, discutir-se os limites deste instituto, em especial diante de possível violação do princípio da separação dos poderes.

No primeiro capítulo será analisada a existência ou não de conflito entre os poderes Judiciário e Legislativo quando da aplicação de sentenças com efeitos concretistas em sede de mandado de injunção.

O segundo capítulo abordará a ocorrência ou não de violação ao princípio da separação de poderes no que tange a eventual colidência entre os poderes Judiciário e Executivo.

O terceiro capítulo discutirá a regulamentação do mandado de injunção, partindo de uma análise do Projeto de Lei 6.128 somada à outras ideias doutrinárias.

Objetiva-se, então, demonstrar a inexistência de violação ao princípio da separação de poderes pela adoção de efeitos concretistas em sentença injuncional, bem como demonstrar o modo que se entende mais seguro para a adoção dos respectivos efeitos concretistas.

A metodologia utilizada é do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. CONFLITO ENTRE OS PODERES JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO

A decisão em sede de mandado injuncional vem sofrendo diversas modificações ao longo do presente ordenamento constitucional. Tal situação se explica principalmente por ser o mandado de injunção a única ação constitucional despida de regulamentação legal. Seu fundamento se restringe ao art. 5º, LXXI da Constituição Federal de 1988.

No entanto, desde o ano de 1989, no Mandado de Injunção n. 107, verdadeiro *leading case* sobre o tema, o Supremo Tribunal Constitucional decidiu pela autoaplicabilidade do instituto. Sua regulamentação acabou se tornando de certa maneira desnecessária, ao menos nesse primeiro momento. Tal desnecessidade se deu principalmente pelo fato de que a decisão de procedência do referido remédio constitucional se limitava a ter como efeito um apelo ao legislador para que regulamentasse o direito impossibilitado.



Ocorre que tal posição acabaria por tornar a ação constitucional praticamente ineficaz, dado que não há qualquer forma de punição ou sanção que estimule a edição de normas no presente ordenamento.

Tal situação perdurou até a virada jurisprudencial percebida nos MI 670, 708 e 712 em que a Suprema Corte adotou a posição concretista com eficácia *erga omnes*, ou seja, reconheceu a possibilidade de o próprio Poder Judiciário editar uma norma para possibilitar o exercício de direito previsto em norma de eficácia limitada. Nos casos em tela, o direito de greve do servidor público.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

[...] o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar a eficácia da decisão limitada à declaração de existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário¹.

Estabelecidos os parâmetros sedimentados na presente jurisprudência do STF, quais sejam, a autoaplicabilidade do mandado injuncional e a possibilidade da efetivação dos direitos carentes de regulamentação por decisão em sede de Mandado de Injunção, é imperioso que se discuta em que medida tal atuação do Judiciário afetaria o Princípio da Separação dos Poderes, em especial no que tange ao conflito com o Poder Legislativo.

A divisão do Poder em funções (legislativa, jurisdicional e executiva) tem como pressuposto a ideia de que o acúmulo do mesmo nas mãos de poucos levaria a abusos e violações extremadas, a exemplo do que se deu no período absolutista na França. Sob tal ótica, ao se permitir que o Poder Judiciário criasse normas, estaria se permitindo que juízes pudessem definir a forma com que direitos constitucionais deveriam ser exercidos. E cabe lembrar sempre que os magistrados não são eleitos pelo voto popular, mas sim nomeados

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.



após concurso público. Existe, portanto uma carência de legitimidade direta, situação que em uma visão superficial poderia denotar o vício da inconstitucionalidade.

Ocorre, porém, que a própria Constituição da República Federativa permite que os chamados Poderes além de suas funções típicas, possam exercer funções atípicas. É a sistemática dos freios e contrapesos, sendo o Executivo, o Legislativo e o Judiciário garantes das autonomias uns dos outros. E é nessa lógica que se insere o Mandado de Injunção. Junto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, visam a combater a crise de inefetividade das normas de eficácia limitada. A atuação do Poder Judiciário é e deve ser subsidiária à do Legislador, apenas atuando na inércia irrazoável deste.

Nessa linha de pensamento:

[...] vence a tese de que deve se adotar a corrente concretista, com o consequente reconhecimento de que compete ao Poder Judiciário, na hipótese de omissão, criar a norma jurídica para o caso concreto – interpretação que confirma a força do mandado de injunção e, via de consequência, da Constituição Federal, em consonância com o que dispõe os princípios da hermenêutica constitucional. (...) ²

Cabe destacar ainda, a ideia de que as funções do Poder seriam também deveres, na medida em que haveria um comando implícito do poder constituinte ao legislador para que regulamentasse e consequentemente possibilitasse o exercício de todos os direitos constitucionalmente previstos. Assim, ao se quedar inerte, haveria uma violação por parte do Poder Legislativo (omissão inconstitucional), não sendo cabível a alegação de violação à separação dos poderes. O que ocorre, portanto, é o exercício de uma atividade atípica pelo Poder Judiciário através de sentenças aditivas em um campo normativo que foi abandonado pelo legislador.

Soma-se a isso a corrente prevalecente no neoconstitucionalismo da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial com o valor central de todo nosso ordenamento: a Dignidade da Pessoa Humana. Nesse viés de pensamento, o Poder Judiciário

² PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em Mandado de Injunção. . In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.



teria o dever de suprir a falta de regulamentação, de forma a possibilitar a efetivação dos direitos não autoaplicáveis previstos na CRFB. O mandado de injunção se trataria, portanto, de um poder-dever.

Necessário que se faça, porém, uma análise da extensão subjetiva dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção. É discutida a possibilidade da utilização de efeitos *erga omnes* ou de efeitos interpartes quando da procedência do pedido. Tal questão é de difícil resolução, tendo em vista que de um lado a presente ação constitucional nasceu como forma de se garantir individualmente o exercício de direito inaplicável por falta de regulamentação. Nesse ponto, seria correta a utilização da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para que se possam garantir efeitos gerais e abstratos para o exercício do referido direito.

Por outro lado, a utilização de efeitos interpartes permitiria a existência de diferentes soluções para o exercício do mesmo direito constitucional. Restaria fragilizado o princípio da Isonomia.

Aqui se mostra a necessidade de regulamentação do mandado injuncional, devendo a lei definir o caminho correto, ou ao menos uma decisão do Supremo Tribunal Federal em que se definisse um procedimento seguro quanto à eficácia das decisões. Cabe destacar que desde a promulgação da Carta Cidadã e a presente data já se passaram mais de 25 anos, havendo direitos que não podem ser exercidos por falta de regulamentação.

Até aqui, ao analisar a omissão total, aquela em que há efetiva omissão por parte do legislador, percebe-se que não há maiores problemas na utilização de decisões com efeitos concretizadores em sede de mandado injuncional, ao menos no que diz respeito ao conflito entre o Legislativo e o Judiciário.

Importante, também, que se discuta a existência das chamadas omissões inconstitucionais parciais. Tais vícios merecem uma análise delicada, na medida em que há



uma atuação por parte do legislador, mas de maneira incompleta. Tal incompletude acaba por ferir o princípio da Isonomia, na medida em que a Carta Maior expressamente define que mais de um sujeito é titular de um direito, mas o legislador apenas o regulamenta para alguns. Nestas hipóteses tem-se uma situação em que apenas parte dos destinatários da norma podem se utilizar da mesma, enquanto aos outros, permanece a mesma carente de aplicabilidade por falta de regulamentação.

O enfrentamento desse tema é mais complexo, pois ao se debruçar sobre a questão, o Poder Judiciário estaria lidando com a existência de uma norma. Até que ponto poderia o juiz estender os efeitos de uma norma para outro caso? Apesar de em um primeiro momento ser de difícil resposta, a análise do ordenamento jurídico mostra que tal solução é adotada em diversos institutos, destacando-se a analogia como o principal exemplo. Há uma lei para um caso semelhante e se utiliza a mesma para outro caso não previsto. Situação extremamente parecida, senão igual, ao do que se pretende com os efeitos concretizadores do mandado injuncional.

Pode-se apontar, inclusive, uma vantagem no caso da omissão inconstitucional parcial, já que houve a atividade do legislador e a lei daí resultante deve servir de parâmetro para os efeitos aditivos da sentença injuncional.

Por fim, cabe destacar que é possível se questionar que a utilização do mandado de injunção contra leis inconstitucionais por omissão parcial com eficácia subjetiva *erga omnes* poderia representar uma Ação Direita de Inconstitucionalidade disfarçada. Tal entendimento teria como consequência uma quebra com o ordenamento jurídico global, na medida em que a legitimidade do presente *writ* é do cidadão enquanto que a Adin tem rol de legitimados limitado, taxativo, *numerus clausus*, conforme o art. 103 da Constituição³.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 Out. 2015.



Ocorre que os objetivos das ações são diferentes. Enquanto que na ação direta de inconstitucionalidade se objetiva a retirada de uma lei do ordenamento jurídico, no mandado de injunção contra lei viciada por omissão inconstitucional parcial se busca a extensão dessa norma para outros titulares e a consequente aplicabilidade deste direito. Mais um questão que exige regulamentação, seja legislativa, seja jurisprudencial.

2. CONFLITO ENTRE OS PODERES JUDICIÁRIO E EXECUTIVO

Outro conflito que poderia em tese restar configurado pela adoção de efeitos concretistas de decisões em sede de mandado de injunção é um embate entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Mais uma vez, o princípio da separação dos poderes deve ser analisado.

A origem de tal embate se dá em especial pelo fato de que a garantia de direitos, independentemente de quais, configura uma necessidade de gastos públicos. Assim, qualquer efetivação de normas de eficácia constitucional limitada exige, em maior ou menor grau de um dispêndio de recursos.

Somente a partir da Segunda Geração de Direitos Fundamentais seria exigido do Estado aporte de recursos para a efetivação de direitos. Realmente, tais direitos demandam investimentos consideráveis por parte da Administração Pública, fazendo jus ao “apelido” de Direitos de Prestação Positiva.

Até mesmo os direitos da “Liberdade” exigem investimentos por parte do Executivo, seja pela necessidade de prevenção, efetivada principalmente pela fiscalização, Poder de Polícia, seja pela remediação judicial. Ainda mais em atenção às dimensões do princípio da proporcionalidade, que exige tanto uma vedação ao excesso, quanto uma vedação à proteção ineficiente.

Ocorre que, como regra, os direitos previstos em normas de eficácia limitada não são direitos negativos, pois que demandam uma atividade do Estado. Caso bastasse uma omissão



do Estado, essa estaria preenchida com a inércia que se verifica. Não é o caso. Há um verdadeiro direito à regulamentação para que seja possível o exercício das pretendidas posições jurídicas. Trata-se de um direito à prestação.

Ponto importante reside, então, na forma como ser dará a execução desses direitos. Por se tratar de prestação positiva, regulamentação pelo Estado, cabe destacar que não há um único caminho. Ilustrando, defende Robert Alexy:

Já os direitos a prestações são, para seus destinatários, dentre outras, obrigações de proteger ou fomentar algo. (...) se é obrigatório proteger ou fomentar algo, nem toda ação que represente ou produza uma proteção ou um fomento será obrigatória. (...) Se é possível salvar alguém que está se afogando seja nadando até ele, seja atirando uma boia, seja com o auxílio de um barco, de nenhuma forma serão as três ações simultaneamente obrigatórias.⁴

Assim, não agindo o Congresso, deverá agir o Judiciário. O que não se permite é que os titulares de direitos previstos na Constituição “afoguem” por falhas Estatais.

Indo além, atualmente por viver-se em um momento em que é garantida a eficácia horizontal dos direitos. Não basta apenas a regulamentação dos referidos direitos, mas também se fazem necessárias a fiscalização e prevenção de ilícitos. Tais funções, porém acabam por tornar ainda mais custoso a efetivação de direitos.

Fala-se normalmente em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas esses, por já possuírem eficácia plena em decorrência do art. 5º da CRFB⁵, não se inserem na presente discussão. Deve-se, no entanto, alargar tal concepção, entendendo aplicável horizontalmente qualquer tipo de direito. Exemplificando, o art. 608 do Código Civil de 2002⁶ é expresso em prever a eficácia horizontal de contratos particulares a terceiros.

Ora, em sendo executáveis os direitos constitucionais previstos em normas de eficácia limitada, necessária se fará ao Estado que fiscalize e garanta respeito aos mesmos, seja ante a

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria do Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 461.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 Oct. 2015.

⁶ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 Out. 2015.



particulares, seja ante ao próprio Poder Público. Em suma, é necessário reconhecer que sempre que o Judiciário aplicar efeitos concretistas a uma decisão de mandado injuncional estará, em maior ou menor grau, exigindo o aporte não só de recursos pelo Poder Executivo, como também a contratação de pessoal para agir na função fiscalizadora. A efetivação de direitos é situação que exige participação direta do Poder Executivo, independentemente de qual direito esteja em discussão.

Ainda que se possa argumentar pelo custeio do exercício de direitos pelos particulares, como ocorre em rega com o Direito de Ação, custeado por meio de Taxa Judiciária, a verdade é que sempre será necessária a garantia de fruição de direitos pelos hipossuficientes econômicos. Indiscutível, portanto, que a efetivação de direitos exige recursos públicos.

Em sendo necessários recursos para a efetivação dos direitos em tela, adentra-se, na discussão tradicional acerca da Teoria da Reserva do Possível. Até que ponto é possível que o Judiciário exija gastos do Executivo? Não se tem resposta precisa, mas o Supremo Tribunal Federal já se posicionou favoravelmente ao fornecimento de prestações estatais positivas, em especial no que toca os direitos sociais. Nesse sentido o julgamento do Agravo Regimental no RE 581.532.⁷

Normalmente se utiliza como contraponto à referida teoria a ideia de Mínimo Existencial, de modo que prepondere a consecução de direitos fundamentais sobre a alegação de insuficiência de recursos públicos. Ocorre que em relação aos direitos constitucionais garantidos por mandado de injunção, não se podem considera-los como fundamentais, posto que estes não necessitam de regulamentação. Possível, ao menos aprioristicamente, a aplicação da teoria com relação aos direitos carentes de regulamentação.

Contudo, o mandado de injunção é remédio contra a inércia do Legislativo. Quando esse Poder edita leis, não se discute a aplicação ou não de recursos públicos na consecução

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg RE. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24205269/recurso-extraordinario-re-581352-am-stf>>. Acesso em: 24 out. 2015.



dos objetivos perquiridos. Na verdade, tal discussão é ensejada quando da elaboração das Leis Orçamentarias.

Assim, por ser a vida injuncional uma função supletiva e subsidiária da função legislativa, deve prevalecer a mesma lógica de impossibilidade de alegação da reserva do possível. Correto é se discutir a aplicação de recursos quando do processo legislativo dos Orçamentos Públicos.

Há, também, outro ponto que deve ser levado em consideração. Não faria sentido que a Constituição previsse um remédio para superar a inércia do Legislativo apenas para que fosse afastado, na prática, pelo Poder Executivo. Cabe lembrar, trata-se de direitos previstos na Constituição, norma fundamental sobre a qual se estrutura todo o Estado Brasileiro.

É possível que diante de um caso concreto específico, se utilize da técnica de ponderação para excepcionalmente restringir eventual direito pela falta de recursos públicos. O que não se admite é que se afaste a regulamentação de um direito prematuramente e em caráter geral.

Nessa linha de raciocínio, é interessante lembrar que o Poder Executivo possui iniciativa legislativa, além do instituto da Medida Provisória e da possibilidade de regulamentação infraconstitucional por normas administrativas. Eventual equívoco por parte do Poder Judiciário poderia ser corrigido pelos meios acima. Tudo em coerência com o Sistema Constitucional de Freios e Contrapesos.

Como se percebe, então, não há violação do princípio da separação de poderes na utilização de efeitos concretistas para a sentença em sede de mandado de Injunção. Trata-se na verdade de efetivação do texto constitucional. E diferente não poderia ser, sob pena de se deteriorar a função jurisdicional.

Evidentemente, não pode ocorrer um abuso nessa atividade criativa. Nas palavras de Elival da Silva Ramos:



Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da Separação dos Poderes.⁸

O trecho é elucidativo em apontar que a Separação de Poderes exige um equilíbrio constante, sob pena de desmoronar juridicamente o Estado Democrático de Direito. O mandado de injunção, tem função notadamente executiva, na medida em que permite a execução de um direito constitucional. A norma já é existente, foi criada pela Constituição. A questão é apenas a forma pela qual se dará.

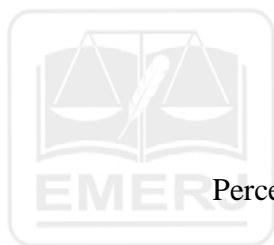
Ainda, na ideia de equilíbrio, o mandado de injunção foi a forma encontrada pelo Constituinte Originário para garantir uma isonomia entre Poderes quando da inércia legislativa.

3. REGULAMENTAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Ponto importante de análise é com relação à necessidade de regulamentação do procedimento do mandado de injunção. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da aplicação subsidiária do procedimento do mandado de segurança em relação ao mandado de injunção. Trata-se de posição que visa a possibilitar a utilização do mandado injuncional. Importante, porém, destacar que trata-se de ações constitucionais com diferenças notáveis.

Em primeiro lugar, o mandado de segurança é aplicável quando há o cometimento de ilegalidade com base em ato administrativo. Situação essa que difere do mandado de injunção, na medida em que esse é remédio contra uma inconstitucionalidade por omissão do legislador.

⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.



Percebe-se que o vício que se busca sanar com o mandado de injunção é bem mais específico que o do mandado de segurança, que abarca um plexo muito maior de relações jurídicas.

Não só com relação ao objeto há diferenças, mas principalmente no tocante aos efeitos das respectivas sentenças. Como regra geral, temos no mandado de segurança a necessidade de anulação de um ato administrativo que venha a ser violador do ordenamento jurídico. Já com relação ao mandado de injunção, torna-se necessário uma postura criativa do Poder Judiciário, que ante a um vácuo legislativo inconstitucional é obrigado a adotar posição que inove no caso concreto.

Trata-se, visivelmente, de tarefa complexa. Deve-se, porém, utilizar como base as características específicas desse remédio constitucional. Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki:

A opção de conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade tipicamente legislativa, cujo resultado será uma decisão com especialíssimas características, a saber: (a) uma decisão com natural eficácia prospectiva, ou seja, com efeitos normalmente aptos a se projetar também para o futuro (o que não é comum nas sentenças em geral); (b) uma decisão que, por isso mesmo, fica sujeita, quando necessário, a ajustes em função de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito; e, enfim, (c) uma decisão com natural vocação expansiva em relação às situações análogas, efeito esse que, aliás, também decorre e é imposto pelo princípio da isonomia, inerente e inafastável aos atos de natureza normativa.⁹

Tendo em vista essas especificidades do *writ* objeto do presente artigo, mostra-se necessária a edição de norma regulamentadora pelo legislador pátrio. Em especial no tocante à possibilidade e forma com que se permitirá ao julgador a utilização de efeitos concretistas quando de sua decisão. Surgiram na doutrina diversas posições acerca da melhor forma com

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.



que se permitiria a utilização de tais efeitos. Destaca-se principalmente o projeto de Lei n.

6.128/2009¹⁰. Nesse sentido dispõe:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para o fim de:

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado que o impetrado deixou de atender ao prazo estabelecido para a edição da norma em anterior mandado de injunção.

Além de possibilitar expressamente a adoção da posição concretista, ainda prevê a possibilidade de extensão da eficácia da decisão injuncional para além das partes do processo.

É o que se depreende do art. 9º:

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração.

§2º Transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

Por fim, trata o referido projeto da coisa julgada. Define que não se concretizará a imutabilidade quando o pedido for indeferido por insuficiência probatório, art. 9º §3º, sendo possível a revisão da decisão, preservados os efeitos já produzidos. É o que estipulam os arts. 10 e 11.

Percebe-se que o referido texto busca tratar das questões principais do mandado de injunção, guiando-se pelas linhas traçadas pela jurisprudência, em especial à do Supremo Tribunal Federal. Em especial, a possibilidade de reconhecimento dos efeitos concretistas *erga omnes*, a coisa julgada *rebus sic standibus*, bem como a prevalência de norma editada pelo legislador quando confrontada com a decisão do Judiciário, ressalvada a eficácia *ex nunc* da norma regulamentar posterior. Trata-se de projeto extremamente interessante, que possibilitaria uma maior segurança no que tange à utilização deste remédio constitucional,

¹⁰ BRASIL. Projeto de Lei n. 6.128. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4A17F22EE0D4E32939BB7874818BB6C9.proposicoesWeb1?codteor=697234&filename=PL+6128/200915>. Acesso em: 24 out. 2015.



criando fundamentos legais para as conclusões que hoje se baseiam somente na jurisprudência do STF. Ainda que com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe acerca dos precedentes vinculantes, possa se argumentar que a jurisprudência adquirirá caráter quase – normativo, a existência de lei atende melhor ao princípio da segurança jurídica.

Cumprir destacar que há críticas ao referido projeto, baseadas principalmente no princípio da divisão dos poderes.

Neste contexto parece melhor o Congresso Nacional rejeitar o PL. Do contrário, estará avalizando a transferência do seu poder de legislar para o Supremo Tribunal Federal por meio do mandado de injunção, transmutado como que numa medida provisória do Poder Judiciário, com dois sérios agravantes.

- 1) decisão em mandado de injunção nada tem de “provisória”, isso porque, sendo jurisdicional, recobre-se do manto protetivo da coisa julgada
- 2) diferentemente da medida provisória, eventual decisão legislativa em sede de mandado de injunção não se sujeita ao crivo congressional, isto é, não há, no caso, conversão em lei, como sucede com a medida provisória.¹¹

Com o máximo respeito, e ainda que fundamentada, a crítica do professor da Faculdade de Direito da USP não procede. Primeiramente, ao comparar a decisão em sede de mandado injuncional com a medida provisória, olvida-se o autor do fato de que o campo de aplicação do instrumento do Chefe do Executivo é extremamente mais amplo que a via do remédio em análise. Este apenas se justifica quando da inércia do legislador, sendo nitidamente subsidiário e suplementar. Não só. Com relação à falta de provisoriedade, cabe lembrar que há diversos efeitos que decorrem da coisa julgada. Assim, esta apenas se justificaria enquanto a situação fática permanecesse a mesma. Trata-se de verdadeira decisão com cláusula *rebus sic standibus*, ou seja, assim que editada a regulamentação pelo legitimado constitucional, perderia efeitos a decisão do Supremo. Nesse sentido, insustentável também é a crítica com relação à inexistência de controle de tal decisão pelo Congresso Nacional. Bastaria, caso não concordasse com a norma editada, a edição de lei que dispusesse de modo diferente, posto que esta última prevaleceria sempre.

¹¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Regulamentação do Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.158.



Por fim, cabe apontar que, ao comparar o disposto no PL com o instituto da medida provisória, o professor acaba por legitimar indiretamente a solução da jurisprudência. Ora, a medida provisória mesmo sendo, mais ampla, é entendida como típica ao sistema de freios e contrapesos conexo ao princípio da separação dos poderes. Nessa linha, a possibilidade de efeitos concretistas em sede de mandado de injunção seria também um elemento desse sistema, sendo legítimo, portanto.

Há na doutrina, ainda, outras ideias relevantes acerca da eficácia concretista adotada pelo STF em julgamentos do *writ* injuncional. Nesse sentido, André Vicente Pires Rosa, analisando a eficácia *erga omnes* concretista:

Essa decisão do STF, no entanto, terá uma peculiaridade muito específica: ela não terá eficácia imediata. Diferentemente de qualquer outra típica decisão judicial, ela valerá apenas a partir de um período sugerido de 1 ano (esse é um prazo que pode ser modificado, sem que se altere a essência da proposta). Nesse ínterim, todos aqueles possíveis beneficiários do direito constitucionalmente positivado sabem que já existe uma decisão do Supremo que define como haverá de ser usufruído tal direito.¹²

Trata-se de solução extremamente perspicaz, na medida em que se evita um conflito imediato com o Poder Legislativo, sem deixar de se garantir o direito do particular, violado pela inércia do legislador. O autor continua, apontando que caso o Congresso não concorde com a norma editada pelo Poder Judiciário terá o prazo referido de 1 ano para editar a respectiva regulamentação, devendo prevalecer esta última sempre. A decisão do STF teria “caráter temporário, precário e provisório, valendo até que o ordinário legitimado constitucional – o legislador – cumpra sua missão e crie a lei”.¹³

O referido autor parece ter encontrado solução de extremo equilíbrio, verdadeira ponderação de princípios constitucionais.

CONCLUSÃO

¹² ROSA, André Vicente Pires. Mandado de Injunção sob a Perspectiva do Projeto de Lei n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108.

¹³ ROSA, André Vicente Pires, op. cit., p. 109.



Delinear os limites dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção é uma temática ainda polêmica, como visto, razão pela qual se mostra essencial a sua regulamentação por lei.

A possibilidade de violação do princípio da separação dos poderes se mostra sempre presente quando do controle de um Poder pelo outro. Fica evidenciado, porém, que a utilização do mandado injuncional se insere na ideia de freios e contrapesos. Sistemática que é inerente à divisão de poderes brasileira.

É possível se visualizar, em tese, choques tanto com o Poder Legislativo como com o poder Executivo, de modo que é imprescindível a delimitação específica do alcance do mandado de injunção.

Clama-se, portanto, pela edição pelo Legislador de norma regulamentando o procedimento e os efeitos do referido *writ*. Somente assim, se atenderá à necessidade de segurança jurídica que se impõe em nosso ordenamento pátrio, não bastando, ao menos neste caso, a mera jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria do Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Regulamentação do Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 Oct. 2015.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 Oct. 2015.

_____. Projeto de Lei n. 6.128. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4A17F22EE0D>



4E32939BB7874818BB6C9.proposicoesWeb1?codteor=697234&filename=PL+6128/200915
>. Acesso em: 24 out. 2015.

———. Supremo Tribunal Federal. AgRg RE. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24205269/recurso-extraordinario-re-581352-am-stf>>. Acesso em: 24 out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em Mandado de Injunção. . In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, André Vicente Pires. Mandado de Injunção sob a Perspectiva do Projeto de Lei n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.



AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE A IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA.

Helena Menezes Ricardo Coelho

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: Diante das inúmeras denúncias de torturas, maus tratos, prisões ilegais por excesso de prazo e de todas as mazelas que giram em torno do encarcerado, surge a necessidade do Judiciário atuar de forma efetiva nos casos de prisão em flagrante, com medidas inovadoras e a frente da legislação através da realização da audiência de custódia, com o único intuito de garantir a máxima efetividade aos direitos e garantias fundamentais aos presos. A essência do trabalho é mostrar os benefícios e as consequências da imediata apresentação do preso a autoridade judiciária e os Estados brasileiros que já realizam o referido ato processual.

Palavras – chave: Processo Penal. Prisões Cautelares. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso a autoridade judiciária.

Sumário: Introdução. 1. A necessidade/possibilidade da imediata apresentação do preso à autoridade judiciária e as suas consequências. 2. A banalização das prisões cautelares e a necessidade do contato imediato do preso com o juiz de direito como forma de proteção aos Direitos Humanos e a garantias fundamentais. 3. O Projeto de Lei 554/2011 e a já realização das audiências de custódia nos Estados brasileiros. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa discute a necessidade da apresentação imediata do preso à autoridade judiciária, por meio da realização da chamada “audiência de custódia”. Demonstra o presente artigo, os benefícios e as consequências jurídicas deste ato no atual ordenamento jurídico.

Para isso, foram abordadas as posições doutrinárias, o Projeto de Lei número 554/2011, a realização desta audiência em alguns Estados brasileiros e suas estatísticas atuais, os benefícios da apresentação do preso em 24 horas e as alterações necessárias a legislação em vigor e na estrutura jurisdicional a fim de viabilizar a alteração do atual ordenamento jurídico.



Pretendeu-se discutir a excepcionalidade das prisões cautelares no Brasil e sua atual aplicação, como consequência muitas vezes da urgência midiática em produzir “informações”, aliada à necessidade de “resposta” imediata do Poder Judiciário, atrelado ao volumoso número de atos prisionais.

A ausência de minuciosa análise prévia do auto de prisão em flagrante pelo juízo, acaba muitas vezes por perpetuar o cárcere ilegal, sem a prévia análise da preservação dos direitos humanos e das garantias fundamentais a serem observadas no ato prisional.

O tema vem sendo discutido em diversos Estados brasileiros, inclusive já está sendo aplicado no Estado de São Paulo, existindo ainda um Projeto de Lei em andamento, visando a reforma do Código de Processo Penal nesse sentido.

O presente trabalho pretendeu demonstrar, ainda, que a atuação prévia e eficaz da autoridade judiciária no momento da prisão, garantiria a integridade física do preso, inibiria o tratamento degradante do ato prisional, com o consequente combate a superlotação carcerária.

Inicia-se o primeiro capítulo, abordando-se a necessidade/possibilidade da imediata apresentação do preso no prazo de 24 horas e quais seriam suas consequências no atual ordenamento jurídico. A discussão, a importância do papel do julgador desde o início do ato prisional, com o contato físico do preso, por meio da apresentação de não só mais um processo ao juiz de direito e sim, de um rosto, uma identidade, idade e comportamento social.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a banalização das prisões cautelares e a necessidade do contato imediato do preso com o juízo de direito que irá conduzir sua instrução criminal, como forma de proteção aos direitos humanos e as garantias fundamentais.

O terceiro capítulo tem por finalidade discutir a constitucionalidade e inconstitucionalidade da realização desta audiência do Projeto de Lei em curso e sua aplicação atual nos demais estados brasileiros.



A pesquisa utilizou-se da metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa, explorando-se a atual doutrina acerca do tema, buscando-se jurisprudência em Estados que já aplicam este ato processual e a constitucionalidade do Projeto de Lei em curso, buscando-se confirmar a tese aqui abordada com as estáticas obtidas nos Estados que já aplicam este procedimento.

1. A NECESSIDADE/POSSIBILIDADE DA IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

A importância da audiência de custódia no atual Processo Penal brasileiro tem por base a preservação e respeito das garantias constitucionais inerentes ao preso. É possível perceber um cuidado do Constituinte ao assegurar aos encarcerados, total respeito a integridade física e moral, especialmente no capítulo reservado ao tratamento dos direitos e garantias fundamentais¹.

Baseiam-se as audiências na função principal de garantir o contato da pessoa presa com um juiz de direito no prazo máximo e improrrogável de 24 (vinte e quatro) horas, após o momento de sua prisão.

Ressalta o atual Código de Processo Penal², prevê em seu artigo 306, §1º, norma que determina o imediato encaminhamento de comunicação do ato prisional a Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Juiz de Direito competente, com a finalidade de que sejam imediatamente analisadas a legalidade e a necessidade de manutenção do cárcere.

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

2 Id. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.



Ocorre que, diante do excessivo número de prisões, a regra mesmo estando vigente, tornou-se inócua, apesar da clara intenção do legislador, visto que considerando que a grande maioria dos presos não possui condições financeiras para arcar com os custos inerentes à contratação de um advogado, acabam por ter seu primeiro contato com o juiz de direito apenas no momento da realização da audiência de instrução e julgamento.

Destarte, verifica-se que ainda que realizado o contato com o juízo meses após o momento da prisão, já foi o réu submetido ao cárcere e suas mazelas, o que torna o deferimento da liberdade processual tardia, tornando-se desnecessário todo o tempo prisional, visto que somente meses após o flagrante foram verificados os requisitos legais inerentes ao ato, o que evitaríamos com a realização da audiência aqui tratada.

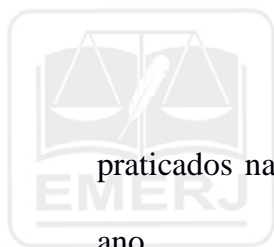
A ideia inicial foi a de fazer valer o cumprimento integral dos tratados internacionais em que o Brasil é signatário, diante da expressa previsão e comprometimento deste Estado membro em impedir a demora na análise da situação de presos, não havendo ainda regulamentação acerca da realização das audiências nos tribunais pátrios.

A primeira grande consequência da realização deste ato é a prevenção e combate à tortura, humanização e garantia do efetivo controle judicial das prisões provisórias e a garantia de que ninguém será mantido preso quando a liberdade foi possível e necessária.

Cumprir esclarecer que o modelo adotado pelo Judiciário brasileiro para a realização das audiências de custódia foi desenhado pelo Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ministério da Justiça³.

Iniciou-se o projeto piloto no Fórum Ministro Mário Guimarães, no bairro da Barra Funda, local para onde são encaminhados todos os autos de prisão em flagrante dos delitos

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 10 set. 2015.



praticados na capital paulista, com a realização das primeiras audiências em fevereiro deste ano.

Como esperado pelos órgãos criadores do ato processual, entre os dias 24 e 27 de fevereiro de 2015, os juízes responsáveis pelas audiências, realizaram 76 (setenta e seis) prisões em flagrante, concedendo a liberdade a 32 (trinta e dois) réus, com 09 (nove) arbitramentos de fiança, ou seja, quase a metade dos presos tiveram sua liberdade concedida por um juiz de direito, 24 (vinte e quatro) horas após o ato prisional⁴.

Ressalte-se que as garantias inerentes ao ato das audiências já realizadas pelo Poder Judiciário, devem ser preservadas, uma vez que apresentado o preso ao juiz de direito, este deverá ser informado de seu direito de silêncio, assegurando-se sua prévia entrevista com seu advogado (particular ou público) em momento anterior à realização da audiência, ou seja, imprescindível a observação destas garantias, com o fito de efetivar ao ato todas as garantias constitucionais previamente previstas.

A preservação do ato, torna imperiosa a informação de que a realização da audiência, não será feita em forma de interrogatório, sob pena, de estar-se antecipando ato processual privativo da audiência de instrução e julgamento, não analisando-se nesse momento processual, o mérito da demanda (autoria e materialidade), que deverá ser feita somente no processo de conhecimento.

Assim, a audiência de custódia deverá ter como essência apenas a entrevista do réu com o juiz de direito e seu defensor, não sendo admitidas perguntas que antecipem a instrução probatória, inerentes ao processo de conhecimento.

⁴ JURÍDICO, Revista Consultor. *Audiência de Custódia são iniciativa brilhante, dizem advogados*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-05/audiencias-custodia-sao-iniciativa-brilhante-dizem-advogados>>. Acesso em 04 abr. 2015.



Esse deve ser o ponto crucial da audiência de custódia: o contato pessoal do juiz de direito com o encarcerado, com a finalidade única de humanizar-se o âmbito Judiciário, criando condições que possibilitem a análise prévia acerca do *periculum libertatis*, bem como da suficiência e adequação das medidas cautelares diversas do artigo 319 do CPP.⁵

Tendo sido demonstrada as características que deverão nortear o ato, passa-se à análise das consequências de sua realização imediata.

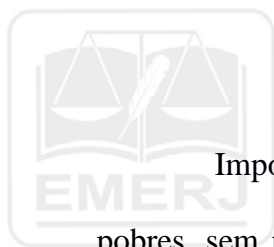
A primeira grande consequência, deverá ser a análise da redução e combate da população carcerária, que acarreta inúmeras mazelas a população carcerária, que é obrigada a conviver com outros presos em péssimas condições de habitabilidade, o que acaba por tornar inviável a prevenção e reabilitação do condenado.

Observada pela população a notória incapacidade do Estado em reabilitar seus encarcerados, torna-se latente a cobrança da sociedade em requerer a imediata punição de suspeitos de crimes, contrapondo-se ao paradoxo do atual sistema carcerário: de um lado o acentuado avanço da violência e o clamor pela majoração das penas, atrelado à superpopulação prisional e as nefastas mazelas carcerárias.

Anos de abandono, falta de investimento adequado e anos de descaso das autoridades competentes, culminaram no caos vivido pelo atual sistema prisional brasileiro.

Assim, a prisão que surgia com o intento de passar para o Estado a função de punir e ressocializar seus condenados, substituindo assim as penas de morte, as torturas e a possibilidade de a população punir por si própria os autores dos crimes praticados, deixa de produzir o efeito desejado, visto que não consegue efetivar o fim correccional da pena, ou seja, acaba por ultrapassar os limites previstos pelo legislativo, atuando os presídios diversas vezes como escolas de aperfeiçoamento do crime.

⁵ BRASIL. Código de Processo Penal, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso em: 28 Nov. 2015.



Importante salientar que, considerando-se que os presos são em sua absoluta maioria pobres, sem nenhum tipo de instrução e politicamente impotentes, poucas são as pesquisas obtidas com relação a esse tema, considerando-se os altos índices de violência no Brasil e a apatia pública em relação aos presos.

Destarte, com a apresentação imediata do preso, minimizar-se-ia se a possibilidade de prisões manifestamente ilegais, privando os detidos de integrarem um ambiente degradante e pernicioso, desde que ausentes os requisitos legais da custódia.

2. A BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES E A NECESSIDADE DO CONTATO IMEDIATO DO PRESO COM O JUIZ DE DIREITO COMO FORMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Ao ser preso, o acusado terá o direito de comparecer imediatamente ao juiz de direito, preservando-se princípio fundamental e de longa data instituído no âmbito do direito internacional⁶, primordial para efetivação das garantias inerentes ao ato prisional e permanência do preso no cárcere sob a égide da legalidade.

Reduzir as prisões preventivas de fato foi o grande objetivo trazido pela Lei 12.403⁷. Isso porque, antes da vigência do referido diploma legal, duas eram as hipóteses previstas ao acusado no Brasil: ou a permanência desse no cárcere até a prolação de sentença com consequente condenação ou aguardar o julgamento da lide em liberdade.

⁶ COSTA RICA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto de San Jose da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 18 set. 2015.

⁷ BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 18 set. 2015.



Verificada a presunção de inocência, esculpida na Carta Magna⁸, sobreveio a referida legislação, visado evitar a privação total da liberdade do indivíduo antes do julgamento.

Esta lei estabelece critérios que visam à preservação da liberdade com a preservação da vítima, prevendo inclusive a utilização de monitoramento eletrônico. Observado tais dispositivos, reservado estaria o cárcere apenas para casos extremos.

No estado de São Paulo (que abriga 37% da população carcerária total do Brasil), a maioria dos detentos não comparece perante um juiz antes de pelo menos cumprir 3 (três) meses de detenção.

Durante esse período, notório e evidente o risco de maus-tratos, contágio e exposição a diversas doenças, sem contar, que os índices de violência são completamente ampliados no período compreendido durante os primeiros momentos que seguem a detenção da polícia ao suspeito.

Desta forma, o atraso na realização do ato torna os detentos completamente vulneráveis à tortura e às mais variadas formas de maus-tratos cometidos por condutas abusivas, praticadas tanto no âmbito policial, quanto na chegada e alojamento nos presídios.

Em 2012, o Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes das Nações Unidas informou ter recebido “relatos repetidos e consistentes de tortura e maus-tratos”, em São Paulo e em outros estados, “cometidos especialmente por policiais militares e civis”⁹.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012>. Acesso em: 20 ago. 2015.



A tortura supostamente teria ocorrido nos centros de custódia da polícia ou no momento da prisão, na rua, dentro de casas, ou em “becos” e foi descrita como “violência gratuita, como forma de punição, para extração de confissões ou meio de extorsão”¹⁰.

A prisão, antes de toda a intenção do Estado em reabilitar o preso, como meio de execução de pena já arbitrada ou como meio provisório de execução, deve antes de toda e qualquer análise, ser vista, sem falsas convicções, como um trauma não só para o indivíduo encarcerado, como para seus familiares e amigos próximos, que sofrem todo tipo de humilhação para manterem vínculo com os detentos.

Dessa forma, a perda da ótica do ato prisional é a mais drástica forma de ruptura da vida em sociedade, com a conseqüente perda absoluta de espaços e momentos de intimidade, de convívio familiar, submissão a procedimentos humilhantes e ainda, perda de todo e qualquer controle sobre atividades comuns e rotineiras atinentes a vida em sociedade.

Muito embora não se vá à sua gênese para justificar a sua existência, as sociedades pós-modernas legitimam-na racionalizando os seus procedimentos.

Ainda nessa busca, fazem-se teorias sobre retribuição, ressocialização e prevenção a *posteriori*, porém, sempre que testadas, chegou-se à conclusão de que o cárcere pune não somente o corpo físico do indivíduo, mais também sua alma, no sentido amplo e irrestrito da denominação da palavra, aniquilando-se assim o ser humano por completo.

Para Foucault¹¹, existem dois momentos acerca da história de repressão de humanos delinquentes, sendo o primeiro:

[...] apresentamos exemplo de suplício e de utilização do tempo. Eles não sancionam os mesmos crimes, não punem o mesmo gênero de delinquentes. Mas definem bem, cada um deles, certo estilo penal. Menos de um século medeia entre ambos.

¹⁰ INFORMATIVO REDE JUSTIÇA CRIMINAL, São Paulo: ed. 05, ano: 03, mai. 2013, p. 21.

¹¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 13.



Mais da metade dos presos hoje encarcerados são provisórios, isso significa que contra eles pesa apenas uma suspeita e jamais uma certeza.

Cárceres abarrotados de pessoas que não tiveram contra si uma condenação ou o trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória.

Até a reforma processual de 2008, que alterou todos os procedimentos do Código de Processo Penal¹², o interrogatório era o primeiro ato do rito processual, seguido pela oitiva das testemunhas e vítimas, caso houvessem.

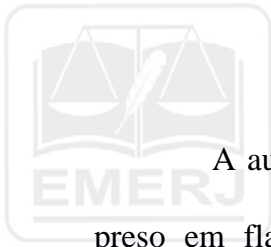
Nesse momento, não raras vezes, após ouvir o acusado, atendia o juízo, o pleito defensivo pleiteando a liberdade provisória mediante comparecimento a todos os atos processuais, sob pena, de revogação da liberdade.

Contudo, posterior à sistemática vigente após 2008, o interrogatório passou a ser o último ato processual, sendo o réu ouvido após testemunhas de defesa, acusação e depoimento da vítima se houver, o que acabou trazendo evidente vantagem a ampla defesa do acusado, contudo, arcando o indivíduo com imenso sacrifício de sua liberdade pessoal.

Deixou o legislador de observar que a grave situação gerada após alteração do rito processual, estaria agora justificada pela falha na tramitação separada dos projetos de alteração do Código, somada a ausência de preocupação com a coerência e harmonia do sistema acusatório.

É trazida, portanto, a consequência mais relevante trazida ao âmbito processual: a oitiva do preso somente após longos meses (às vezes anos) de espera após o cárcere, impondo-se, desta forma, a mudança legislativa imperiosa e urgente referente a legalização e inclusão das chamadas audiências de custódia na atual legislação.

12 BRASIL. Código de Processo Penal, op. cit, nota 02.



A audiência de custódia corrige de forma simples e eficiente a dicotomia gerada: o preso em flagrante será imediatamente conduzido à presença do juiz para ser ouvido, momento em que o juiz decidirá sobre as medidas previstas no art. 310, tratando-se de prática factível e perfeitamente realizável no âmbito jurídico.

3. O PROJETO DE LEI 554/2011 E A JÁ REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NOS ESTADOS BRASILEIROS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

Tramita no Congresso Federal, projeto de lei de iniciativa do Senado Federal, com o objetivo de alteração § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar que o prazo seja apresentado à autoridade judicial no prazo vinte e quatro horas, após efetivada sua prisão em flagrante.¹³

Ocorre que, apesar de ainda não existir norma legal para a efetivação das audiências no Brasil, esta vem sendo realizada em 14 (quatorze) Estados brasileiros, conforme informação emitida pelo Conselho Nacional de Justiça, ressaltando-se que o Estado do Piauí, Estado com o quarto maior índice de presos do País, atrás apenas do Estado do Sergipe, Maranhão e Piauí, aderiu ao projeto no último dia 21 de agosto do corrente ano.¹⁴

Em seu discurso, o presidente do CNJ Ricardo Lewandowski¹⁵, lembrou a obra do filósofo italiano Norberto Bobbio, um dos maiores pensadores do século XX, que classifica como um “progresso moral da humanidade” o momento em que o mundo adquire a

¹³ BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 554, de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 16 ago. 2015.

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia chega a 14 estados com adesão do Piauí*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80249-audiencia-de-custodia-chega-a-14-estados-com-adesao-do-piaui>>. Acesso em 10 out. 2015.

¹⁵ Id. *Composição do CNJ*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/composicao>>. Acesso em 10 out. 2015.



consciência de que não basta teorizar sobre os direitos fundamentais ou prevê-los em leis, mas no qual é preciso dar concretude a eles, conforme salientou:

É o que estamos fazendo neste momento em prol de uma minoria que historicamente tem sido relegada ao mais completo abandono, que são as pessoas que estão temporariamente sob a custódia do Estado¹⁶.

Conforme dados obtidos colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça, cerca de 8 (oito) mil pessoas presas em flagrante deixaram de entrar nos presídios em 2015, após passarem por audiências de custódia¹⁷.

Considerou-se na pesquisa acima que se levando em conta que cada preso custa R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensais ao Estado, calcula-se dessa forma, uma economia de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) desde fevereiro.

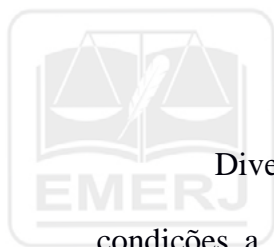
Ainda segundo a pesquisa realizada, até o início de outubro, mais de 6,6 mil pessoas tinham conseguido a liberdade provisória após as audiências – ou 45% do total ouvido pelos juízes. 51% permaneceram presos, e 4% das prisões foram consideradas ilegais.

O percentual de soltura – nome que se dá às ocasiões em que os juízes autorizam a liberdade provisória – varia entre 35% (Trinta e Cinco) no estado de Pernambuco e 81% (Oitenta e Um) por cento em Rondônia, segundo o CNJ. No estado de São Paulo, a soltura chega a 43% (Quarenta e Três) por cento das situações e, no Espírito Santo e no Maranhão, em 49%. (Quarenta e Nove) por cento.

CONCLUSÃO

¹⁶ Id. *Audiência de custódia chega a 14 estados com adesão do Piauí*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80249-audiencia-de-custodia-chega-a-14-estados-com-adesao-do-piaui>>. Acesso em 10 out. 2015.

¹⁷ AUDIÊNCIA de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>>. Acesso em: 25 set. 2015.



Diversamente do texto originário do Código de Processo Penal de 1941 que previa as condições a que poderia ser submetido o agente no curso da persecução criminal, a Lei 12.403/11, submeteu o preso, o sujeito da investigação ou processo criminal a sujeição de medidas cautelares diversas da prisão.

Há tempos reconhecida a superioridade do Estado sobre o preso, inclusive com a criação da expressão “vulnerabilidade do encarcerado” como um passo para a humanização do sistema penal.

No âmbito da Constituição Federal, o preso surge como mais uma das figuras que mereceram tratamento diferenciado pelo Constituinte com especial apego à solidariedade, merecendo tratamento diferenciado.

Não por outro motivo, o encarcerado pode ser chamado de “necessitado jurídico-constitucional”, ao lado de outros grupos tais como idosos, crianças e consumidores. Nesse sentido, percebeu-se especial cuidado do Constituinte: “Art. 5º (...) XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Assim, as audiências de custódia surgem com o intuito de garantir aos encarcerados a proteção máxima prevista pelo legislador, garantindo a apresentação imediata do preso, não só a efetividade de um direito constitucionalmente previsto, mas acima de tudo, surge com o intuito de coirmos as mazelas cometidas no âmbito das delegacias e ainda no trajeto aos presídios, garantindo ainda que somente presos que efetivamente não se encaixem nos requisitos previstos para a concessão de liberdade provisória ou relaxamento de prisão, possam aguardar no cárcere o trâmite processual de seus processos até o trânsito em julgado das decisões condenatórias.

Dessa forma, considerando-se que a grande maioria da população carcerária brasileira é composta de pessoas pobres, negras, e que possui o Brasil a terceira maior



população carcerária do mundo, torna-se urgente a criação de medidas que visem a manutenção desnecessária de pessoas nas prisões.

De ladrões mulatos e outros quase brancos, tratados como pretos só pra mostrar aos outros quase pretos (e são quase todos pretos) e aos quase brancos pobres como pretos como é que pretos, pobres e mulatos e quase brancos quase pretos de tão pobres são tratados, pense no Haiti, reze. É preciso evoluir!

REFÊRENCIAS

AUDIÊNCIA de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>>. Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. Projeto de lei do Senado nº 554, de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 16 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 148.662/RS. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22284956/habeas-corpus-hc-148662-rs-2009-0187406-6-stj/inteiro-teor-22284957>>. Acesso em: 15 set. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia chega a 14 estados com adesão do Piauí*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80249-audiencia-de-custodia-chega-a-14-estados-com-adesao-do-piaui>>. Acesso em 10 out. 2015.

_____. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 10 set. 2015.

_____. *Composição do CNJ*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/composicao>>. Acesso em 10 out. 2015.



COSTA RICA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto de San Jose da Costa Rica). Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.

Acesso em: 18 set. 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GIL, Gilberto. VELOSO, Caetano. O Haiti é aqui. In: GIL, Gilberto. VELOSO, Caetano. *Tropicália 2*. Rio de Janeiro: PolyGram do Brasil, 1993. 1 CD.

INFORMATIVO REDE JUSTIÇA CRIMINAL, São Paulo: ed. 05, ano: 03, mai. 2013.

JURÍDICO, *Revista Consultor*. Audiência de Custódia são iniciativa brilhante, dizem advogados. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-05/audiencias-custodia-sao-iniciativa-brilhante-dizem-advogados>>. Acesso em 04 abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em:

<[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012)

[apoio/publicacoes/tortura/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012)>

. Acesso em: 20 ago. 2015.



A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO

Ingrid Alencar de Castro Dias Vieira

Graduada pela Universidade Gama Filho. Advogada.

Resumo: A redução da maioridade penal atualmente é um tema bastante polêmico entre os legisladores, juristas e brasileiros em geral, assunto esse que congrega múltiplos olhares quanto ao questionamento. Tornou-se um fator preocupante, visto o aumento na incidência da criminalidade no Brasil. Os meios de comunicação em geral revelam uma lógica conflitante de ordem social, e nesse cenário a população brasileira e os estudiosos se dividem entre aqueles que apoiam para que haja a redução da maioridade penal e aqueles que têm um posicionamento contrário a essa opinião. Surgem debates em todas as esferas do poder. Ainda uma outra preocupação, as condições do ensino e a desigualdade social enquanto fator determinante para a marginalização de crianças e adolescentes. A recente tramitação da PEC 171/93 desperta novas discussões entre juristas no país.

Palavras-chave: Direito Penal. Redução da Maioridade Penal. Homicídio Doloso. PEC 171/93.

Sumário: Introdução. 1. A Responsabilização da Criança e do Adolescente. 2. A deficiência da Educação como Cerne da Questão 3. A Inconstitucionalidade da PEC 171/93. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por escopo analisar questões jurídicas do tema da redução da maioridade penal no crime de homicídio doloso, um tema com amplitude polêmica. Juristas e doutrinadores do direito divergem sobre a possibilidade da redução dentro do país brasileiro, e também sobre os resultados que seriam alcançados.

No primeiro capítulo o estudo demonstra como a criança e o adolescente são responsabilizados hodiernamente ao realizar uma conduta que resulta em um ato infracional. Visa trabalhar a efetividade do sistema já existente no ECA e na CRFB/88, elucidando assim, que a imposição de medidas protetivas e medidas socioeducativas, e não de penas criminais, relaciona-se justamente com a finalidade pedagógica que o sistema deve alcançar, respeitado o critério bio-psicológico escolhido pelo ordenamento jurídico para delimitar a idade de 18 anos completos para que seja possível imputar crime a um sujeito.



Já o segundo capítulo destina-se a examinar que reduzir a maioria penal é tratar o efeito e não a causa, levando-se em consideração que para o Estado é mais fácil prender do que educar e que o adolescente marginalizado não surge ao acaso, mas é fruto de um estado de injustiça social que gera e agrava a pobreza em que sobrevive grande parte da população. Procura ver até onde o papel da educação é fundamental em um sistema de co-responsabilidade, considerando ser mais eficiente o investimento no sistema educacional, do que o asseveramento da aplicação de medidas penais.

No terceiro capítulo será apresentada a PEC 171/93, atualmente em tramitação no Congresso Nacional. Nessa seara, será abordada a discussão que gira em torno da inconstitucionalidade do Projeto de Emenda à Constituição, trazendo também posicionamentos de juristas, entidades e pessoas que exercem relevante valor na sociedade.

Por fim, na conclusão será feita uma síntese de tudo o que foi abordado, apresentando uma ideia central como norteadora dos questionamentos levantados durante o artigo. Encontrar um solucionamento para a problemática não é o objetivo trabalhado, mas sim a pura análise e discussão do tema.



1. A RESPONSABILIZAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei Federal nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990 instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Esta norma estabelece os princípios norteadores dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. A Constituição Federal de 1988, no artigo 227¹, já havia acolhido o que o ECA veio a detalhar: a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Por meio desta norma foi criado um sistema de co-responsabilidade do Estado, da sociedade/comunidade e da família baseado na doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

A *priori*, é relevante elucidar quem o ECA considerou como criança e adolescente. O art. 2º do ECA² assim estabeleceu:

Art. 2o. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Este dispositivo é um conceito jurídico e estritamente objetivo. Possivelmente, outras ciências, como a psicologia e a pedagogia, adotem parâmetros etários diferentes (lembrando que, em muitas normas internacionais, a expressão “criança” é utilizada para definir, indistintamente, todas as pessoas na faixa etária inferior a 18 anos). O constituinte não utilizou o termo “menor”, que possui uma conotação um tanto quanto pejorativa e discriminatória, incom-

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

² BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 out. 2015.



patível, portanto, com a nova orientação jurídico-constitucional, que colocou as crianças e os adolescentes na condição de titulares dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Desta forma, conforme prevêm os art. 4º e 5º do ECA, a defesa/promoção dos direitos fundamentais assegurados à criança e ao adolescente, o dever de respeitá-los e priorizá-los, não é tarefa de apenas um órgão ou entidade, mas deve ocorrer a partir de uma ação conjunta e articulada entre família, sociedade/comunidade e Poder Público (em todas as esferas de governo).

No cenário internacional, a Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, que consagrou a doutrina da proteção integral, constituiu o mais importante documento internacional de Direito da Criança. Foi aprovada em Nova Iorque e adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, passando a ter força coercitiva para todos os Estados signatários, entre eles o Brasil. A doutrina da proteção integral colocou a criança e o adolescente no patamar equivalente a sujeitos de direito, aos quais são assegurados todos os direitos e garantias fundamentais do adulto, além de outros ligados ao princípio da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Esse princípio significa que a criança e o adolescente encontram-se em formação sob os aspectos físico, emocional e intelectual.

Segundo o sistema jurídico vigente, a maioridade penal se dá aos 18 anos de idade. Essa norma encontra-se inscrita em três Diplomas Legais: artigo 27 do Código Penal, artigo 104 caput do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 228 da Constituição Federal. A carta magna utilizou-se de um critério chamado “critério biológico”, adotando a presunção de que todo menor de dezoito anos não é capaz de entender o caráter ilícito de sua ação. O art. 228 da CRFB/88 repetiu o art. 27 do CP. O art. 228 da CRFB/88 dispõe que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Por sua vez, o art. 28 do CP prevê que “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Inimputável é aquele



que não pode ser responsável pelo crime que praticou. Embora tenha cometido o ilícito, será isento de pena.

O Estatuto da Criança e do Adolescente criou a responsabilidade penal dos adolescentes. Toda conduta que a Lei (Penal) tipifica como crime ou contravenção, se praticada por criança ou adolescente é tecnicamente denominada “ato infracional”. O adolescente infrator (pessoa entre doze e dezoito anos de idade), autor de conduta contrária à lei penal, deverá responder a um procedimento para apuração de ato infracional, sendo passível, se comprovada a autoria e a materialidade do ato, de aplicação de uma medida socioeducativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. A criança (pessoa com até doze anos de idade incompletos) que praticar ato contrário à lei penal ficará sujeita apenas à aplicação de uma medida protetiva, também prevista no referido estatuto.

O art. 98³ do ECA ditou que as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos pelo ECA forem ameaçados ou violados em três hipóteses, tais quais, por ação ou omissão da Sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável ou; em razão de sua conduta.

Interessante ver que o constituinte está em todo o tempo preocupado em estipular uma responsabilização conjunta da família, da sociedade/comunidade, do Poder Público e da própria criança ou adolescente. Trata-se do já mencionado sistema de co-responsabilidade.

Os atos infracionais, trazido no título III, capítulo I do ECA, são definidos como condutas descritas como crime ou contravenção penal (Art. 103⁴ do ECA). As medidas protetivas aplicáveis à criança estão no art. 101⁵: Já as medidas socioeducativas aplicáveis ao adolescente estão no art. 112⁶.

³ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.



Para cumprir a tarefa de reeducação da criança e do adolescentes que comete ato infracional, o Estado deve aplicar e executar de forma eficiente as medidas previstas no ECA. No entanto, a teoria é diferente da prática. Infelizmente, a realidade da maioria dos Estados federados é vexatória, pois as medidas socioeducativas em meio externo (prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida _ inc. III e IV do art. 112 do ECA), quando aplicadas pela justiça competente, as Varas da Infância e da Juventude, na maioria das vezes não chegam a serem cumpridas pelos adolescentes-infratores e, quando são, a maneira de cumprimento é insuficiente e ineficaz para resultar em mudança significativamente relevante na vida deles, o que resulta em um sentimento de impunidade por parte dos adolescentes-infratores e acaba por contribuir para a prática reiterada de atos infracionais. Esse imbróglio acabará por ocasionar no próximo ato infracional a aplicação das medidas mais severas previstas pelo ECA: as medidas restritivas de liberdade, que podem ser a semiliberdade ou a internação. A maneira que essas medidas têm sido executadas também tem se mostrado inadequada para a ressocialização dos jovens infratores, uma vez que a grande maioria das unidades executoras de medidas possuem instalações físicas precárias, recursos materiais escassos e recursos humanos insuficientes; bem como não há o atendimento dos centros de internação dos parâmetros estabelecidos pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), elaborado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

A atitude responsiva do Estado ao adolescente-infrator foi prevista na forma de medidas socioeducativas, pois, nessa faixa etária (dos 12 aos 18 anos), o adolescente responde de forma mais eficiente à intervenção pedagógica, justamente por estar em processo de desenvolvimento físico, emocional e intelectual. Contudo, se o Estado-Juiz aplica uma medida socioeducativa e o Poder Executivo não fornece as ferramentas adequadas para o seu cumprimento, a mensagem que se passa ao adolescente-infrator é a de que nem sua família nem o



Estado tiveram a capacidade de detê-lo na empreitada infracional. Ao deixar de responsabilizar o adolescente de maneira adequada, o Estado está de certa forma, incentivando a sua permanência e manutenção no meio infracional.

2. A DEFICIÊNCIA DA EDUCAÇÃO COMO CERNE DA QUESTÃO

É preciso se indagar diversas vezes se o encarceramento de adolescentes de 16 e 17 anos será de fato a contribuição que a sociedade carece para a diminuição da criminalidade no Brasil. Será que diante de um sistema que originalmente visa a ressocialização desses jovens, se estaria viabilizando esse processo? É bem certo que o Estado, ao promover a redução da maioria penal no crime de homicídio doloso, estaria tirando adolescentes das unidades de internação, medida sancionatória mais severa que temos, onde hoje eles são atendidos por educadores, psicólogos, assistentes sociais (ainda que não dentro da melhor perspectiva), para colocá-los em cárceres, preenchidos em sua maioria por facções criminosas (por exemplo, no Rio de Janeiro há o Comando Vermelho, o Terceiro Comando Puro e os Amigos dos Amigos) e integrantes de milícias. Lá estariam sendo comandados pelos “chefes” de tais facções e milicianos. O respeitável jurista argentino, Eugenio Raul Zaffaroni⁷, assim expôs:

A violência aumenta porque aumentou a miséria. Os anos 1990 foram os anos do festival do mercado: os pobres ficaram mais pobres e alguns ricos, nem todos, mais ricos. Os mesmos autores dessa política de polarização da sociedade são os que hoje pedem mais repressão sobre os setores vulneráveis da população. (...) No final, eles não são vulneráveis a essa violência. A ‘guerra’ que pedem é a ‘guerra’ entre pobres. (...) Essa política dos chamados comunicadores sociais e dos políticos sem programa, que só querem mais poder policial, no fundo é a neutralização da incorporação das maiorias à democracia.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. A esquerda tem medo, não tem segurança pública. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 131, fev. 2007.



Sem dúvida, os efeitos da convivência com facções criminosas e milicianos seriam sobremaneira danosos ao mais vulnerável, o adolescente, uma vez que este não possui o mesmo poder de discernimento de um adulto, por se constituir pessoa em formação, em estágio de desenvolvimento físico e mental.

Mais adequado seria atacar a raiz do problema, isto é, o porquê de tantas crianças e adolescentes estarem à margem da sociedade e se envolverem na “vida do crime”. A deficiência no Sistema de Educação Nacional durante décadas e décadas a fio resultaram nesse “câncer” quase que incurável. Foram sendo reproduzidos “criminosos em potencial em série”, a partir do momento em que não se investiu corretamente na base do país. O adolescente marginalizado não surge ao acaso. Ele é fruto de um estado de injustiça social que gera e agrava a pobreza em que sobrevive grande parte da população. A marginalidade torna-se uma prática moldada pelas condições sociais e históricas em que os homens vivem. O adolescente em conflito com a lei é considerado um ‘sintoma’ social, utilizado como uma forma de eximir a responsabilidade que a sociedade tem nessa construção. Uma criança que não recebe a educação necessária para traçar um futuro viável onde ela possa adquirir conhecimento de qualidade para mais adiante escolher um ofício, trabalhar e ser remunerada de forma digna e justa se transformará em um adolescente e, futuramente em um adulto, que será eventualmente induzido a trilhar caminhos escusos para subsistir em um Estado que oferece muito pouco para um cidadão viver dignamente.

As crianças e adolescentes que se envolvem em situações que os levam a cometer atos infracionais graves, primeiro abandonaram a escola. A educação é fundamental para qualquer indivíduo se tornar um cidadão, mas é realidade que no Brasil muitos jovens pobres são excluídos deste processo. Para o Estado é mais fácil prender do que educar. Porém, educar é melhor e mais eficiente do que punir. A Constituição brasileira assegura nos artigos 5º e 6º direitos fundamentais como educação, saúde, moradia etc. Com muitos desses direitos ne-



gados, a probabilidade do envolvimento com o crime aumenta, sobretudo entre os jovens.

A partir dessa premissa, pode-se concluir que, além dessas crianças e adolescentes não terem recebido de suas famílias os valores e princípios basilares, como respeito ao próximo, ao patrimônio e à integridade física do outro, a escola por sua vez também não tem conseguido ensinar para eles tais valores, além de não estar sendo capaz de efetivamente inseri-los no processo de ensino-aprendizagem. Se conseguisse administrar melhor esse processo, a escola estaria contribuindo para evitar a evasão escolar. Diretores das Instituições de Ensino, professores, inspetores e demais funcionários e integrantes da comunidade escolar têm de trabalhar de forma integrada para desenvolver em seus alunos uma cultura de mais paz e menos violência, já que seu papel na formação desses jovens é essencial. No entanto, ao se depararem com questões comportamentais, as escolas têm escolhido o caminho mais fácil: “transferências compulsórias” (o que se traduz na verdade em expulsão) desses alunos para outras instituições de ensino, muitas vezes longe de suas residências, o que também contribui para que deixem de estarem presentes na sala de aula. Esse abandono da escola impossibilita a reeducação do jovem. É necessário uma adequada capacitação de toda uma equipe que atua nas escolas para lidar com esse público marginalizado.

O Estado, por sua vez, não tem cumprido o seu papel. Os recursos públicos nunca foram direcionados de maneira proporcional e devida ao âmbito do ensino. Não se investiu como se deveria na educação da base da sociedade, que é constituída pelas crianças e pelos adolescentes. A educação é direito de todos e dever do Estado e ela deve ser garantida pelo Estado através de ações e políticas públicas que assegurem o seu bom funcionamento na melhoria da qualidade de vida da população. Políticas públicas é o Estado em ação, através de programas que auxiliem na qualidade total da educação, beneficiando não somente uns, mas toda a sociedade. Nessa perspectiva, o Estado deve assumir seu papel visando ao fortalecimento da educação.

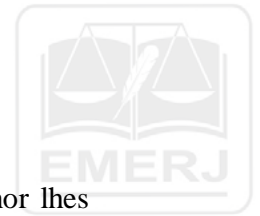


Não se pode também deixar de responsabilizar a sociedade/comunidade por sua omissão quanto às ações para prevenção da violência juvenil e para a ressocialização do jovem infrator. Salvo alguns membros da sociedade civil em ONGs, a maioria da população brasileira não se envolve com a questão da delinquência juvenil, seja em ações atinentes à prevenção dessa criminalidade, seja no papel de fiscalizador do Estado quanto à implantação das necessárias políticas públicas na área de reeducação de adolescentes-infratores. A sociedade não se conscientizou de sua responsabilidade na luta contra a violação dos direitos das crianças e adolescentes brasileiros.

Ainda em tempo, torna-se mister mencionar o papel da mídia na defesa da redução da maioridade penal, bem como seu poder de influência tanto para o bem, quanto para o mal, na conduta das crianças e dos adolescentes. Aqueles que são favoráveis a redução da maioridade penal para a idade de 16 anos afirmam que crimes brutais são cometidos pelas pessoas protegidas pelo ECA, devido ao brando tratamento que esta lei dá (penas que não excedem 3 anos) aos adolescentes quando cometem atos infracionais. Acreditam que as medidas não tão severas (se comparadas as sanções nas legislações penais) presentes no ECA, têm fortalecido a ideia de impunidade. A sociedade se vê refém das atrocidades, restando com uma sensação de injustiça.

O Brasil possui muitos meios de comunicação de massa que tendem a transformar determinados acontecimentos em grandes espetáculos, gerando assim uma grande repercussão social, especialmente quando os sujeitos envolvidos são crianças e adolescentes. Norberto Bobbio⁸ chama a mídia de quarto poder. Ela estaria ao lado do poder político, do poder econômico e do poder coercitivo. A mídia está concentrada nas mãos de uma elite social e serve a interesses próprios, que por muitas vezes desvirtua-se do seu papel de fornecer informação

⁸ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 15.



isenta e imparcial, e presta-se a inculcar no imaginário popular as ideologias que melhor lhes atenderem.

O grande propósito da mídia/imprensa de massa ao manipular a informação e dimensionar os atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes é propagar o medo, criando uma cultura da insegurança social. É um processo onde ocorre uma apropriação da violência para obterem-se lucros, multiplicando-se os números de empresas privadas de segurança, a oferta de moradia segura em condomínios fechados, os carros blindados e assim por diante.

Ademais, os meios de comunicação dos dias de hoje vêm contribuindo significativamente para a formação das crianças e dos adolescentes. É preciso separar e conhecer as potencialidades que a televisão e a internet têm de favorável para a aprendizagem da criança, mas cabe aos pais atuar nessa formação e conhecer os programas que os filhos assistem, os sites que navegam, analisando seus valores e ideais para tentar formar a partir daí um cidadão crítico capaz de averiguar se tal programa ou se tal site traz algo de valor para a sua vida, sendo os mesmo transmissores de valores da própria educação.

Como se pode ver, as causas da violência e da desigualdade social não se resolverão com adoção de leis penais mais severas. O processo exige que sejam tomadas medidas capazes de romper com a banalização da violência e seu ciclo. Ações no campo da educação demonstram-se positivas na diminuição da vulnerabilidade de centenas de adolescentes ao crime e à violência.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PEC 171/1993

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 171 que traz a redução da maioria penal de 18 para 16 anos atualmente tramita no Congresso Brasileiro. Ela altera o artigo 228 da CRFB/88, o qual considera “inimputáveis os menores de dezoito anos”. A PEC 171 não é



inédita, tendo sido proposta pela primeira vez há 22 anos, em 1993 (apenas três anos depois da aprovação da Lei 8.069.90 que criou o ECA). O ECA é considerado um grande marco na proteção à crianças e adolescentes, pois institucionalizou direitos como a prioridade no atendimento (uma vez que, nessa etapa da vida, os indivíduos estão em fase peculiar de desenvolvimento). O Estatuto também prevê a aplicação de medidas socioeducativas para o caso de atos infracionais praticados por jovens com idade inferior a 18 anos.

Além da proteção integral concedida a crianças e adolescentes pela legislação brasileira, é importante lembrar que o Brasil é signatário de vários tratados internacionais sobre o tema, tal qual a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU (Organização das Nações Unidas). Faz parte da ONU o Comitê dos Direitos das Crianças, que recomenda o estabelecimento da maioridade penal a partir dos 18 anos completos, com leis e um sistema judicial especializado para crimes cometidos antes dessa idade.

No último dia 2 de Julho de 2015, um novo texto para a Proposta de Emenda Constitucional da redução da maioridade penal (PEC 171/93) foi aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados. O resultado da votação foi: 323 votos a favor, 155 contrários e 2 abstenções. Dois dias antes um texto semelhante havia sido rejeitado pela Câmara dos Deputados. A rejeição se deu com 303 votos favoráveis e 184 contrários. O texto que foi rejeitado incluía outros crimes, como tráfico de drogas e roubo qualificado. O art. 60, §2º da CRFB prevê que para aprovação de uma emenda constitucional são necessários 3/5 de aprovação de votos do total de deputados. Hoje temos 513 deputados, sendo necessários 308 votos para aprovação.

O texto aprovado estabelece a redução da maioridade penal, de 18 para 16 anos, nos casos de condutas que resultem em crimes hediondos (Lei 8072/90). No entanto, a proposta precisa passar por mais um turno na Câmara para seguir para avaliação do Senado.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32.



Foi publicado no próprio site da UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) no Brasil uma nota¹⁰ a respeito da PEC em tramitação, escrita por Lucien Muñoz (representante da UNESCO no Brasil), dizendo que esta estaria convencida de que reduzir a maioria penal, de 18 para 16 anos, não é a solução para a violência e para a falta de segurança no país. No mesmo sentido, disse que as deficiências do sistema prisional no Brasil apenas reafirmam que encarcerar adolescentes de 16 e 17 anos não contribuirá para o processo de ressocialização deles, “pior: poderá provocar o efeito inverso, ao aproximar ainda mais do crime uma parcela da nossa juventude”. Lucien concluiu assim:

Não há mágica nem soluções fáceis para o problema da falta de segurança no Brasil. Oferecer oportunidades, em especial na área da educação, e dotar o país de instituições aptas a lidar com jovens que cometem atos infracionais – na lógica do Estatuto da Criança e do Adolescente, com ênfase na ressocialização –, são caminhos ao mesmo tempo desafiadores e promissores.

A educação, base de todos os demais direitos, deve ser prioridade para a construção de uma cultura de paz.

A promotora do Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS), Ivanise de Jesus, também se manifestou por meio do site da EBC¹¹ (Empresa Brasil de Comunicação), citando dados estatísticos de que 91% do registro dos crimes no país são cometidos por adultos; e que a cada dez crimes, nove são praticados por adultos, e um é praticado por adolescente. Aduz que “esse panorama dos 90% não vai melhorar, pelo contrário, você vai jogar no sistema falido os outros 9% de adolescentes”.

A PEC 171/93 é tida por muitos como inconstitucional. Isso se dá porque consideraram o artigo 228 da CRFB/88 uma cláusula pétrea. O legislador reconheceu que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los. Os direi-

¹⁰ UNESCO. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/pt/about-this-office/single-view/news/notice_from_unesco_in_brazil_says_that_lowering_the_age_of_criminal_responsibility_for_minors_does_not_solve_violence_matter/#.Vi-nxaKQvWt>. Acesso em 26 out. 2015.

¹¹ EBC. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/04/promotoras-da-infancia-repudiam-proposta-de-reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em 26 out. 2015.



tos fundamentais do cidadão não estariam limitados ao artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que o parágrafo 2º do art. 60 da Carta Magna estabeleceu uma cláusula aberta e, assim, eles podem estar previstos em outras partes do texto constitucional ou mesmo residir em tratados internacionais.

Conforme o art. 6º da CRFB/88, direito à infância é um direito social. A Constituição Federal prescreveu que a criança e o adolescente são objetos de especial defesa da ordem jurídica, e para que ela se torne efetiva, várias previsões foram feitas, entre elas a do artigo 228, que determina que são inimputáveis os menores de 18 anos. Portanto, cabe ao Estado assegurar que tais direitos sejam possíveis de serem exercidos amplamente pelas crianças e pelos adolescentes. Não é possível colocar como objeto de emenda constitucional tendente a desguarnecer sua proteção, os direitos conferidos aos protegidos pelo ECA, uma vez que se trata de direitos fundamentais. Em outras palavras, os artigos 227, 228 e 229 da Carta Magna¹² são típicos direitos sociais, que, na realidade, nada mais fazem do que especificar o termo genérico de proteção à infância.

Por essas razões, a fixação do limite etário de responsabilização penal é uma garantia constitucional que impede o Estado de submeter crianças e adolescentes ao regime penal comum e, portanto, não pode ser suprimido ou ter o seu patamar alterado, encerrando verdadeira cláusula pétrea.

Recentemente o Jornal O Globo publicou matéria¹³ acerca do posicionamento do Min. Marco Aurélio e do ex-presidente do STF, Joaquim Barbosa. Os ministros entendem pela inconstitucionalidade da PEC 171/93, pois, dizem que “a matéria rejeitada não poderia ser enfrentada novamente em mesma sessão legislativa”. Disse isso pois não haviam passado

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

¹³ O Globo. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/camara-aprova-em-primeiro-turno-pec-para-reducao-da-maioridade-penal.html>>. Acesso em 26 out. 2015.



48h da primeira votação e outra proposta já teria sido aprovada na mesma sessão legislativa, que é o período normal de atividade do Congresso Nacional a cada ano.

É, absolutamente, um tema de muita discussão e polêmica entre os juristas, doutrinadores e agentes políticos. Muitos são favoráveis à redução e muitos são contrários. Do grupo dos que são contrários à alteração da idade mínima para imputabilidade penal, alguns manifestam serem contra pois discordam em parte do texto redigido na PEC. Para haver uma concordância muitas soluções se apresentam. No entanto a que pareceu mais razoável foi a trazida pela ex-deputada Rita Camata, relatora do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) 25 anos atrás. Em entrevista dada a Revista Veja em 6/6/2015¹⁴, ela disse assim:

Quando ainda estava na Câmara, há nove anos apresentei um projeto aumentando o tempo da pena para aqueles que cometem crime contra a vida e que estão envolvidos no tráfico de drogas. Propus que o período de internação passasse de três para seis anos. Outra proposta era que, em caso de reincidência, o adolescente deixasse de ser ficha limpa e constasse que ele já havia cometido crimes. Mas as propostas foram arquivadas.

Ao ser questionada se uma alternativa à redução da idade penal seria aumentar a pena aos aliciadores de menores, ela respondeu que tal decisão seria essencial; que se isso não fosse feito, se a redução da maioridade fosse aprovada, a indústria da cooptação de adolescentes continuaria a progredir. Os aliciadores passariam a usar os adolescentes de 14 ou 12 anos. Entende que seria muito mais produtivo aumentar a pena do adulto que usou um jovem, do que apenas reduzir a inimputabilidade. Sustentou ainda a possibilidade de uma outra alternativa, o aumento da pena para aqueles que cometem crimes contra a vida, que estão envolvidos com o tráfico, bem como defendeu a previsão de constar na ficha criminal de que aquele jovem é reincidente.

¹⁴ Revista Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/reducao-da-maioridade-traduz-negligencia-do-estado/>>. Acesso em: 25 out. 2015.



O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade foi observado na tese de ¹⁵Rita Camata (ex-deputada do partido PSDB-ES, relatora do ECA na Câmara dos Deputados na segunda metade da década de 1980) pois conseguiu conjugar duas lógicas: manteve a concepção do art. 228 da CRFB/88, de que a idade de 18 anos para a maioridade penal é cláusula pétrea, e também se propôs a asseverar de maneira razoável as medidas cabíveis aos atos infracionais, não afastando a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente.

CONCLUSÃO

A redução da maioridade penal se mostra insuficiente e ineficaz para resolução de tamanha demanda de questões inerentes a criança e ao adolescente, isto é, a redução não trará benefícios, pois o problema da criminalidade tem origem em fatores sociais. As medidas protetivas e as medidas socioeducativas são meios coercitivos, que se corretamente aplicados, promoverão o máximo de retorno em resultados positivos no que tange respeito ao limite de medidas sancionatórias que podem ser cabíveis a uma criança ou a um adolescente. Ainda que se trate de um delito tão grave quanto um homicídio doloso, há de ser levado em consideração a incapacidade física, emocional e intelectual da pessoa entre 12 e 18 anos de idade, de se determinar e agir diante de tal circunstância.

É injusto e nada razoável que o Estado-Juiz queira ter o direito de aplicar as Leis Penais e julgar um adolescente como um adulto, quando ele mesmo, na verdade, deixou de contribuir para a formação deste adolescente de uma maneira preventiva, concreta, sólida, efetiva, trazendo para ele uma gama de ferramentas para que pudesse construir pilares que

¹⁵ Revista Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/reducao-da-maioridade-traduz-negligencia-do-estado/>>. Acesso em: 25 out. 2015.



fundamentassem seus princípios e valores morais de modo a rejeitar a possibilidade de delinquir.

Os que hasteiam a bandeira da redução da maioria penal tratam essa medida como a solução para os graves problemas de violência urbana, eximindo a culpa dos pais que não incutiram valores morais e éticos na educação dos seus filhos e do próprio Estado que não forneceu condições adequadas para o desenvolvimento e socialização dessas crianças.

Por que não cuidar da criança e do adolescente antes para que ele não se torne uma pessoa em conflito com a lei? É necessário crer na força transformadora que há na educação, como instrumento de cidadania, justiça e humanização. Nenhum tipo de cadeia pode superar a educação e contribuir para a reintegração de um adolescente em conflito com a lei na sociedade.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 out. 2015.
- _____. SECRETARIA NACIONAL de DIREITOS HUMANOS / CONANDA. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: CONANDA, 2006.
- BRASIL. *Vade Mecum*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1982.
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- O GLOBO. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/camara-aprova-em-primeiro-turno-pec-para-reducao-da-maioridade-penal.html>>. Acesso em 26 out. 2015.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PESSÔA, V. A. de Paula. *Código Criminal do Imperio do Brasil Annotado*. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877.
- REVISTA VEJA. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/reducao-da-maioridade-traduz-negligencia-do-estado/>>. Acesso em: 25 out. 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. A esquerda tem medo, não tem segurança pública. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 131, fev. 2007.



ANÁLISE SOBRE A UTILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA SANCIONATÓRIA

Ingrid Jesus Peleteiro Fentanes

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: A função social da propriedade é um mecanismo constitucional para o pleno desenvolvimento urbano da cidade, e como tal prevê a desapropriação como sanção pelo seu descumprimento. Trata-se de modalidade de desapropriação somente aplicável nos Municípios que tenham plano diretor aprovado por lei e que devem seguir requisitos para garantir a oportunidade do proprietário do solo de se adequar as diretrizes fixadas. A essência do trabalho é abordar a utilidade, nos dias de hoje, da desapropriação urbanística sancionatória, suas etapas e seus requisitos, bem como, analisar uma maneira de adaptar essa sanção com as dificuldades financeiras do ente federativo municipal.

Palavras-chave: Desapropriação urbanística sancionatória. Função social da propriedade. Direito Urbanístico. Estatuto da Cidade.

Sumário: Introdução. 1. Objetivo da função social do solo não edificado, não utilizado ou subutilizado. 2. Possibilidade de permanecer arrecadando o IPTU Progressivo em vez de aplicar a desapropriação urbanística sancionatória. 3. Da falta de utilidade prática a desapropriação urbanística sancionatória. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende fazer uma análise à utilidade da desapropriação urbanística sancionatória. Procura-se demonstrar que a desapropriação sanção não tem utilidade na sua aplicação, por ser preferência dos municípios recolher o imposto predial territorial urbano até o proprietário do imóvel promover o adequado aproveitamento do solo.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se o Poder Público Municipal, na sua faculdade de exigir o aproveitamento do solo, poderá optar em permanecer arrecadando tributo ou se ele deverá realizar a desapropriação, uma vez que as sanções são de aplicação sucessiva. E, também, se esse recolhimento permanente vai de encontro ao comando constitucional de atribuir função social a propriedade.



A Constituição da República estabelece que a propriedade urbana deva cumprir sua função social, mas não diz explicitamente o que seria, indicando que a solo urbano cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenações da cidade expressas no plano diretor.

Para melhor percepção do tema, pretende-se expor se as garantias ao direito de propriedade limitam, de forma a impedir, a viabilidade dos institutos constitucionais e legais adequados a gerar o aproveitamento do solo. Busca-se, ainda, despertar a atenção para o dever da municipalidade, após a desapropriação sanção do imóvel, em promover o seu aproveitamento adequado que foi exigido do proprietário.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o objetivo da efetivação da função social do solo não edificado, não utilizado ou subutilizado.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a vantagem ao município de permanecer arrecadando o IPTU progressivo como forma de aumentar sua receita, deixando de dar efetividade à norma constitucional.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a desapropriação urbanística sancionatória, demonstrando sua utilidade no quadro político atual.

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

1. OBJETIVO DA FUNÇÃO SOCIAL DO SOLO NÃO EDIFICADO, NÃO UTILIZADO OU SUBUTILIZADO

Destaca-se a necessidade de analisar o significado da função social da propriedade, haja vista que o Constituinte Originário estipulou que a propriedade atendessem a função social,



de acordo com o art. 5º, XXIII da CRFB/88¹. Tal previsão possibilita ao Estado intervir na propriedade privada sempre que não estiver de acordo com os pressupostos da Constituição da República.

O Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/01, não fornece um conceito sobre a função social da propriedade, mas define diretrizes (art. 2º) para a sua efetivação, sempre em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. E a Constituição consignou parâmetros para objetivar a função social urbana, que traz um conceito jurídico aberto. No seu art. 182, §2º², dispõe que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

Ela não é um fim a ser atingido, mas um meio para se chegar ao bem estar social. Assim, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho³, o texto constitucional revela um direito contraposto a um dever, pois diz que a propriedade deve cumprir a função social, assegura o direito do proprietário tornando inatacável, se cumpre sua função, de um lado, e , de outro, impõe ao Estado o dever de respeitá-la nessas condições. Não esquecendo, que o descumprimento dessa função permite ao Estado a intervir na propriedade.

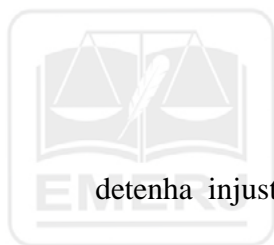
Ressalta-se que o interesse público sempre vai prevalecer sobre o privado, mas esse não deixa de existir. O Estado só dará preferência aos interesses sociais, quando o individual estiver em conflito com o social. Essa é a ideia da função social da propriedade, proporcionar a harmonia entre todos, na sociedade.

Sobre a propriedade, o Código Civil de 2002 não dá uma definição, apenas enunciando os poderes do proprietário (art. 1.228), tendo o proprietário a faculdade de usar, gozar, dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que a possua ou a

¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

³CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.



detenha injustamente. Esse direito de propriedade é pleno, mas não absoluto, pois deve caminhar junto com os interesses da coletividade cumprindo sua função para o desenvolvimento urbano. Esse inadimplemento de efetivar a adequada destinação do bem imóvel enseja a atuação do Estado, que por meio de mecanismos coercitivos para o cumprimento da função social da propriedade interfere na propriedade privada, podendo chegar ao ponto de desapropriar o imóvel como sanção pelo não cumprimento da determinação estatal.

Nos parágrafos do art. 1.228 do CC, o Código Civil expressou o conteúdo social do direito de propriedade. Dispõe que esse direito deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados o meio ambiente e o patrimônio público (art. 1.228, §1º). Depois, como forma de impedir o abuso de poder no exercício da propriedade, aduziu como defesos os atos que não trazem qualquer comodidade ou utilidade ao proprietário e que ainda sejam animados pela intenção de prejudicar outrem (art. 1.228, §2º). E asseverou a possibilidade do proprietário ser privado da coisa, no caso de desapropriação e requisição (art. 1.228, §3º).

A política pública, conforme a Lei n. 10.257/01, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Possui diretrizes para garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações, entre outras (Art. 2º, caput e §1º da Lei n. 10.257, de 10-7-2001)⁴.

Para melhor compreensão do instituto da desapropriação urbanística sancionatória, se faz necessário distinguir o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, pois são essas espécies o objeto do parcelamento, da edificação e da utilização compulsória.

⁴ BRASIL. Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.



O Estatuto da Cidade não precisou definir “solo não edificado” e “solo não utilizado”, pois são conceitos claros, de fácil compreensão. Mas “solo subutilizado” pode apresentar dificuldades, por isso que o inciso I do §1º do art. 5º⁵ estabeleceu que se considera solo subutilizado aquele cujo o aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente.

Mas o que seria o aproveitamento adequado do solo urbano? E como se chega a esse aproveitamento? Tanto a lei quanto a Constituição faculta ao Município, ente público autorizado a executar políticas públicas de que tratam os arts. 182 e 183 da CRFB/88, a exercê-las mediante lei específica e previsão do plano diretor. A Constituição prevê que o Poder Público Municipal pode exigir do proprietário o adequado aproveitamento do solo, mas esse adequado aproveitamento é estipulado pelo plano diretor, lei que determina o conjunto de diretrizes urbanísticas dos Municípios. É este que indica que tipo de aproveitamento do solo é adequado para cada na zona ou no modelo de assentamento.

O aproveitamento adequado realiza-se inicialmente com o parcelamento, com a edificação e com a utilização compulsória (art. 5º da Lei n. 10.257/01) no solo urbano. Tratam-se meios de intervenção na propriedade urbana privada (art. 4º, V, “i” da Lei n. 10.257/01). É função dos planos e normas urbanísticas a qualificação do solo como urbano, pois fixam o destino urbanístico que fica vinculado ao proprietário.

Nos termos do art. 182, §4º, I da CRFB/88⁶, o parcelamento, a edificação e a utilização compulsória só se legitimam se forem atendidos os pressupostos dispostos no artigo, quais sejam: a existência de um plano diretor que inclua áreas cujo aproveitamento se colima; a existência de lei municipal específica prevendo a faculdade do Poder Público

⁵ BRASIL. Estatuto da Cidade. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.



Municipal em exigir o aproveitamento; existência de lei federal regulamentando o assunto (Lei n. 10.257/01); e que o solo seja urbano não edificado, não utilizado ou subutilizado.

Assim, é facultado ao Município exigir dos proprietários destes imóveis que promovam seu adequado aproveitamento sob pena, sucessivamente, de: parcelamento ou edificação compulsória, IPTU progressivo no tempo e desapropriação. Ou seja, essas modalidades de efetivação de políticas públicas objetivando que a propriedade cumpra sua função social são sucessivas, apenas aplicando a próxima providência quando a anterior for desatendida pelo proprietário.

Cumpridas os requisitos do art. 182, §4º, I da CRFB/88⁷, de acordo com o art. 5º do Estatuto da Cidade⁸, o proprietário do solo deverá ser notificado pelo Poder Executivo municipal para cumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar determinada área, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis⁹ (art. 5º, §2º da Lei n. 10.257/01). Recebida essa notificação, o proprietário tem o prazo mínimo de um ano para protocolizar o projeto no órgão municipal competente e o prazo de dois anos, a partir a aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento (art. 5º, §4º da Lei n. 10.257/01). Excepcionalmente, em empreendimentos de grande porte, a lei municipal específica poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo (art. 5º, §5º da Lei n. 10.257/01).

Desatendida a notificação nos prazos legais, o proprietário fica sujeito ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos (art. 7º da Lei n. 10.257/01) ou até que se cumpra a obrigação (art. 7º, §2º da Lei n. 10.257/01). O valor da alíquota a ser

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

⁸ BRASIL. Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

⁹ Lei de Registros Públicos: Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.



aplicado a cada ano será fixado em lei específica e não excederá a duas o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de 15% (quinze por cento).

Apenas após decorrido 5 (cinco) anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido sua obrigação de parcelar, edificar ou utilizar o solo, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com o pagamento em títulos da dívida pública.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, somente em relação aos prazos previstos no Estatuto da Cidade, sem contar com os prazos para aprovar o plano diretor e a lei específica, verifica-se que o decreto de desapropriação não poderá ser expedido antes de 8 (oito) anos, aproximadamente. O cumprimento de todas as exigências constitucionais e legais passará por 3 (três) mandatos de Prefeito, no mínimo, tornando difícil a aplicação do instituto, mesmo sendo possível juridicamente.

Após essa panorâmica sobre a execução de políticas públicas para o adequado aproveitamento do solo urbano, evidencia-se de imediato dificuldades de três categorias. A primeira é a dificuldade de desvincular a ideia de propriedade como direito absoluto, a segunda são as etapas de prosseguimento consecutivo impor o cumprimento, uma vez que o ciclo completo é complexo, sendo difícil de aplicar até a desapropriação quando não cumprida nenhuma obrigação. E a última é a dificuldade de identificar os imóveis, havendo problemas de bancos de dados municipais, como também vistorias.

Mas isso não deve ser encarado como dificuldade, mesmo já se passado mais 25 anos de vigência da Constituição e o Estatuto da Cidade estar em vigor desde 2001. Como exemplo e suspiro de esperança, a Prefeitura da São Paulo começou a aplicar esse instrumento de política pública em 2014, estando ainda na fase de identificação dos imóveis e formação de uma estrutura desenvolvida para dar início a fiscalização e aplicação das medidas de implementação dessas políticas públicas.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



Essa questão de efetivação de políticas públicas deve ser encarada como políticas de estado e não como políticas de governo, independente de quem assuma as prefeituras. Pois como o decreto de desapropriação, para ser efetivado, passa por três mandatos de Prefeitos, é normal com a mudança do chefe do executivo municipal deixe que dar cumprimento aos atos de política pública do mandato político anterior.

São apenas 10 (dez) municípios, em todo o Brasil, que aplicam essas modalidades coercitivas para dar a adequada destinação ao imóvel com o enfoque social. Positivo será se o Município de São Paulo motive outros municípios a colocar em prática as políticas urbanas, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição da República.

É de fundamental importância visualizar que a função social não é apenas em relação a moradia, mas, por exemplo, também em relação ao meio ambiente saudável. A efetiva destinação da função social da propriedade pode gerar como benefício o desenvolvimento do espaço urbano com o seu melhor aproveitamento.

Destaca-se que o imóvel abandonado interfere no seu entorno, pois com o seu abandono é natural, ao menos nos grandes municípios, o acúmulo lixo, de proliferação de doenças, como a dengue, concentração de animais. Ademais, poderá ser um efeito o aumento do número de imóveis no mercado, com a diminuição do valor da propriedade, pois o proprietário talvez não consiga cumprir a determinação de parcelamento, a edificação, a subutilização, o pagamento do IPTU progressivo e prefira dispor do solo. Mas ressalta-se a destinação de função social ao imóvel tem que ser dada pelo adquirente do solo, tanto pessoa privada quanto a pública, sob pena do Prefeito do Município responder pro improbidade administrativa.

Segundo José Afonso da Silva¹¹, uma vez desapropriado o imóvel, cumpre ao Município proceder seu adequado aproveitamento, o mesmo que exigido do expropriado. Esse

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 426.



adequado aproveitamento há de ser realizado no prazo de máximo de 5 (cinco) anos, contados a partir da incorporação do bem ao patrimônio público. O Município poderá fazê-lo diretamente ou poderá alienar ou conceder a terceiros o imóvel, mediante licitação, ficando o adquirente sub-rogado naquela obrigação de parcelar, ou de edificar, ou de subutilizar o solo na forma determinada pelo Poder Público Municipal.

2. POSSIBILIDADE DE PERMANECER ARRECADANDO O IPTU PROGRESSIVO EM VEZ DE APLICAR A DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA SANCIONATÓRIA

Os impostos são tributos não vinculados¹² que incidem sobre manifestação de riqueza do sujeito passivo, se sustentando sobre a solidariedade social. Ou seja, as pessoas que manifestarem riqueza ficam obrigadas a contribuir com o Estado, fornecendo-lhe recursos de que esse necessita para realizar o bem comum. A Constituição Federativa da República do Brasil atribuiu competência privativa para instituir impostos a cada ente federado. Os impostos, em regra, possuem natureza fiscal, sendo a mais importante fonte de arrecadação.

Em relação ao IPTU progressivo, esse possui a função extrafiscal, prevista no art. 182, §4º, II da CRFB/88¹³, pois tem a intensão de estimular o cumprimento da função social da propriedade urbana por meio de um agravamento da carga tributária suportada pelo proprietário do solo sem o adequado aproveitamento. Sua progressividade extrafiscal é em relação ao tempo sem o aproveitamento do solo, isto é, quando mais tempo mantida a situação agressiva à finalidade social da propriedade, maior será a alíquota aplicada no lançamento do IPTU.

¹² ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 284.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.



O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) prevê o IPTU progressivo no seu art. 7º¹⁴, pelo prazo de 05 (cinco) anos consecutivos quando descumpridos os prazos para o parcelamento, utilização ou edificação compulsórios. A lei municipal específica determinará a alíquota do IPTU aplicável a cada ano, obedecendo à restrição de que a mesma não exceda duas vezes ao valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de 15%. Tal limitação tem por objetivo garantir que a progressividade não venha a gerar efeito confiscatório, o que é vedado pelo CRFB/88.

Interessante mencionar que é vedada a concessão de isenções ou anistia relativas à tributação progressiva do IPTU em busca da finalidade social.

Acerca do princípio do não confisco, esse está previsto no art. 150, IV da CRFB/88¹⁵ e tem o objetivo de coibir que a tributação impeça o exercício de atividades lícitas pelo contribuinte, dificultar o suprimento de suas necessidades básicas ou comprometer seu direito de uma existência digna. Este princípio está intrinsecamente ligado ao limite máximo de 15 % da alíquota do IPTU progressivo. Isto porque, no decorrer dos cinco anos de sua cobrança, a alíquota aumenta progressivamente até chegar ao patamar de 15% sem a possibilidade de ultrapassá-la.

O presente artigo científico pretende abordar a possibilidade de permanecer recolhendo o IPTU progressivo após o lapso de 05 (cinco) anos até que o particular promova o adequado aproveitamento do solo, salvo, se após desse prazo e da inércia do particular, o município tiver interesse no imóvel.

O art. 8º do Estatuto da Cidade¹⁶ (Lei n. 10. 257/2001), estabelece que decorridos cinco anos da cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a

¹⁴ BRASIL. Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

¹⁶ BRASIL. Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.



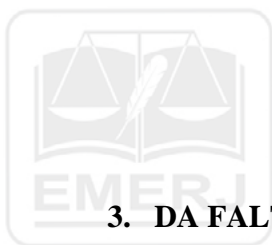
obrigação de parcelamento, de edificação ou de utilização compulsória, o Município poderá proceder à desapropriação sanção. Ou seja, as tentativas de intervenção na propriedade para forçar o emprego de função social adequada ao imóvel são subsidiárias, para dar oportunidade de enquadrar o solo as diretrizes do Plano Diretor, sem a surpresa do Ente aplicar o IPTU progressivo ou a desapropriação como primeira ação estatal.

No entanto, como bem diz o art. 8º do referente estatuto¹⁷, o Município poderá proceder a desapropriação urbanística sancionatória, mas não se refere a um dever. Assim, esse deve ter a possibilidade de optar pela desapropriação ou não.

Como dito no capítulo anterior, é uma faculdade do município efetivar políticas públicas em prol do desenvolvimento urbano com a criação do Plano Diretor. Sendo uma discricionariedade do município, a aplicação da sanção, a desapropriação do imóvel, também deveria ser escolhida pelo Ente de acordo com o caso concreto, ou seja, só deveria ser aplicada caso se enquadre no contexto. Isso porque, muitas vezes o município aplicando os meios de intervenção na propriedade acabará desapropriando imóveis sem utilidade pública e gerando gastos, pois terá que dar função social a esse imóvel da mesma forma que o particular era obrigado.

Isto é, se o Ente Público puder deixar que aplicar a desapropriação sanção nos casos que visualizar não ser do seu interesse e houver dispêndio de verbas públicas, ele poderia permanecer arrecadando o IPTU progressivo até que o proprietário dê a função social ao bem, ou quando, futuramente, querer o imóvel. Isso proporcionaria um aumento nas verbas públicas beneficiando o município, uma vez que hoje nos deparamos com uma crise financeira pública, sobrevivendo aumento de tributos para que os Entes consigam arcar com suas despesas.

¹⁷ BRASIL. Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.



3. DA FALTA DE UTILIDADE PÁTICA DA DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA SANCIONATÓRIA

O Município pode adquirir bens e os incorporar ao seu patrimônio público para a realização de seus fins. Essas aquisições podem ser realizadas pelos instrumentos de direito público ou privado. O exemplo de aquisição de bem imóvel pelas regras do direito público é a prevista no Estatuto da Cidade, art. 8º da Lei n. 10.257/01¹⁸, e pela Constituição da República, art. 182, §4º, III da CRFB/88¹⁹.

A desapropriação é uma intervenção supressiva do Estado na propriedade que gera a transferência compulsória da propriedade particular ou pública (de entidade de grau inferior para superior) para o Poder Público e seus delegados, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, e, ainda por desatendimento as normas do plano diretor, neste caso com pagamentos em títulos da dívida pública municipal.

Em relação à desapropriação urbanística sancionatória, essa está prevista na Constituição da República (art. 182, §4º da CRFB/88) e no Estatuto da Cidade (art. 8º da Lei n. 10.257/01). Trata-se de uma sanção aplicada pelo Município ao proprietário de solo, incluído no plano diretor, não edificado, subutilizado ou não utilizado. Essa desapropriação é de competência privativa do Município e a indenização devida é efetuada por meio de títulos da dívida pública, previamente aprovadas pelo Senado Federal, e regatáveis até 10 (dez) anos. Ela deve ser decretada pelo prefeito, embora possa ser por Lei da Câmara, mas sempre pelo Poder Executivo ou pela entidade a quem se atribuir o bem desapropriado.

¹⁸ BRASIL. Estatuto da Cidade. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.



Importante destacar que o Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de 05 (cinco) anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público. Isso significa dizer que o ente público tem a mesma obrigação de promover o aproveitamento adequado do imóvel. Poderá fazê-lo diretamente, como também poderá alienar ou conceder a terceiro o imóvel, mediante licitação.

Quando o prefeito deixar de proceder, no prazo de 05 (cinco) anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado no patrimônio do Município por meio da desapropriação urbanística sancionatória, esse incorrerá em improbidade administrativa, nos termos da Lei n. 8.429/92.

Essa desapropriação sanção se apresenta sem efetiva utilidade, pois, como se observa no art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/41²⁰, a desapropriação comum (por utilidade pública ou interesse social) é de competência concorrente de todos os entes federativos. Isto é, o Município poderá desapropriar qualquer bem particular quando estiverem presentes os seus pressupostos, a utilidade pública (nesta se incluindo a necessidade pública) e o interesse social.

Dessa forma, mesmo que o imóvel tenha função social e que promova o desenvolvimento urbano, o ente público poderá proceder à desapropriação. Assim, ser obrigado a desapropriar, como forma de sanção ao proprietário, o imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado vai de encontro à norma geral, pois se pode desapropriar por utilidade pública ou interesse social qualquer imóvel particular que se adeque aos interesses públicos, por que ser obrigado a desapropriar um imóvel, que muitas vezes não será de qualquer interesse público e acarretará investimentos de verbas públicas, uma vez que o Município é obrigado a propiciar o adequado aproveitamento desse solo²¹.

²⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

²¹ Art. 8º, §4º da Lei n. 10.257/01.



Nesses termos, a desapropriação urbanística sancionatória se apresenta sem utilidade prática e um ônus ao Município, pois no momento que decide implementar políticas públicas para o seu regular desenvolvimento, é obrigado, ao fim do procedimento de adequação do solo ao plano diretor, a proceder a desapropriação diante da inércia do particular. Assim, muitos municípios pequenos e sem estrutura burocrática, ou até mesmo sem recursos financeiros, deixa de atender o comando constitucional de promover a função social da propriedade.

À vista disso, o Município, na sua faculdade de editar Lei Municipal para regulamentar as áreas incluídas no Plano Diretor, não deveria ser obrigado a desapropriar o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado quando infrutífera a determinação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Esse procedimento para propiciar o adequado aproveitamento do solo atendendo a função social da propriedade, mesmo sem a desapropriação, já cumpre seu poder-dever de impor ao particular que tome alguma providência ao seu imóvel urbano improdutivo, em situação contrária à prevista no plano diretor.

Ademais, asseverando o que já foi exposto, esse imóvel improdutivo tanto pode ser localizado no centro do Município, como também pode ser localizado no interior, porém urbano, sem utilidade pública. Assim, o ente público municipal deveria ter a opção de escolher se procederá a desapropriação sanção ou não, pois provavelmente o imóvel localizado no centro terá alguma utilidade pública, mas o imóvel do interior talvez não tenha e, mesmo assim, teria que despender dinheiro público com a indenização e o aproveitamento do bem.

Essa situação deve ser confrontada com a possibilidade do Município desapropriar qualquer outro imóvel que seja de interesse ou utilidade pública, não necessitando estar não edificado, subutilizado ou não utilizado.



No entanto, entendimento contrário, sustentado por José dos Santos Carvalho Filho²², defende ser a desapropriação sanção uma obrigatoriedade do Município, não podendo ficar inerte diante do descumprimento das obrigações urbanísticas e da ilegítima situação do imóvel. Para o autor, o Município, após a aplicação do IPTU progressivo, deve desapropriar o imóvel mais rápido possível, mesmo que isso não ocorra imediatamente após o prazo de 05 de recolhimento do imposto.

CONCLUSÃO

Após o exposto, conclui-se que a desapropriação urbanística sancionatória é um instrumento de política pública, para que o Município mantenha a ordem urbanística da cidade com vista à adequação do solo urbano ao plano diretor e a compatibilização do imóvel com a função social que deve desempenhar.

Observa-se que essa sanção pelo descumprimento da função social é de difícil ocorrência, pois seria necessário que, após notificação das medidas prévias, que devem ser exauridas de forma sucessiva, o proprietário do solo permaneça inerte. Além disso, o decreto de desapropriação só poderá ser expedido após o transcurso de aproximadamente oito anos, ou seja, passará por três mandatos de prefeito, tornando difícil a aplicação do instituto, mesmo sendo possível.

Quanto à necessidade de efetivar a desapropriação, em razão da aplicação sucessiva dos requisitos, haja vista entendimento doutrinário em contrário, ela só deveria ser realmente decretada quando observada utilidade ou necessidade pública, pois, do contrário, poderia permanecer arrecadando o IPTU progressivo. Isso porque, o Estatuto da Cidade dispõe sobre uma possibilidade de proceder à desapropriação e, além disso, efetuada a desapropriação

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao estatuto da cidade*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 135-140.



sanção, surge para o Município o dever de conferir o adequado aproveitamento do solo no prazo máximo de cinco anos, como era obrigado o particular. E, dessa forma, irá acarretar despesas para o cofre público municipal com imóveis que não favorecerão ao desenvolvimento urbano da cidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

_____. Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

_____. Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao estatuto da cidade*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu (Coord.); FERRAZ, Sérgio (Coord.); BEZOS, Clóvis. *Estatuto da Cidade: comentários à lei federal 10.257/2001*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; DALARRI, Abreu Adilson (Coord.). *Direito municipal brasileiro*. 17. ed. 2. triagem. São Paulo: Malheiros, 2014.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL – ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL

Isabela Brasil de Andrade Lagoeiro Jorge
Graduada pelo Centro Universitário La Salle do
Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O presente estudo se dedica a analisar o direito sucessório do companheiro de união estável no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo após a edição do Código Civil de 2002. Com o advento da Constituição de 1988 a união estável foi reconhecida como entidade familiar ao lado do casamento, cabendo a esse instituto igual dignidade e proteção estatal. O legislador infraconstitucional, contudo, optou por disciplinar a sucessão do companheiro de forma diversa da do cônjuge, gerando inúmeras críticas da doutrina e divergências na jurisprudência. A essência do trabalho é abordar o instituto da união estável e sua evolução legislativa e a sucessão legítima do companheiro, analisando, destacadamente, o artigo 1.790, do Código Civil.

Palavras-chave: Direito Civil. Entidade Familiar. União Estável. Sucessão.

Sumário: Introdução. 1. A união estável e sua evolução legislativa. 2. Direito sucessório do companheiro em comparação com o cônjuge. 3. Análise da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo consiste em analisar os direitos sucessórios na união estável, com enfoque na análise da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, tendo em vista a controvérsia sobre o tratamento normativo diferenciado dado ao companheiro, não justificável à luz dos princípios constitucionais do Direito de Família.

A Carta Magna de 1988 alterou significativamente os aspectos familiares, incluindo outras formas de entidades, dentre elas, a união estável, a teor do disposto no artigo 226, §3º do texto constitucional. Após essa previsão, a nova entidade restou merecedora da proteção do Estado, surgindo, assim, leis no intuito de regulamentá-la, especialmente o novo Código Civil de 2002.

Com efeito, o referido diploma resolveu tratar diferentemente a sucessão do companheiro da sucessão do cônjuge, sendo, dessa forma, objeto de inúmeras críticas doutrinárias e jurisprudenciais.



No primeiro capítulo, cuida-se de uma breve análise do tratamento conferido à união estável pela Carta Magna de 1988, catalogando os requisitos para sua configuração e os direitos garantidos aos companheiros à luz das leis n. 8.971/94, 9.278/96 e do Código Civil de 2002.

No segundo capítulo, o objeto de estudo é demonstrar e analisar os direitos sucessórios do companheiro supérstite, comparando-os com os direitos conferidos aos cônjuges, com uma breve análise da legislação referente ao tema.

No terceiro e último capítulo promove-se uma análise mais profunda da regra prevista no artigo 1.790 do Código Civil, defendendo a sua inconstitucionalidade, pois tal norma não encontra respaldo nos princípios norteadores do tema. Busca-se ainda defender que os direitos sucessórios do companheiro devem ser realocados no Código Civil, devendo ser tratados no título da sucessão legítima, junto à ordem da vocação hereditária de parentes do *de cuius* e de seu cônjuge sobrevivente.

Este artigo, visando ao trabalho final de conclusão de curso, justifica-se pela necessidade de analisar a constitucionalidade das regras atinentes aos direitos sucessórios dos companheiros que vivem em união estável, haja vista que o Código Civil de 2002 resolveu tratar diferentemente a sucessão do companheiro da sucessão do cônjuge, sendo, dessa forma, objeto de inúmeras críticas doutrinárias e jurisprudenciais.

Na pesquisa, foram adotados os métodos científicos, indutivo e dedutivo, visando a um modo de pensar ordenado, coerente e lógico. Valendo-se do raciocínio indutivo, o propósito foi obter conclusões mais amplas a partir dos dados coletados a respeito do tema pesquisado. Usando o método dedutivo, partiu-se de dados gerais sobre o tema para extrair deles afirmações que permitam o estudo da jurisprudência.

A presente pesquisa tem cunho teórico, pois foi trabalhado material bibliográfico suficiente para revisão do tema e sustentação de abordagem projetada no objeto da



investigação. Portanto, os dados foram levantados em livros, artigos publicados em revistas, decisões dos Tribunais e textos legais. Assim, a pesquisa envolveu a análise da legislação, doutrina e jurisprudência dos tribunais.

A pesquisa tem caráter explicativo, por se cuidar de registrar fatos, analisá-los, interpretá-los e identificar seus aspectos jurídicos, promovendo-se interpretação necessária à formulação de respostas para questões sobre o tema.

1. A UNIÃO ESTÁVEL E SUA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

No ordenamento jurídico pátrio o instituto da união estável possui previsão legal no artigo 226, §3º da Carta Magna, nos artigos 1.723 a 1.727 e 1.790, do Código Civil, bem como nas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96.

A união estável consiste em uma relação duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, sem a formalização do matrimônio. Para tanto, é fundamental que haja vontade ou o compromisso pessoal e mútuo de constituir família.

Maria Helena Diniz¹ afirma que a união estável é uma relação afetiva próxima ao casamento, não sofrendo, porém, suas restrições formais, mas ainda, mantendo certos requisitos em comum.

Carlos Roberto Gonçalves² declara que não é o tempo com determinação de números de anos que deverá caracterizar uma relação como união estável, mas outros elementos mencionados: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família, v. 5. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 270.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 554.



No que tange a convivência *more uxória*, esclarece ainda Carlos Roberto Gonçalves³:

[...] É mister uma comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, em situação similar à de pessoas casadas. Envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar.

No Brasil, antes do reconhecimento jurídico da união estável, as pessoas que assim viviam eram consideradas como concubinas, conforme assinala Vitória Dall'Osso Diniz⁴:

[...] A união estável por muito tempo ficou conhecida como concubinato, por muitas vezes tal denominação foi considerada um ato impuro, proibido. Era considerado impuro porque na época do Direito Romano quem era concubina não tinha intenção de formar família.

No concubinato impuro nem sempre tais relações iam por esse caminho de não formar uma família, foi aí que surgiu o concubinato puro que seria uma relação não oficializada mais com intenção de formar uma família.

O atual instituto, portanto, era considerado como concubinato, ficando de fora da regulamentação do direito de família, sendo apenas considerado como uma sociedade de fato que deveria ser judicialmente dissolvida, com base nas regras do direito das obrigações, visando tão somente evitar o enriquecimento sem causa de uma parte em relação à outra.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar em seu artigo 226, §3º, nos seguintes termos: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...) §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”⁵

Com a regulamentação constitucional da união estável, era imprescindível sua regulamentação infraconstitucional, o que se deu através da elaboração das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96. A primeira tratou do direito de usufruto e do direito à herança e a segunda norma regulamentou o direito real de habitação dos companheiros que vivem em união estável.

³ Ibid., p. 557.

⁴ DINIZ, Vitória Dall'Osso. A. Periódicos eletrônicos: *A união estavel e o direito sucessório*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/33333/a-uniao-estavel-e-o-direito-sucessorio#ixzz3Wc9Fv828>. Acesso em: 02 Abr. 2015.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 Abr. 2015.



A partir desse momento a pessoa do companheiro passou a ficar protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no que tange aos direitos sucessórios.

Cumprе ressaltar que a Lei n. 9.278/96 não revogou a norma anterior, Lei n. 8.971/94, uma vez que tais normas abarcam diferentes assuntos de um mesmo instituto, sendo certo que ambas continuam vigentes nos dias atuais.

A problemática se instaurou com a vigência do novo Código Civil de 2002, pois a nova legislação não tratou do instituto como era esperado, uma vez que não resolveu as controvérsias que pairavam sobre a doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Conforme afirma Demétrio Tadeu de Sousa Furtado⁶:

[...] O conflito surgiu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que tratou da situação da união estável de forma muito superficial, diversamente do que se esperava, pois se vislumbrava uma grande evolução, o que não aconteceu, pelo menos no que tange à tutela sucessória da união estável.

Tal norma ao invés de manter ou até mesmo ampliar este direito, fez exatamente o contrário, prejudicando o direito do companheiro sobrevivente em comparação com o do cônjuge.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.723 dispõe 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 constituição de família.”⁷

O §1º do Art. 1723 admitiu expressamente a configuração de união estável entre pessoas que mantiveram o estado civil de casadas, desde que as mesmas estivessem separadas de fato⁸.

Em relação aos direitos sucessórios do companheiro na união estável, quando da análise do artigo 1790 do Código Civil de 2002, observa-se a injustiça praticada por parte do

⁶FURTADO, Demétrio Tadeu de Sousa. A. Periódicos eletrônicos: Direito sucessório na união estável: *Novo posicionamento jurisprudencial brasileiro*. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5380. Acesso em: 03 Abr. 2015.

⁷BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

⁸ Ibid.



legislador do texto civilista em comparação com o tratamento do direito sucessório dispensado aos cônjuges.

Tal afirmativa se dá pela localização topográfica do instituto da união estável no Código Civil de 2002, eis que o tratamento legal se dá no Título I, Capítulo I, enquanto a sucessão do cônjuge encontra-se estabelecida no Título II, Capítulo I, todos do Livro V – Do Direito das Sucessões.

Deste problema, surge, portanto, um retrocesso, haja vista que, embora o Código Civil de 2002 tenha regulamentado a união estável e seu direito sucessório, tal regulamentação não se deu com observância aos preceitos constitucionais, uma vez que deixou de dar um tratamento isonômico aos cônjuges e companheiros.

2. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO EM COMPARAÇÃO COM O CÔNJUGE

O direito sucessório dos companheiros começou a ser tratado pelas já citadas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, editadas após o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição de 1988.

A primeira norma, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, em seu art. 2º, incisos I, II e III,⁹ disciplinou que o companheiro comprovado de pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, que convivesse com ela há mais de cinco anos, ou dela tivesse prole, participaria da sucessão, nas seguintes condições:

Art. 2º (...)

I – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos ou comuns;
II – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

⁹BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.



III – na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Posteriormente, entrou em vigor a Lei n. 9.278/96, que regulava o §3º do art. 226 da Constituição Federal, dispondo, em seu art. 7º, parágrafo único¹⁰, acerca do direito real de habitação, no sentido de que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

O companheiro passou, então, a dispor de uma posição privilegiada em relação ao cônjuge supérstite. Enquanto o companheiro sobrevivente podia cumular os direitos de usufruto e habitação, por exemplo, o viúvo ou a viúva tinham direito a um benefício ou outro, nos termos do artigo 1.611, §§ 1º e 2º¹¹ do Código Civil de 1916.

Verificava-se, portanto, uma tendência do legislador a aproximar os direitos sucessórios dos cônjuges e companheiros.

A situação já estava se consolidando na doutrina e jurisprudência, com apenas algumas objeções secundárias, quando, em 2002, surgiu o Código Civil que alterou toda a situação com relação à sucessão dos companheiros.

Com a edição do novo Código Civil, ocorreu um enorme retrocesso, já que o legislador optou por disciplinar a sucessão do companheiro em dispositivo à parte, afastando-a das disposições concernentes ao cônjuge sobrevivente.

Nas palavras de Ana Luiza Maia Nevares¹²:

O Código Civil de 2002 regula a sucessão dos companheiros em seu art. 1.790, no Título I, referente à Sucessão em Geral. De acordo com referido dispositivo, a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (CC/02, art. 1.790, *caput*), concorrendo com filhos comuns, hipótese em que terá direito a uma quota

¹⁰BRASIL. Lei Nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

¹¹BRASIL. Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

¹² NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12.



equivalente à que por lei for atribuída ao filho (CC/02, art. 1.790, I), concorrendo com descendentes só do autor da herança, quando lhe tocará a metade do que couber a cada um daqueles (CC/02, art. 1.790, II), e concorrendo com outros parentes sucessíveis, ocasião em que terá direito a um terço da herança (CC/02, art. 1.790, III). Não havendo parentes sucessíveis, o Código Civil prevê que o companheiro terá direito à totalidade da herança (CC/02, art. 1.790, IV). No entanto, note-se que, nesta última hipótese, a totalidade da herança se refere unicamente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, em virtude do que determina o caput do art. 1.790.

Segundo o artigo 1.790¹³ do CC/02, a sucessão dos companheiros se dará em concorrência com descendentes, ascendentes e outros parentes sucessíveis em relação apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, não compreendendo, assim, os bens pertencentes ao falecido antes do início da convivência, nem os bens adquiridos a título gratuito durante ela.

O supracitado artigo trouxe outros prejuízos, pois não reconheceu o companheiro como herdeiro necessário, como ocorreu com o cônjuge, no art. 1.845 do Código Civil, bem como não lhe assegurou cota mínima. Ademais, além de ter sido inserido em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, não lhe foi conferido direito real de habitação.

Ocorre, porém, que o companheiro, assim como o cônjuge, é o único componente estável e essencial da entidade familiar, já que os filhos, em determinado momento, irão seguir seus caminhos, formando suas próprias famílias. Por essa razão, o companheiro também deveria ter sido englobado na categoria dos herdeiros necessários.

Observa-se que, diante dessas novas regras, o convivente pode ser excluído da sucessão. Para isto, basta que haja um testamento dispondo sobre a totalidade da herança, ou, no caso de haver outros herdeiros necessários, tais como os descendentes e ascendentes, dispondo sobre a parte disponível.

Para Maria Helena Diniz¹⁴, a diferenciação se deu de forma correta:

¹³BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015

¹⁴DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. v. 6. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 154-155.



A relação matrimonial na seara sucessória prevalece sobre a estabelecida pela união estável, pois o convivente sobrevivente, não sendo equiparado constitucionalmente ao cônjuge, não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge supérstite, ficando em desvantagem. Não poderia ter tratamento privilegiado, porque a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar, visto que a Constituição Federal a considera como entidade familiar apenas para fins de proteção estatal, por ser um fato cada vez mais freqüente entre nós. Dá-se uma solução humana ao amparar o convivente após o óbito do companheiro, presumindo-se sua colaboração no patrimônio autor da herança.

Todavia, muito embora a Constituição Federal não tenha igualado os institutos do matrimônio e da união estável, esta estabeleceu uma evidente equiparação no tratamento dispensado a ambos, estando estes num mesmo patamar de igualdade, asseverando o dever de solidariedade entre os membros da família.

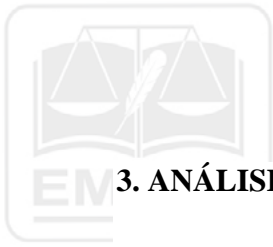
Conforme assevera Ana Luiza Maia Nevares¹⁵:

Para que a solidariedade constitucional (CF/88, art. 3º, I) tenha ampla realização no âmbito do Direito Sucessório, é preciso que as regras da sucessão legal observem a pessoa do sucessor, em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas e posições sociais, não havendo discriminação quanto à entidade familiar a qual pertence o chamado à sucessão. Somente assim será construído um sistema sucessório em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Infere-se, portanto, que o direito sucessório do companheiro é flagrantemente discriminatório se comparado com o posicionamento reservado ao cônjuge. Contudo, se o sistema jurídico à luz da Constituição Federal de 1988 recomenda a proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento, nada justifica essa diversidade de tratamento legislativo.

Em suma, é clara a afronta cometida pela lei civil ao princípio da igualdade, colocando o companheiro em posição muito inferior a do cônjuge, retomando, assim, a ultrapassada mentalidade de que a união estável é uma comunidade familiar inferior ao casamento.

¹⁵NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 125.



3. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Diante da clara equiparação trazida pela Constituição Federal de 1988 entre a união estável e o casamento, as novas regras relativas ao primeiro instituto, em especial o disposto no artigo 1.790, do CC, levaram os jurisdicionados a provocar os Tribunais acerca da constitucionalidade das disposições, tanto pela via direta, quanto por meio de incidentes.

Em sua literalidade, dispõe o artigo 1.790¹⁶, do Código Civil:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

De início, sob uma análise formal, não há razão para que o artigo acima seja tratado em capítulo à parte, totalmente isolado do Capítulo I, do Título II, do Livro V, especialmente do art. 1.829, CC, que trata da ordem de vocação hereditária.

A circunstância de o dispositivo ter sido introduzido em momento posterior, durante a tramitação do projeto do Código Civil não justifica o tratamento diferenciado da matéria. O correto seria ter incluído a companheira ou o companheiro no próprio art. 1.829, CC, e não acrescer mais um artigo ao texto do novo código.

O *caput* do artigo 1.790, CC/02 traz uma limitação do direito hereditário do companheiro, restringindo-o aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Todavia, considerando que o companheiro já tem direito de meação sobre tais bens, em face do regime da comunhão parcial previsto no art. 1.725 do Código Civil, tal regra não tem sentido.

¹⁶BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015



De acordo com o artigo supra, caso o *de cuius* não tenha adquirido nenhum bem na constância da união estável, ainda que tenha deixado patrimônio valioso formado anteriormente, o companheiro supérstite nada herdaria independente dos herdeiros eventualmente existentes.

Justo seria, na verdade, que o companheiro se beneficiasse da herança, justamente, quanto aos bens particulares do falecido, sobre os quais não recai a meação, assim como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente no art. 1.829, CC.

Vale, no momento, realizar uma breve análise em relação aos incisos do artigo 1.790 do Código Civil.

O inciso I impõe que o companheiro ou a companheira terá direito a uma quota equivalente a dos filhos comuns, no que tange aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

A crítica, nesse ponto, se faz ainda em relação a essa concorrência se dar apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, excluindo-se os demais.

O supra mencionado inciso II, estipula que, concorrendo o companheiro com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles. Assim, o companheiro terá direito à metade do que couber ao descendente, em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, como já dito.

O inciso sob análise realiza a equivocada distinção entre descendente apenas do *de cuius* e descendentes comuns, havidos da união entre o autor da herança e o companheiro sobrevivente. Tal distinção não encontra amparo na Constituição da República Federativa do Brasil, eis que esta, no §6º do artigo 227¹⁷, proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, devendo os filhos ser considerados de forma igualitária como ascendentes.

¹⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 Abr. 2015.



Com efeito, a solução mais adequada, havendo descendentes que se enquadrem nos incisos I e II, artigo 1.790, CC/02, seria realizar a divisão dos quinhões hereditários de forma igualitária, incluindo o companheiro sobrevivente, afastando, destarte, o direito dos descendentes unilaterais de receberem o dobro do que couber ao companheiro sobrevivente.

O inciso III, do artigo em análise, refere-se à concorrência do companheiro ou companheira com os ascendentes e os colaterais até o quarto grau, quais sejam os irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós e sobrinhos-netos *de cujus*.

Aqui se encontra uma das maiores desigualdades trazidas pelo novo Código Civil entre os companheiros e o cônjuge, ferindo gravemente os princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Nesse sentido, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em agosto de 2012, se decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, inciso III, consoante se extrai da seguinte decisão¹⁸:

1ª Ementa - ARGUICAO DE INCONSTITUCIONALIDADE
DES. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO - Julgamento: 06/08/2012 -
ORGAO ESPECIAL
Família. União estável. Sucessão do companheiro. Restrição contida no artigo 1.790, inciso III, do novo Código Civil. Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável.
Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a "nova família". Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente por maioria de votos. Inaplicável o efeito vinculante do art. 103 do Regimento Interno, por não ter sido atingido o quórum necessário. (Processo nº 0019097-98.2011.8.19.0000 - Data de Julgamento: 06/08/2012)

Por fim, o inciso IV do art. 1.790 afirma que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança, lembrando-se que tal totalidade se refere tão

¹⁸BRASIL. OE – Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial. Processo n. 0019097-98.2011.8.19.0000. Relator: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003BA949C2676AD8074DE10A958CEF6C7FC9AC4032E172F&USER=>>. Acesso em: 20 ago. 2015



somente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, segundo o estabelecido no *caput* do artigo 1.790 do Código Civil.

No tocante ao inciso acima, vale trazer à baila a crítica da autora Giselda Hironaka¹⁹:

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil Brasileiro, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do de cujus. Temos que convir. Isso é demais! (...) Sem dúvida, neste ponto o Código Civil não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem se apresenta em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbiu de destruir a obra legislativa que não seguiu os ditames do seu tempo, que não obedeceu as indicações da história da civilização [...]

Diante dessa breve análise do artigo 1.790 do Código Civil e seus respectivos incisos, observa-se que o legislador civilista, além de colocar a companheira e o companheiro em posição inferior se comparado ao cônjuge, ainda acabou por cometer equívocos de colocação, bem como erros materiais, o que faz com que beire a inconstitucionalidade, de forma inegável.

Em suma pode-se dizer que, com a edição do diploma civilista de 2002, o legislador trouxe de volta a já ultrapassada concepção matrimonialista do Código Civil de 1916, provocando um retrocesso sem tamanho na evolução do direito sucessório brasileiro.

A respeito da jurisprudência acerca do tema, com a edição do novo Código Civil, a grande maioria dos Tribunais Estaduais entendia devida a aplicação literal do artigo 1.790, do Código Civil.

Esse entendimento, porém, vem sendo modificado ao longo dos últimos anos. Atualmente, a jurisprudência vem se dividindo acerca da constitucionalidade do artigo em análise.

¹⁹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial. Direito das Sucessões. v. 20. Organizador; Aristides Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.



A inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC vem sendo apontada com frequência por inúmeros doutrinadores e magistrados, sendo certo que, no STJ, esse entendimento já foi sustentado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, quando da relatoria do REsp. 1.135.354/PB²⁰. Muito embora o mérito não tenha sido analisado, o Ministro Relator manifestou suas críticas ao artigo supra.

Em setembro de 2014, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça começou a discussão acerca da sucessão dos companheiros diante da arguição de inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC, feita pelo Ministério Público²¹.

Em análise do referido recurso especial, a Quarta Turma decidiu por remeter a questão à Corte Especial, uma vez que apenas tal órgão pode declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo legal.

É certo que o Código Civil de 2002 é bastante objetivo e atende a diversas situações jurídicas importantes. Todavia, com relação ao tratamento da união estável, em especial sobre o direito sucessório, este código deixou a desejar, uma vez que impõe diversas barreiras ao alcance dos bens deixados pelo *de cujus* ao seu companheiro.

O entendimento pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, sob a ótica do direito civil-constitucional, é o mais benéfico e justo perante aquelas pessoas que vivem em união estável.

CONCLUSÃO

²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.135.354/PB. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901600515&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

²¹ASSESSORIA de Comunicação do IBDFAM com informações do STJ. *STJ inicia discussão sobre a constitucionalidade da sucessão em casos de união estável*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5440/STJ+inicia+discuss%C3%A3o+sobre+a+constitucionalidade+da+sucess%C3%A3o+em+casos+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+>>>. Acesso em: 05 set. 2015.



O presente trabalho teve como objetivo analisar a sucessão do companheiro, tendo em vista a controvérsia acerca do regime normativo diferenciado entre a sucessão na união estável e no matrimônio, não justificável à luz dos princípios constitucionais advindos com a Constituição Federal de 1988.

O novo direito de família, trazido pelo constituinte de 1988, assim como o Código Civil de 2002, procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, regendo-se por normas legais e princípios próprios das relações familiares.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui a base da comunidade familiar, visando garantir o desenvolvimento integral de todos os seus membros.

A Carta Magna, com fundamento no princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, estabelece o reconhecimento da união estável como entidade familiar, tal como sempre ocorreu com o casamento, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família.

Por conseguinte, surgiram as Leis n. 8.971/94, 9.278/96 e o Código Civil de 2002, catalogando os requisitos para configuração da união estável, bem como os direitos garantidos aos companheiros.

O legislador do Código Civil de 2002 optou por disciplinar a sucessão legítima do companheiro em dispositivo à parte das demais disposições atinentes à matéria, mais precisamente no artigo 1.790 do Código Civil. Tal artigo recebeu críticas doutrinárias muito contundentes.

O companheiro não foi alçado à condição de herdeiro necessário, como ocorreu com o cônjuge, no art. 1.845. Tal diferenciação traz relevantes consequências práticas, visto que, sendo negada a condição de herdeiro necessário, ele pode ser excluído da sucessão. Para isto, basta que haja um testamento dispondo sobre a totalidade da herança, ou, no caso de haver outros herdeiros necessários, dispondo sobre a parte disponível.



À luz do art. 1.790 do Código Civil, o companheiro irá herdar onde já é meeiro, sistemática diversa da adotada para a sucessão do cônjuge que herda onde não é meeiro.

Embora o regime de bens aplicável à união estável seja, em regra, o da comunhão parcial, os companheiros podem estipular outro regime, através de contrato escrito. Caso o façam, porém, não haverá qualquer reflexo em termos de direitos sucessórios, pois será da mesma forma garantida ao companheiro a concorrência com os descendentes apenas quanto aos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união estável.

É evidente que todas as normas contidas no Artigo 1.790 do Código Civil que diferenciam a sucessão entre cônjuges e companheiros padecem de inconstitucionalidade, na medida em que as regras ali estipuladas podem gerar consequências extremamente injustas, além de violar os princípios da proibição ou vedação do retrocesso, da isonomia e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA de Comunicação do IBDFAM com informações do STJ. *STJ inicia discussão sobre a constitucionalidade da sucessão em casos de união estável*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5440/STJ+inicia+discuss%C3%A3o+sobre+a+constitucionalidade+da+sucess%C3%A3o+em+casos+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+>>. Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

_____. Lei Nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>.

_____. Lei Nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>.

_____. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.



_____. OE – Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial. Processo n. 0019097-98.2011.8.19.0000. Relator: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003BA949C2676AD8074DE10A958CEF6C7FC9AC4032E172F&USER=>>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.135.354/PB. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901600515&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. v. 5. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. v. 6. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Vitória Dall’Osso. A. *Periódicos eletrônicos: A união estável e o direito sucessório*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33333/a-uniao-estavel-e-o-direito-sucessorio#ixzz3Wc9Fv828>>.

FURTADO, Demétrio Tadeu de Sousa. A. *Periódicos eletrônicos: Direito sucessório na união estável: Novo posicionamento jurisprudencial brasileiro*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5380>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial. Direito das Sucessões. v. 20. Organizador; Aristides Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.



ESPECIFICIDADES E DIVERGÊNCIAS ORIUNDAS DA LEI N. 12.850/13

Isabel Cristina de Araujo Amorim

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio.

Resumo: No Brasil houve um progressivo crescimento da criminalidade organizada, facilitada pela globalização e intensificada pelo entrave de se obter a punição dessa modalidade criminosa, em razão da dificuldade legislativa em estabelecer de forma precisa o conceito de crime organizado. A Lei n. 12.850/13 surge para atender a esses anseios e, embora tenha contribuído de forma significativa para preencher muitas das lacunas até então existentes, tem sido alvo de severas críticas por parte dos estudiosos. Assim sendo, pretende-se com esse artigo abordar algumas das inovações trazidas por essa lei, e as teses que estão sendo aventadas na doutrina acerca de seus pontos mais polêmicos.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Crime Organizado. Criminalidade Organizada. Organização Criminosa. Colaboração Premiada. Delação Premiada. Infiltração de Agentes.

Sumário: Introdução. 1. Características Doutrinárias da Organização Criminosa e a Evolução Legislativa do seu Conceito no Direito Brasileiro. 2. A Colaboração Premiada com o Advento da Lei n. 12.850/13. 3. A Infiltração de Agentes na Lei n. 12.850/13. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo primordial apontar as principais controvérsias e apresentar uma visão crítica em relação à Lei n. 12.850/13.

Para tanto, será feita uma comparação das legislações que regulamentam as organizações criminosas, abordando as discussões acerca das inovações trazidas pelo referido diploma legal.

Isso porque, combater o crime organizado sempre foi uma tarefa árdua para os operadores do direito, principalmente pela falta de uma legislação que punisse de forma eficaz os integrantes desse tipo de organização, a começar pela ausência de dispositivo que trouxesse a definição do que seria organização criminosa.

A ausência de tipos penais incriminadores não era o único defeito das legislações anteriores e é por esse motivo que a Lei n. 12.850/13 parece trazer uma luz no fim do túnel,



haja vista que além de corrigir algumas falhas e suprir lacunas da legislação passada, traz institutos inovadores tanto na seara penal como também na processual penal.

Apesar disso, ainda se encontra na doutrina posicionamentos divergentes no que se refere ao fato da Lei 12.850/13 ter revogado a definição constante na Lei 12.694/12. Assim sendo, no primeiro capítulo, após um breve apanhado histórico será analisada a divergência doutrinária acerca da possibilidade de se conciliar a Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, com a anterior, qual seja: Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012.

O segundo capítulo, por sua vez, destina-se a examinar a colaboração premiada, mencionando os dispositivos que têm sido alvo de críticas por parte dos doutrinadores, em razão da sua questionável constitucionalidade. Dessa forma, será analisada a atuação do delegado de polícia na realização do acordo, bem como será defendido que essa lei infraconstitucional não poderia restringir o direito ao silêncio do acusado que responde ao processo, obrigando-o a dizer a verdade sob pena de configurar o crime de falso testemunho.

Por fim, no terceiro capítulo busca-se abordar a infiltração de agentes e as inovações no que tange à sua aplicação.

1. CARACTERÍSTICAS DOUTRINÁRIAS DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO SEU CONCEITO NO DIREITO BRASILEIRO

No panorama do direito brasileiro, a Lei n. 9.034/95, foi o primeiro marco relevante na busca incessante de se solucionar a inadequação da legislação pátria no que se refere ao crime organizado. A aludida lei, hoje expressamente revogada, dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. No entanto, ela não apresentava qualquer definição acerca do que se entendia por organização criminosa ou por crime organizado.



Assim sendo, diante da falta de previsão legal no nosso ordenamento jurídico, uma parcela dos doutrinadores buscou uma saída para essa lacuna legislativa na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo¹, a qual foi promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.

Em caso emblemático, abarcando o entendimento supra mencionado, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus n. 77.771/SP², por unanimidade, denegou a ordem ao remédio constitucional impetrado pela defesa dos membros da Igreja Renascer em Cristo (denunciados por supostamente terem cometido o crime disposto no artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/98, qual seja: lavagem de dinheiro e ocultação de bens, por meio de organização criminosa), que alegava a atipicidade da conduta que lhes fora imputada.

¹ A referida convenção traz em seu artigo 2º, letra "a", o seguinte conceito de Grupo Criminoso Organizado: "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material."

² HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL. 1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes – mormente estelionatos, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de testas-de-ferro, desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes. 2. Capitulção da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente. 3. O recebimento da denúncia, que se traduz em mera admissibilidade da acusação diante da existência de sérios indícios de autoria e materialidade, mostra-se adequado, inexistindo a alegada inépcia, porquanto preenchidos todos seus pressupostos legais. 4. Nesta fase inaugural da persecução criminal, não é exigível, tampouco viável dentro do nosso sistema processual penal, a demonstração cabal de provas contundentes pela acusação. Esse grau de certeza é reservado para a prolação do juízo de mérito. Este sim deve estar calcado em bases sólidas, para eventual condenação. 5. Mostra-se, portanto, prematuro e temerário o acolhimento do pedido da defesa de trancamento da ação penal, de maneira sumária, retirando do Estado, de antemão, o direito e, sobretudo, o dever de investigar e processar, quando há elementos mínimos necessários para a persecução criminal. 6. Ordem denegada.



Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça culminou em severas críticas por parte considerável da doutrina, como Luiz Flávio Gomes³, segundo o qual:

1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade; 2º) a definição dada (...) vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). (...) A Convenção exige '(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material'. Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal; 3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*).

Contudo, posteriormente, com o julgamento do Habeas Corpus n. 96007/SP⁴, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, concedeu a ordem de habeas corpus, por entender pela inexistência do tipo penal, nos seguintes termos:

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria.

Recentemente, inclusive, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal⁵ reafirmou esse entendimento segundo o qual não é possível que se supra a falta de tipificação do delito de organização criminosa invocando-se a Convenção de Palermo.

³ GOMES, Luiz Flávio apud FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013*. Curitiba, Juruá, 2014, p. 35.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96007. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2896007%2E+OU+96007%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nn9kcjw>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111021. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+111021%2E+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/c4ot7z9>>. Acesso em: 17 nov. 2015



Nos termos do voto do relator, na ocasião em que a conduta fora praticada o delito de organização criminosa ainda não havia sido devidamente tipificado:

Constata-se, desse modo, que, analisada a imputação deduzida contra o paciente, ora recorrente, sob a perspectiva da “organização criminosa” na condição de crime antecedente, mostra-se destituída de tipicidade penal essa conduta precisamente em razão de inexistir, à época dos fatos (entre 1998 e 1999), definição jurídica do delito de organização criminosa. Nem se diga, (...) que a ausência de lei formal definidora do delito de organização criminosa seria suprível pela invocação da Convenção de Palermo, o que bastaria para configurar, no plano da tipicidade penal (...) a existência do delito de organização criminosa, como infração penal antecedente, considerado o texto normativo da Lei nº 9.613/98, em sua primitiva redação. Cumpre ter presente, sempre, que, em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois (...) a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal.

Com o advento da Lei n. 12.694/12 - que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas - permitiu-se ao juiz natural formar um colegiado no momento da realização de qualquer ato processual em autos que envolvam delitos perpetrados por organizações criminosas.

No entanto, a grande inovação trazida pela citada lei se deve ao fato de ter sido esse o primeiro diploma legal no Brasil que trouxe uma definição de organização criminosa, conforme disciplinado em seu artigo 2º:

Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Todavia, apesar de ter proporcionado a conceituação de organização criminosa, a Lei n. 12.694/12 não trouxe a tipificação de um crime, com a menção de sua respectiva pena.

Finalmente, com a Lei n. 12.850/13, verifica-se que a figura da organização criminosa deixou de ser tão somente uma maneira na qual se comete crimes, passando a caracterizar um delito autônomo, como se observa no artigo 2º da aludida lei:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.
[...]



Desse modo, Vicente Greco Filho⁶ ao tecer comentários sobre o artigo supramencionado explica que: "A definição das condutas como crime é nova, de modo que se aplica a partir da vigência da lei, mas trata-se de crime permanente de modo que, ainda que constituída antes, se mantida a organização após a vigência incide a nova lei penal".

Surge, ainda, com a Lei n. 12.850/13 uma nova definição para "organização criminosa". Além de definir "organização criminosa", a referida lei também dispõe sobre a investigação criminal das organizações criminosas, versa sobre os meios para obtenção da prova, cria infrações penais correlatas às organizações criminosas, bem como trata sobre o procedimento criminal a ser aplicado.

Assim sendo, de acordo com o disposto em seu artigo 1º, § 1º:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

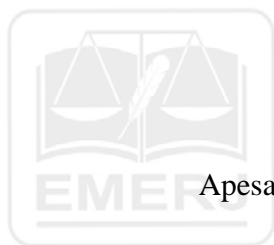
Diante disso, surge a primeira controvérsia doutrinária no que se refere a forma pela qual se deve dar, nesse caso, a aplicação das regras de sucessão das leis penais no tempo.

De acordo com Rômulo de Andrade Moreira⁷ existem dois conceitos distintos de organização criminosa e, portanto, a definição contida na Lei n. 12.694/12 não teria sido revogada pela Lei 12.850/13, estando ainda em vigor:

Perceba-se que esta nova definição de organização criminosa difere, ainda que sutilmente, da primeira (prevista na Lei nº. 12.694/2012) em três aspectos, todos grifados por nós, o que nos leva a afirmar que hoje temos duas definições para organização criminosa: a primeira que permite ao Juiz decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau e a segunda (Lei nº. 12.850/2013) que exige uma decisão monocrática. Ademais, o primeiro conceito contenta-se com a associação de três ou mais pessoas, aplicando-se apenas aos crimes (e não às contravenções penais), além de abranger os delitos com pena máxima igual ou superior a quatro anos. A segunda exige a associação de quatro ou mais pessoas (e não três) e a pena deve ser superior a quatro anos (não igual). Ademais, a nova lei é bem mais gravosa para o agente, como veremos a seguir; logo, a distinção existe e deve ser observada.

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 26.

⁷ ANDRADE, Rômulo Moreira. *A nova lei de organização criminosa – lei nº. 12.850/2013*. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938874/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-n-12850-2013>>. Acesso em 12 mar. 2015.



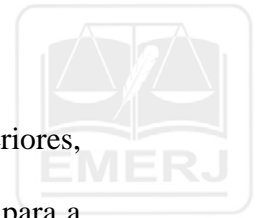
Apesar das discussões doutrinárias a esse respeito e ainda que não haja declaração expressa na Lei n. 12.850/13 revogando a Lei n. 12.694/12, prevalece na doutrina⁸ o entendimento de que não é possível a convivência desses dois artigos (o artigo 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/13, com o artigo 2º, da legislação anterior), haja vista que ambos tratam acerca da conceituação de organização criminosa. Por esse motivo, considera-se que houve uma revogação parcial da Lei n. 12.694/12, prevalecendo a definição contida na Lei n. 12.850/13, por ser esta posterior. Entretanto, a Lei n. 12.694/12 ainda permanece em vigor em relação as demais matérias, as quais não foram reguladas na nova lei de organização criminosa, como é, por exemplo, o caso do julgamento colegiado.

2. A COLABORAÇÃO PREMIADA COM O ADVENTO DA LEI N. 12.850/13

No que se refere à colaboração ou delação premiada⁹, esse instituto é antigo no Brasil. Contudo, atualmente vem ganhando grande notoriedade em razão de sua divulgação pelo noticiário, principalmente após a Operação Lava Jato.

⁸ Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 489, segundo o qual: "Por mais que a Lei nº 12.950/13 não faça qualquer referência à revogação parcial da Lei n. 12.694/12, especificamente no tocante ao conceito de organizações criminosas, é no mínimo estranho aceitarmos a superposição de conceitos distintos para definir tema de tamanha relevância para o Direito Penal e Processual Penal. É bem verdade que o art. 9º da LC 95/98, com redação dada pela LC nº 107/01, determina que a cláusula de revogação de lei nova deve enumerar, expressamente, as leis e disposições revogadas, o que não ocorreu na hipótese sob comento, já que o art. 26 da Lei nº 12.850/13 revogou expressamente apenas a Lei nº 9.034/95, sem fazer qualquer referência ao conceito de organização criminosa constante do art. 2º da Lei nº 12.694/12. No entanto, a falta de técnica por parte do legislador (...) não pode justificar a convivência de normas jurídicas incompatíveis entre si, tratando do conceito de organizações criminosas de maneira conflitante. Por consequência, como se trata de norma posterior que tratou da matéria em sentido diverso, parece-nos que o novel conceito de organização criminosa constante do art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/13, revogou tacitamente o art. 2º da Lei nº 12.694/12, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro."

⁹ *Ibid.*, p. 525. Renato Brasileiro de Lima ensina que: "Há quem utilize as expressões colaboração premiada e delação premiada como expressões sinônimas. Outros doutrinadores, todavia, preferem trabalhar com a distinção entre delação premiada e colaboração premiada, considerando-as institutos diversos."



Contudo, apesar da colaboração premiada já estar prevista em legislações anteriores, somente com a Lei n. 12.850/13 houve uma regulamentação acerca do procedimento para a aplicação dessa medida.

Insta salientar que, embora existam diversas críticas em relação a esse instituto relacionadas às questões morais e éticas que o envolvem, o presente artigo não irá se ater em comentar tais divergências, não porque sejam consideradas irrelevantes, mas porque elas não vieram à tona com a Lei n. 12.850/13, haja vista que o instituto da colaboração premiada já era previsto anteriormente no ordenamento jurídico brasileiro.

No que concerne especificamente à Lei n. 12.850/13, as divergências doutrinária são grandes, a começar pelos legitimados para a celebração do acordo de colaboração premiada.

Eugenio Pacelli¹⁰ entende que o artigo 4º, §2º e §6º, da Lei n. 12.850/13 teria conferido capacidade postulatória e legitimação ativa ao delegado de polícia para formular acordos de colaboração, que seriam homologados pelo juiz, o que seria absolutamente inconstitucional:

E o que fez a Lei 12.850/13? Dispôs que o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderá representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador (art. 4º, §2º)!!! Naturalmente, o mesmo dispositivo defere semelhante capacidade e legitimidade também ao Ministério Público! O desatino não poderia ir tão longe... Não bastasse, e para deixar claro que não parariam aí tais capacidades e faculdades tipicamente processuais (ainda que na fase de investigação), afirma que “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou entre o parquet, o investigado e o defensor (art. 4º, §6º)!!! Ou seja, a citada legislação parece elevar a autoridade policial à condição de parte [...].

De fato, o referido dispositivo é manifestamente inconstitucional, pois se assim fosse haveria patente afronta ao que preceitua o artigo 129, inciso I, da Constituição da República.

¹⁰ PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 17. ed. - Comentários ao CPP - 5. ed. - Lei 12.850/13. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ANEXOS/INF_264_Organizacoes_criminosas_pacelli.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015, p. 18.



Dessa forma, para o aludido doutrinador¹¹, a fim de se fugir de uma inconstitucionalidade, a solução seria, nestas hipóteses, permitir a atuação do delegado de polícia somente nos casos em que houvesse manifestação favorável do *parquet* acerca da colaboração premiada:

A eficácia do acordo de colaboração está vinculada, não só aos resultados úteis previstos em lei, mas também à sentença condenatória contra o colaborador, o que dependerá de ação penal proposta pelo Ministério Público. (...) Não nos parece aceitável a possibilidade de propositura e de formalização de acordo de colaboração pelo delegado de polícia, não se podendo aceitar, então, que o juiz decida por homologação um ajuste com tais características. Ou bem se admite a inconstitucionalidade de tais normas, ou, se for possível aceitar a validade da atuação policial na colaboração premiada, que esteja ela condicionada à manifestação favorável do Ministério Público, caso em que o acordo, naturalmente, teria como parte legítima o *parquet* e não o delegado de polícia.

A saída encontrada por Eugenio Pacelli parece ser uma boa solução, pois limita a atuação do delegado de polícia no acordo de colaboração, sendo esta somente possível nos casos em que houver concordância por parte do Ministério Público.

Ressalte-se que Paulo César Busato¹² entende, igualmente, pela inconstitucionalidade da norma, em razão da colaboração premiada ser matéria processual, e assim sendo, não poderia a lei ter convertido o delegado de polícia em sujeito processual, bem como também não poderia ter afastado a participação do juiz durante a realização das negociações para a formalização do acordo de colaboração. Assim sendo, de acordo com o referido autor¹³, a lei ao permitir que o delegado de polícia ajuste com o delator os termos da colaboração, o teria elevado a condição de parte no processo penal, haja vista que "ao admitir que ele negocie a colaboração, sua iniciativa poderia gerar a extinção da persecução, a

¹¹ Ibid., p. 20.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 123: "Se o juiz não é parte e, portanto, não pode ele próprio produzir a prova e o Ministério Público será somente "ouvido", a produção da prova poderia ser realizada, mesmo à revelia do órgão acusador! A questão toda é que a iniciativa a respeito do emprego deste instrumento probatório e mesmo o sopesamento das consequências que ele gera para fins de aplicação do direito penal devem estar disponíveis tão somente para o titular da ação penal que, por disposição constitucional, é exclusivamente o Ministério Público, afinal, em certa medida, trata-se de dispor da persecução penal. O juízo de valoração sobre a conveniência e oportunidade de dispor da prova pertence ao Ministério Público e é ele, exclusivamente, junto com o defensor e o investigado, quem deve deliberar sobre os termos da colaboração premiada."

¹³ Ibid., p. 123.



redução da pena ou sua substituição de privação de liberdade por restrições de direitos, e até extinção da punibilidade por perdão judicial."

No mesmo sentido é o entendimento de Eduardo Araújo da Silva¹⁴, que também considera manifestamente inconstitucional a referida lei e demonstra preocupação em relação aos casos em que o Ministério Público se manifeste contrariamente ao acordo firmado pelo delegado de polícia, mas ainda assim o juiz o homologue, pois dessa forma¹⁵: "Teríamos, então, por vias transversas, a hipótese de o delegado de polícia vincular a disponibilidade quanto à aplicação da sanção penal ou ao exercício do jus puniendi estatal, via perdão judicial, à revelia do órgão titular da ação penal, o que implicaria em manifesto cerceamento das funções acusatórias em juízo."

Partindo da premissa que a autoridade policial não possui legitimidade para celebrar os aludidos acordos, Renato Brasileiro de Lima¹⁶ entende que o juiz deverá se recusar a homologá-los nas hipóteses em que tenham sido firmados unicamente pelo delegado de polícia, pois: "nos termos do art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/13 (...) o juiz é obrigado a verificar a legalidade do acordo antes de proceder à homologação."

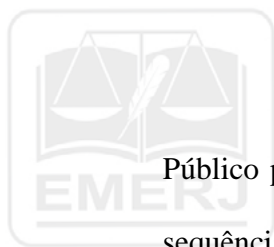
No entanto, o autor¹⁷ adverte que antes de efetuar qualquer recusa, o juiz deverá ouvir o Ministério Público, pois caso o órgão ministerial se manifeste favoravelmente aos termos do que fora ajustado entre o delegado de polícia e o acusado, "a legitimidade ativa do Ministério

¹⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. *Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada* - Lei n. 12.850/13. Disponível em: <http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015, p. 3, senão vejamos: "[...] A lei é inconstitucional ao conferir tal poder ao delegado de polícia, via acordo com o colaborador, ainda que preveja a necessidade de parecer do Ministério Público e de homologação judicial, pois não pode dispor de atividade que não lhe pertence, ou seja, a atividade judicial de busca da imposição penal em processo-crime, vinculando o entendimento do órgão responsável pela acusação. Na prática, pois, deverá a autoridade policial representar para que o Ministério Público realize o acordo, ouvindo o colaborador e seu defensor, e em seguida encaminhe aos autos ao juiz para fins de homologação. Embora temerária ausência de prévio contato com o colaborador e seu defensor, nada impede que, concordando com os termos do acordo, o representante do órgão responsável pelo jus persecuendi em judio ratifique a proposta formulada pela autoridade policial."

¹⁵ Ibid., p.4.

¹⁶ LIMA, op. cit., p.555.

¹⁷ Ibid., p. 555.



Público para a ação penal pública terá o condão de cancelar a validade do acordo, que, na sequência, será submetido pelo órgão ministerial à homologação do juiz competente."

Por outro lado, apesar de escrever em co-autoria com Paulo César Busato, Cezar Roberto Bitencourt¹⁸ discorda do entendimento apresentado por aquele, não considerando inconstitucional a lei em virtude dela possibilitar ao delegado de polícia firmar o acordo de colaboração premiada, pois: "em sua concepção, não o torna, por si só, parte na relação processual, considerando que dela não é integrante, limitando sua atividade somente à fase pré-processual, puramente preparatória."

Comungam desse mesmo posicionamento Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Bastista Pinto¹⁹, para os quais: "o ato de representar no sentido de que seja concedido o perdão ao colaborador, possa ser inserido no âmbito regular de atribuições do delegado de polícia, (...), por exemplo, quando representa pela decretação da prisão preventiva (...), ou pela decretação da prisão temporária [...]."

Assim sendo, para os referidos autores o que certamente houve foi uma carência de técnica legislativa, e por isso a lei se refere a autoridade policial como sendo uma das "partes". De qualquer modo, a atuação da autoridade policial continuaria se restringindo a fase de inquérito.

Para comprovarem o posicionamento no sentido de que a lei não concedeu capacidade postulatória ao delegado de polícia, e nem o transformou em parte da relação processual, os autores²⁰ apresentam o seguinte questionamento: "suponhamos que, tendo a autoridade policial representado pela concessão do perdão judicial ao agente colaborador, venha o juiz a indeferir o pedido. Indaga-se, poderia o delegado recorrer dessa decisão. A resposta é obviamente negativa [...]."

¹⁸ BITENCOURT; BUSATO, op. cit., p. 124.

¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei n. 12.850/1)*. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 53.

²⁰ Ibid., p. 55.



Outra questão bastante relevante apontada por Paulo César Busato²¹ se refere à incoerência do §2º, do artigo 4º, da Lei n. 12.850/13, que permite ao delegado de polícia também conceder o benefício, porém menciona em seu texto a aplicação do artigo 28, do Código de Processo Penal, cujo cabimento só seria possível nos casos em que o juiz discordasse das razões invocadas pelo membro do Ministério Público:

[...] Complementa-se o absurdo com uma inexplicável remissão à aplicação "no que couber" do art. 28 do Código de Processo Penal que, sabiamente, é a disposição legal que determina a remessa ao Procurador-Geral de Justiça dos pleitos de arquivamento dos quais o juiz discorde. A menção é incompreensível por várias razões. (...) Não se trata de uma situação de arquivamento. Em nenhum caso o Promotor de Justiça abre mão da persecução. O que existe é uma situação de produção probatória trocada por benesses processuais. O que dizer, então, das situações ridículas aventadas pela lei de negociação entre a defesa e o Delegado de Polícia? O feito seria remetido ao Delegado-Chefe? Ao secretário de Segurança Pública? Ou ao Procurador-Geral de Justiça? E se houvesse discordância do agente do Parquet em primeiro grau? Ainda assim caberia a remessa?

Dessa forma, o autor²² critica veementemente a carência de tecnicidade do legislador, e aponta como única saída hermenêutica para essa questão o entendimento no sentido da impossibilidade do delegado de polícia em negociar a colaboração premiada, incumbindo esta iniciativa tão somente ao membro do Ministério Público, que se submeteria - caso houvesse discordância do magistrado em relação aos termos do acordo -, a revisão pelo Procurador-Geral de Justiça.

Eugenio Pacelli²³ questiona veementemente a forma de aplicação nesses casos do artigo 28, do Código de Processo Penal, pois o §2º, do artigo 4º, da Lei n. 12.850/13, não explicita claramente em quais circunstâncias e de que forma isso se daria:

[...] Curiosamente, o citado art. 4º, §2º, prevê a aplicação, no que couber, do art. 28 do CPP, que, como se sabe, trata da hipótese em que o juiz discorda do requerimento de arquivamento do Ministério Público e o submete ao órgão de revisão da instituição. O que afinal quereria dizer tal remissão?? Acaso seria que, na hipótese de discordância do Ministério Público com o acordo proposto pelo delegado de polícia, os autos deveriam ser submetidos ao controle de revisão na própria instituição ministerial? Se essa foi a intenção legislativa, seria ainda mais bizarra a solução, a estabelecer um conflito de atribuições entre o parquet e a autoridade policial. E mais. Nesse caso, a

²¹ BITENCOURT; BUSATO, op. cit., p. 123-124.

²² Ibid., p. 124.

²³ PACELLI, op. cit., p. 19.



lei deveria se referir à aplicação por analogia do art. 28, CPP, e não apenas no que couber como consta do texto, já que não se sabe onde caberia referida aplicação.

Já Cezar Roberto Bitencourt²⁴ não vê maiores dificuldades na aplicação do artigo 28, do Código de Processo Penal, pois: "entende o autor que a norma referida menciona, com acerto, "no que couber"; logicamente, com essa ressalva, "no que couber", acaba afastando o delegado de polícia, pois a essa autoridade não cabe invocar referido dispositivo legal."

Outra questão que é bastante mencionada pela doutrina se refere ao disposto no artigo 4º, §14, da Lei n. 12.850/13, o que é considerado por muitos autores como inconstitucional.

Neste sentido é o entendimento de Rômulo de Andrade Moreira²⁵:

Eis agora uma das maiores inconstitucionalidades na legislação brasileira: "nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade." (...). Ora, onde já se viu o dever, a imposição de renunciar a um direito constitucionalmente declarado. Óbvio que esta disposição só pode ter saído de uma mente em desvario. Claro que o direito ao silêncio é renunciável, voluntária e espontaneamente, jamais imposto. Mais uma vez, valendo-se de uma interpretação à luz da CF/88, deve-se ler este teratológico dispositivo da seguinte maneira: nos depoimentos que prestar, o colaborador poderá renunciar, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio. Somente assim, estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

De fato, o direito ao silêncio se trata de uma garantia prevista constitucionalmente, e como tal não poderia de forma alguma ser afastada por imposição do legislador. Sem sombra de dúvidas, esse foi bastante infeliz ao utilizar a palavra "renunciará".

Nessa linha, Gabriel Habib²⁶ também entende pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, por conter flagrante violação ao princípio do direito ao silêncio previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República:

O agente colaborador tem a posição de investigado ou réu, e não de testemunha. Se ele é investigado ou réu, tem constitucionalmente assegurado a si o direito ao silêncio, não podendo o legislador ordinário impor a sua renúncia ao direito ao silêncio. (...) Com efeito, o art. 4º, caput trata da realização do acordo de colaboração entre as partes, bem como o inciso I do art. 4º dispõe que o colaborador deve identificar os demais coautores e partícipes, tratando-o também como réu. Em nenhum momento o

²⁴ Ibid., p. 124.

²⁵ ANDRADE, op. cit., disponível em: < <http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938874/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-n-12850-2013>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

²⁶ HABIB, op. cit., p. 53.



legislador transformou o colaborador em testemunha. E nem poderia fazê-lo! (...) Os direitos fundamentais podem ser renunciados pelos seus titulares, mas isso depende exclusivamente de livre manifestação deles. O que não se admite é que o legislador imponha essa renúncia à garantia fundamental ao direito ao silêncio. O titular de um direito fundamental pode renunciá-lo, mas o legislador não pode impor-lhe essa renúncia de forma obrigatória.

Diante do exposto, não restam dúvidas de que jamais poderia a lei infraconstitucional obrigar o colaborador a renunciar a um direito garantido constitucionalmente.

No mesmo sentido é o posicionamento apresentado por Cesar Roberto Bitencourt e Paulo Cesar Busato²⁷, os quais entendem pela inconstitucionalidade da lei:

Uma vez iniciado o processo, sendo o colaborador, indubitavelmente, parte do processo, goza de pleno direito ao silêncio. A lei, incorrendo em nova inconstitucionalidade, estabelece, em seu art. 4º, §14, que o colaborador renunciará - utiliza-se voz cogente - ao direito ao silêncio na presença de seu defensor. Ora, o dispositivo legislativo é claramente inconstitucional enquanto obriga (ou condiciona, o que dá no mesmo) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na Constituição como em todos os pactos internacionais de direitos humanos. Afinal, o réu simplesmente não está obrigado a fazer prova contra si em circunstância alguma, mesmo a pretexto de "colaborar" com a Justiça, ou seja, na condição de colaborador. Afinal, interessa-lhe muito mais (é-lhe muito mais benéfico) uma sentença absolutória, que a aplicação dos benefícios decorrentes da colaboração.

Como se observa os posicionamentos supramencionados são no sentido de que não poderia a lei impor ao colaborador essa renúncia. Contudo nada o impede de abrir mão do seu direito de forma voluntária.

Por esse motivo, de forma acertada Eugenio Pacelli²⁸ entende que não se trata, e nem poderia, da hipótese de renúncia a um direito de cunho constitucional:

[...] qualquer acusado ou investigado pode livremente confessar os fatos que lhe são imputados em juízo ou que estejam sendo investigados. Não há o dever ao silêncio! Assim, a norma a que nos referimos é de uma ausência de técnica legislativa beirando o inexplicável! Se a colaboração depende de ato voluntário do agente, e, se, para sua eficácia, dependerá também de determinadas informações/declarações a serem prestadas por ele, não há que se falar em renúncia ao direito ao silêncio. E, mais, o dever de dizer a verdade na hipótese, tal como previsto no referido dispositivo, decorreria unicamente de ato voluntário do colaborador e não como imposição da norma legal! Se antes dessa decisão pessoal ele não era obrigado a depor - direito ao silêncio - não se pode dizer que ele tenha renunciado a esse direito, mas, sim, que resolveu se submeter às consequências de sua confissão.

²⁷ BITENCOURT; BUSATO, op. cit., p. 134-135.

²⁸ PACELLI, op. cit., p. 30.



Portanto, não há que se falar em renúncia ao direito ao silêncio, e sim numa opção do colaborador por confessar voluntariamente e assistido por sua defesa técnica, os fatos que lhe são imputados, visando a receber os benefícios que essa atitude poderá lhe trazer. Logo, o colaborador em nenhum momento é coagido, pois se assim fosse, se estaria diante de uma patente inconstitucionalidade.

Assim sendo, o que se vislumbra, na verdade, é que mais uma vez o legislador se utilizou de terminologia inadequada. Esse também é o entendimento de Renato Brasileiro de Lima²⁹ acerca do assunto:

Parece ter havido um equívoco por parte do legislador ao fazer uso do verbo renunciar. Afinal, se se trata, o direito ao silêncio, de direito fundamental do acusado previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, "g"), é evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direitos são, por natureza, inalienáveis (ou indisponíveis). Por consequência, o caráter indisponível do direito ao silêncio conduziria à nulidade absoluta, por ilicitude de objeto, do acordo de colaboração premiada em que fosse pactuada a renúncia a esse direito. Na verdade não há falar em renúncia ao direito ao silêncio, mas sim em opção pelo seu não exercício, opção esta exercida voluntariamente pelo investigado/acusado, que, para tanto, deverá contar com a assistência técnica de seu defensor e ser previamente informado de que não é obrigado a "colaborar para a sua própria destruição" (*nemo tenetur se detegere*).

Logo, não poderia ser outro o entendimento a ser adotado nessa hipótese, pois caso contrário, levando-se ao pé da letra as palavras do legislador se incorreria em grave inconstitucionalidade. Dessa forma, não se pode admitir outra interpretação que não as feitas por Eugenio Pacelli e Renato Brasileiro de Lima.

Outrossim, embora o artigo 4º, § 14, da Lei n. 12.850/13 mencione que o colaborador "estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade", tem se entendido pela impossibilidade deste responder pelo crime de falso testemunho.

Nesse sentido é o entendimento de Renato Brasileiro de Lima³⁰:

Como o art. 342 do CP refere-se exclusivamente à testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, revela-se inadmissível a inclusão de corréu como sujeito ativo deste delito, sob pena de evidente violação ao princípio da legalidade. Na verdade, a única situação em que o colaborador pode ser ouvido como testemunha é na hipótese de não ter havido o oferecimento de denúncia contra ele, consoante disposto no art. 4º,

²⁹ LIMA, op. cit., p. 528.

³⁰ Ibid., p. 528.



§4º, da Lei nº 12.850/13. Nesta hipótese, quando o colaborador não denunciado prestar declarações sobre fatos que dizem respeito à responsabilidade criminal alheia, adquire a qualidade de verdadeira prova testemunhal incriminadora, limitada, à evidência, aos fatos por ele declarados, daí por que deve responder segundo a verdade.

Portanto, por não estar na condição de testemunha, não pode o corréu responder pelo crime do artigo 342, do Código Penal.

Compartilha, ainda, desse entendimento Eugenio Pacelli³¹, segundo o qual até poderia o colaborador vir a responder por denúncia caluniosa, mas não por falso testemunho:

Nesse passo, pode até ser que ele venha a responder pelo crime de denúncia caluniosa, dado que não é permitido a ninguém, ainda que na defesa de seus interesses, atribuir a responsabilidade penal de um fato a terceiro, sabendo falsa a afirmação (art. 339, CP). Mas, pelo falso testemunho parece-nos que não! De início, por que ele, a rigor, sequer ocuparia a posição de testemunha no processo, segundo exigências do princípio da legalidade estrita em matéria penal (art. 342, CP). Ao depois, a falsidade das declarações, com o objetivo de se favorecer dos benefícios da lei, é um risco que deve correr o Estado, sem que se possa falar em renúncia à autodefesa.

Assim sendo, não se vislumbra no dispositivo do crime de falso testemunho a sua aplicação quanto ao sujeito que fora denunciado pelo Ministério Público. Desse modo, em atenção ao princípio da reserva legal não se deve admitir que lhe seja imputado o referido crime.

3. A INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA LEI N. 12.850/13

A infiltração de agentes já se encontrava disciplinada no artigo 2º, inciso V, da Lei n. 9.034/95, bem como no artigo 53, inciso I, da Lei n. 11.343/06.

Contudo, as aludidas legislações não dispunham acerca do procedimento de infiltração e nem mesmo sobre as consequências jurídicas dos atos dela advindos.

Assim, a Lei n. 12.850/13 de modo salutar vem preencher uma lacuna existente nas legislações anteriores que tratavam da infiltração policial. Dentre as inovações trazidas pela referida lei está o fato dela estabelecer um prazo para a duração da infiltração policial.

³¹ PACELLI, op. cit., p. 30.



Como ressalta Ana Luiza Almeida, Flavio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola³²: "Não se poderia aceitar como válida a falta de delimitação temporal, sob pena de presenciarmos uma atividade policial marcada pela arbitrariedade e pelo abuso de poder."

Assim sendo, conforme prevê o artigo 10, §3º, da Lei n. 12.850/13, a infiltração policial deverá ser concretizada no máximo em até seis meses, havendo possibilidade de renovação do referido prazo.

O cerne da questão é: quantas renovações são possíveis? Nesse aspecto, em razão de não haver uma delimitação por parte da lei, encontramos divergências por parte da doutrina.

De acordo com Como Ana Luiza Almeida, Flavio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola³³ esse prazo poderá ser prorrogado indefinidamente:

Resta prevista a possibilidade de 'eventuais renovações'. Fato é, que ao não se delimitar o número máximo de renovações, acabou o legislador por deixar dito, ao menos implicitamente, que poderão ser vários os pedidos de prorrogação do prazo para se findar a infiltração. (...) Em nossa opinião, inclusive, quando da prorrogação, desde que o magistrado fundamente sua decisão, apontando as razões que o motivaram, poderá dispor sobre um prazo além dos 06 (seis) meses previsto no §3º.

Renato Brasileiro de Lima³⁴ também entende pela possibilidade de renovações de modo indefinido, desde que haja a devida comprovação para a indispensabilidade deste meio de prova:

Ante a redação do art. 10, §3º, da Lei n. 12.850/13, que faz referência expressa ao prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, parece não haver dúvidas de que o prazo da infiltração pode ser renovado indefinidamente, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Parece ter sido este o intuito do legislador ao prever no artigo 10, § 3º, da Lei n. 12.850/13 que: "A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade". Ora, a lei fala em "renovações", portanto, o plural indica que seriam possíveis mais de uma.

³² FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 203.

³³ Ibid., p. 203-204.

³⁴ LIMA, op. cit., p. 577.



Contudo, Eugenio Pacelli³⁵ não entende dessa forma. Assim sendo, além de tecer críticas ao artigo 10, § 3º, da lei n. 12.850/13 por não delimitar as prorrogações do prazo de infiltração, o doutrinador estabelece como sendo admissível apenas uma única prorrogação:

[...] Pode-se admitir a prorrogação do prazo de 6 (seis) meses por uma única vez, diante da irrazoabilidade intrínseca da ausência de limites do prolongamento da infiltração. Mas, porque uma e não duas prorrogações? Simples: estamos apenas a aceitar a possibilidade de prorrogação de um prazo – que já deveria ser fixo! – em seus limites mínimos. Como deve ocorrer, em regra, nas situações de normas que regulam a ingerência dos poderes públicos na vida privada.

Embora se respeite o posicionamento acima, a redação do dispositivo leva a crer que o legislador não quis limitar o número de prorrogações, permitindo que elas ocorram de forma indefinida, desde é claro que sejam demonstradas a sua imprescindibilidade.

No que tange à responsabilidade penal do agente infiltrado, a Lei n. 9.34/95 e a Lei n. 11.343/06 não previam qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Dessa forma, havia um dissenso por parte da doutrina no tocante à natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, sendo observadas a existência de quatro correntes a respeito dessa questão, conforme esclarece Rogério Sanches Cunha³⁶:

- 1ª) trata-se de uma causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa;
- 2ª) escusa absolutória, na medida em que, por razões de política criminal, não é razoável nem lógico admitir a responsabilidade penal do agente.;
- 3ª) trata-se de causa excludente da ilicitude, uma vez que o agente infiltrado atua no estrito cumprimento do dever legal;
- 4ª) atipicidade penal da conduta do agente infiltrado, seja por falta de dolo, seja porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, portanto, sem relevância penal.

Nesse aspecto, parece ter sido estabelecido com a Lei n. 12.850/13 qual seria a consequência penal advinda da prática de crimes perpetrados por parte do agente infiltrado. Assim sendo, a Lei n. 12.850/13 afastou a responsabilidade penal do agente infiltrado nos crimes por ele praticados no âmbito da infiltração e estabeleceu sob o ponto de vista jurídico

³⁵ PACELLI, op. cit., p. 47.

³⁶ CUNHA, Rogério Sanches. A Figura do Agente Infiltrado e sua responsabilidade penal. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745>>. Acesso em: 22 ago. 2015.



através de que circunstância tal afastamento poderia ocorrer, conforme leciona Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo Batista Pinto³⁷:

Conclui-se, da simples leitura do parágrafo em comento, que o legislador optou seguir a primeira corrente (causa de inegibilidade de conduta diversa), merecendo aplausos. Com essa solução, sendo o agente infiltrado induzido, instigado ou auxiliado a praticar um crime no âmbito da organização, respeitando a proporcionalidade e sem extrapolar a finalidade da investigação, sendo dele inexigível conduta diversa, exclui-se apenas a culpabilidade do injusto por ele praticado, permanecendo típico e ilícito, possibilitando, de acordo com a teoria da acessoriedade limitada (ou média), a punição dos partícipes (integrantes da organização) pelo delito praticado.

No entanto, existem críticas em relação ao posicionamento adotado pelo legislador.

Assim, colaciona-se a visão de Ricardo Antonio Andreucci³⁸:

[...] Essa não nos pareceu a melhor solução, até porque coloca o agente infiltrado em delicadíssima posição de ter que avaliar, muitas vezes em situação concreta de perigo durante o desenrolar da infiltração, a inexigibilidade de conduta diversa em sua atuação, a qual será posteriormente reavaliada e até mesmo rechaçada pelas autoridades, acarretando-lhe a eventual responsabilização pelos “excessos praticados”. Melhor seria tivesse a nova lei ousado mais e erigido a infiltração propriamente dita em causa de preclusão de antijuridicidade.

Vale destacar que a lei expressamente afirmou que se trata de causa de inexigibilidade de conduta diversa. Portanto, o legislador fez a sua escolha, se é certa ou errada, parece que a discussão deve se ater aos meios acadêmicos, não devendo o aplicador do direito fazer interpretação diversa daquela que consta de forma expressa no diploma legal.

CONCLUSÃO

No presente artigo buscou-se analisar os pontos que estão sendo mais debatidos pela doutrina, e, por conseguinte, gerando uma maior divergência doutrinária, pois de fato não seria viável esgotar todo o tema em tão poucas laudas.

³⁷ CUNHA; PINTO, op. cit., p. 117.

³⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Infiltração Policial*: possibilidade. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-possibilidade/11950>>. Acesso em: 22 ago. 2015.



Observa-se, portanto, que apesar das diversas críticas apontadas pelos doutrinadores, a Lei n. 12.850/13 inovou em muitos aspectos, gerando grande expectativa de que possa levar a resultados significativos no combate ao crime organizado.

É bem verdade que a aludida lei apresenta muitas falhas, havendo, inclusive, posicionamentos no sentido da inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos.

Contudo, não se pode deixar de mencionar, também, que foi dado um grande passo, haja vista que a Lei n. 12.850/13 supre muitas das lacunas até então existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Ressalte-se, ainda, que por ser uma legislação que entrou em vigor recentemente ainda não se encontra na jurisprudência o enfrentamento de muitas das questões que foram ventiladas.

Dessa forma, somente com o passar do tempo poderá ser confirmada se todas as mudanças trazidas pela Lei n. 12.850/13 surtiram efeito, ou seja, se efetivamente essa legislação cumpriu com o seu objetivo, sendo de fato eficiente na repressão à expansão da criminalidade organizada.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rômulo Moreira. *A nova lei de organização criminosa* – Lei n. 12.850/2013. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938874/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-n-12850-2013>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Infiltração Policial: possibilidade*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-possibilidade/11950>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

BARROS, Francisco Dirceu. *As 10 maiores perplexidades da nova lei de organização criminosa (1ª parte)*. Disponível em: <<http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/121941095/as-10-maiores-perplexidades-da-nova-lei-de-organizacao-criminosa-1-parte>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htmimpress%C3%A3o.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 77771. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=77771&&b=ACOR&p=false&l=10&i=6>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96007. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2896007%2ENUME%2E+OU+96007%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nn9kcjw>>. Acesso em: em: 10 abr. 2015.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111021. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+111021%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/c4ot7z9>>. Acesso em: 17 nov. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 121835 AGR. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crime organizado*: nova lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI188454,91041-Crime+organizado+nova+lei+1285013+e+o+problema+da+conduta+dos+agentes>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei n. 12.850/13). 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. *A Figura do Agente Infiltrado e sua responsabilidade penal*.

Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade Organizada - Comentários à Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários À Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

HABIB, Gabriel. *Leis Especiais para Concursos - v.12 - Tomo II - Leis Penais Especiais*. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal - 17. ed. - Comentários ao CPP - 5. ed. - Lei 12.850/13*. Disponível em:

<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ANEXOS/INF_264_Organizacoes_criminosas_pacelli.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.



PINTO, Ronaldo Batista. *Nova lei de organização criminosa (Lei n. 12.850/2013), e a oitiva do agente colaborador em juízo.* Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/559-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-n-12-850-2013-e-a-oitiva-do-agente-colaborador-em-juizo.html>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

PINTO, Ronaldo Batista. *A colaboração premiada da Lei n. 12.850/2013.* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26523/a-colaboracao-premiada-da-lei-n-12-850-2013>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada - Lei n. 12.850/13.* Disponível em: <http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf>. Acesso em: 22 ago 2015.



O INQUÉRITO POLICIAL E O SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

Isabelle Conti de Almeida

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito.

Resumo: O sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, dentre outras implicações, busca a concretude dos princípios do contraditório e da ampla defesa, de modo a resguardar os direitos fundamentais do acusado frente ao direito de punir estatal. No entanto, os direitos e garantias consagrados pela CRFB/88 ainda são mitigados pelos resquícios do sistema inquisitivo presentes no Código de Processo Penal de 1941. A possibilidade de utilização de elementos produzidos sem contraditório no inquérito policial no plenário do Tribunal do Júri reflete a dificuldade, ainda existente, de aplicação de um sistema acusatório puro. A essência do trabalho é abordar as críticas ao sistema de valoração da prova no Tribunal do Júri e apontar a solução que se coadune às normas constitucionais democráticas.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Sistema acusatório. Contraditório. Inquérito policial. Tribunal do Júri. Íntima convicção.

Sumário: Introdução. 1. O processo penal brasileiro: abandono de um modelo inquisitivo, em busca de um sistema acusatório puro. 2. O inquérito policial como instrumento para a formação do convencimento do julgador. 3. Os sistemas de valoração da prova. 4. O inquérito policial no Tribunal do Júri: harmonizando os institutos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a temática do sistema de valoração das provas no Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para a apreciação dos crimes dolosos contra a vida e os a eles conexos.

Inicia-se o primeiro capítulo com a análise do sistema processual adotado pela atual Constituição da República: o sistema acusatório. Embora não haja previsão expressa no texto constitucional, não há dúvida quanto à opção do constituinte em erigir o sistema acusatório como modelo processual penal a guiar a atividade de todos os aplicadores do Direito.



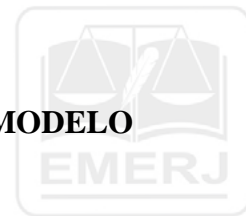
Partindo das premissas do sistema acusatório e de seus princípios norteadores, ganha destaque, no segundo capítulo do trabalho, a problemática da natureza dos elementos coligidos no inquérito policial e sua utilização como fundamento para a prolação de uma sentença condenatória na fase judicial.

O terceiro capítulo destina-se a apresentar os três sistemas de valoração da prova: o sistema da prova tarifada, ou prova legal, o sistema de livre convencimento motivado, também chamado de sistema da persuasão racional, e o sistema da íntima convicção, adotado no Tribunal do Júri.

No quarto capítulo, expõe-se a controvérsia que se alastra por todo o território nacional e repercute na jurisprudência dos mais variados tribunais do país: a (in)compatibilidade entre a legislação processual penal – que adota o princípio da íntima convicção no Tribunal do Júri e possibilita, assim, que o Conselho de Sentença forme seu convencimento a partir de qualquer elemento dos autos, inclusive os que não foram submetidos a contraditório – e o modelo acusatório consagrado pela CRFB/88, que prima pela observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O presente estudo busca promover a reflexão dos intérpretes da legislação pátria para a profunda alteração do paradigma processual penal brasileiro com o advento do sistema acusatório, uma vez que, não raro, o Estado-Juiz viola as garantias constitucionalmente asseguradas ao aplicar a letra fria do Código de Processo Penal em detrimento de uma interpretação sistemática. Objetiva-se, portanto, encontrar a solução mais justa e condizente com a nova ordem constitucional e com a plenitude de defesa que norteia a persecução penal no Tribunal do Júri.

A pesquisa adotará a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva.



1. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ABANDONO DE UM MODELO INQUISITIVO, EM BUSCA DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO PURO

O sistema processual penal reflete as características políticas e a forma de governo de um Estado. O Estado brasileiro, por ter passado por diversas fases políticas, já oscilou quanto à classificação do sistema penal adotado: da legislação inquisitorial dos períodos ditatoriais às normas garantistas da CRFB/88.

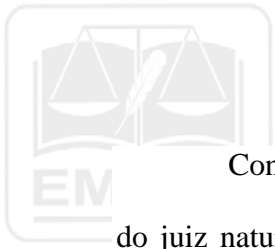
A CRFB/88 inaugurou um novo modelo processual na persecução penal, caracterizado precipuamente pela separação das funções investigatória, acusatória e julgadora. Essas funções foram distribuídas e atribuídas a diferentes órgãos e instituições: a investigação foi destinada à Polícia Judiciária (art. 144), a acusação, ao Ministério Público (art. 129, I) e, por fim, o julgamento, ao Poder Judiciário (art. 92 e seguintes).

O critério básico diferenciador do sistema acusatório é este: a separação das funções de investigar, acusar e julgar. A separação de tais funções está a serviço da busca pelo julgamento imparcial, isento e inerte, de acordo com o princípio *ne procedat judex ex officio*. Nesse modelo, o julgador deve limitar-se a decidir, afastando-se das atividades investigatória e instrutória.

O professor Geraldo Prado¹, ao dissertar sobre o tema, deixa claro seu entendimento no tocante à adoção de um sistema acusatório puro:

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

¹PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 83-84.



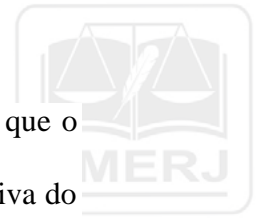
Considerando, outrossim, que Constituição prevê, também, a publicidade, o princípio do juiz natural, com a vedação de criação de tribunais de exceção, a instituição do devido processo legal, como pressuposto necessário para a restrição de bens e liberdade, a atuação jurisdicional imparcial, ou seja, julgador equidistante das partes, e os princípios do contraditório e da ampla defesa, não há dúvida quanto à adoção do sistema acusatório. Evidenciando a escolha do constituinte por esse sistema, a Constituição também previu em seu corpo os princípios da presunção de inocência e o da vedação às provas ilícitas.

É de se notar que os princípios elencados têm assento no art. 5º da CRFB/88. Não por acaso o constituinte assim o fez. Sua intenção ao regulamentar a matéria penal dentro do capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, sem dúvida, foi a de reforçar a garantia dos direitos fundamentais frente à possibilidade de arbítrio do poder de punir estatal.

Nesse diapasão, embora a Carta Constitucional não tenha adotado expressamente o sistema acusatório como regente da persecução penal, a observância de todos esses princípios democráticos, característicos de um modelo garantista, não deixa dúvidas quanto à opção do constituinte originário.

Não é demais lembrar que o art. 1º, inciso III, da CRFB/88² consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse valor consagrado no texto constitucional não deve servir apenas como norma – seja como regra, seja como princípio – mas também, e não menos importante, a dignidade da pessoa humana deve ser concebida como atributo do homem. Significa dizer que homem não é meio para atingir fins outros, mas o fim a ser perseguido.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.



Aury Lopes Jr.³, defendendo o abandono da coisificação do homem, ressalta que o acusado “deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal”, como sujeito de direitos.

Partindo dessa ideia central da dignidade humana enquanto valor cerne de todo o ordenamento jurídico e como fundamento da República Federativa do Brasil, é forçoso reconhecer que os direitos e garantias consagrados na Constituição e na legislação infraconstitucional devem servir ao homem. O processo penal – que se apresenta como garantia constitucional contra o arbítrio estatal e como limitador do poder do Estado – não poderia ser diferente. O processo penal deve ser um instrumento para a realização do direito material e deve ter como norte a dignidade da pessoa humana.

Não obstante a positivação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, a adoção dos postulados garantistas e a clara separação constitucional das funções de investigar, acusar e julgar, atribuídas a diferentes atores na persecução penal, é comum a afirmação de que o sistema processual penal adotado no Brasil é de natureza mista, em razão da atual legislação infraconstitucional.

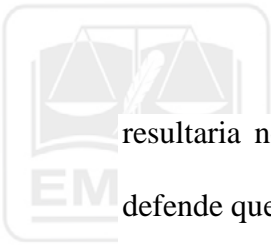
O Professor Guilherme de Souza Nucci⁴ afirma que:

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

Muito embora a atual Constituição tenha feito opção pelo sistema acusatório, a existência de dispositivos do Código de Processo Penal que remontam ao modelo inquisitório

³LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 61.

⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 104-105.



resultaria no hibridismo do sistema, de modo que parte da doutrina, a exemplo de Nucci, defende que o modelo brasileiro não é acusatório puro, mas sim misto.

Não se pode esquecer que o Código de Processo Penal vigente, instituído pelo Decreto-Lei n. 3.689/41, é fruto da realidade histórica e social do Estado Novo, ditadura varguista. E por assim ser, grande parte dos dispositivos da lei processual não se coaduna com os princípios contemporâneos do modelo acusatório, inaugurado pela CRFB/88, dentre os quais, a plenitude de defesa, expressamente consagrada no Tribunal do Júri.

O art. 156, II, do Código de Processo Penal⁵, que confere ao juiz o poder de determinar, de ofício, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto que julgue relevante, é um exemplo de norma infraconstitucional com viés inquisitório, já que, assim procedendo, o magistrado se afastaria do seu papel de espectador, inerte, salutar e imprescindível ao Estado Democrático de Direito, e exerceria papel de ator, que compete às partes, aos interessados.

Nesse contexto, a mera aceitação do hibridismo sistêmico e, por conseguinte, a defesa da convivência harmônica das normas infraconstitucionais inquisitórias com o texto constitucional garantista configura postura reducionista.

Para que se mantenha a unidade e coerência do ordenamento jurídico, é necessário mais do que a aceitação de um sistema híbrido. É imprescindível a efetiva mudança no paradigma processual penal, seja por meio de uma reforma geral expressa ou pela utilização da técnica da filtragem constitucional – através da qual a legislação infraconstitucional passa por um processo de releitura à luz do filtro axiológico da Constituição.

Apenas com a reforma – formal ou informal – da legislação processual penal e com a reflexão dos intérpretes da norma, juristas e aplicadores do Direito, será possível alcançar um

⁵BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.



sistema processual penal genuinamente acusatório, sem a influência inquisitória herdada do período ditatorial.

A Constituição, dotada de força normativa, deve sempre preponderar sobre as demais normas jurídicas com *status* inferior, de forma que, ao se deparar com um conflito de normas, o intérprete deve adotar a solução mais justa e condizente com a nova ordem constitucional, com os princípios que emergem do neoconstitucionalismo.

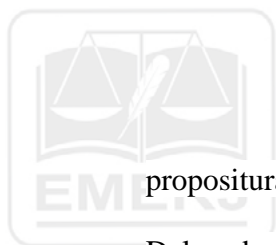
2. O INQUÉRITO POLICIAL COMO INSTRUMENTO PARA A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR

A atividade probatória desenvolvida na persecução penal objetiva a reconstrução do crime enquanto fato passado. Para que se alcance a reconstrução do passado, é necessária a observância de dois momentos distintos: a produção da prova e a sua apreciação. Através do procedimento probatório, o julgador toma conhecimento da realidade histórica e forma seu juízo de valor sobre ela.

Assim, o destinatário da prova no processo penal é o órgão jurisdicional, podendo ser ele o Juiz, o Desembargador, todo um Tribunal ou até os jurados do Tribunal do Júri. O juiz-espectador, afastado da atividade investigatória e instrutória, deve se debruçar sobre as provas produzidas que lhe são dirigidas, a fim de formar a sua convicção.

Em se tratando de atividade investigatória e instrutória e de formação do convencimento do julgador, ganha destaque o inquérito policial, instrumento mais importante na obtenção da prova.

O inquérito policial é o procedimento investigatório presidido pela autoridade policial que busca o esclarecimento de fatos que configuram, em tese, infrações penais e sua respectiva autoria, possibilitando, assim, o seguimento da persecução penal através da



propositura da ação penal. Além da característica probatória, a investigação conduzida pelo Delegado de Polícia tem como traço a imparcialidade, ou seja, a desvinculação da acusação e da defesa, de modo que o inquérito policial torna-se importante instrumento de barreira contra acusações infundadas e temerárias e serve como mecanismo salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

O Delegado de Polícia Civil do Estado do Paraná Henrique Hoffman⁶, discorrendo sobre o tema, salientou:

A persecução penal deve caminhar lado a lado com a franquia de liberdades públicas do cidadão, humanizando-se a função punitiva do Estado. Nada mais óbvio, se considerarmos que a dignidade da pessoa humana, enquanto valor jurídico fundamental da comunidade e reduto intangível do indivíduo, traduz o centro axiológico em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, e a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Nesse prisma, o Estado-Investigação nada mais é do que um meio cuja finalidade consiste na garantia de direitos fundamentais, sendo o postulado da dignidade o norte para o Poder Público.

Dizer que os fatos reconstruídos no inquérito configurariam meros elementos informativos, porque serviriam tão-somente para subsidiar o Ministério Público da justa causa para a ação penal, é afirmação ultrapassada, falaciosa e simplista. Isso porque a quase totalidade dos elementos (re)produzidos na ação penal é oriunda da investigação criminal materializada no inquérito policial. Daí dizer que os elementos do inquérito policial formam juízo de quase certeza, sobretudo por conta dos avançados métodos de investigação, como a interceptação telefônica e interceptação telemática nos aplicativos de redes sociais.

O Delegado de Polícia Federal Marcio Anselmo⁷, analisando o valor probatório dos elementos coligidos na investigação criminal, ressalta:

Não guarda cabimento asserir-se que [o inquérito policial] surge como simples peça informativa; para, em seguida, afirmar que os meios de prova constantes do

⁶HOFFMAN, Henrique. *Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 26 out. 2015.

⁷ANSELMO, Marcio. *Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policia-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>>. Acesso em: 20 out. 2015.



inquérito, servem para receber, ou rejeitar a acusação; prestam para decretar a prisão preventiva; ou para conceder a liberdade provisória; bastam, ainda, para determinar o arresto e o seqüestro de bens, por exemplo.

Não se pode olvidar, no entanto, que o inquérito policial é procedimento sigiloso, cujo sigilo tem por objetivo não só o sucesso da investigação – sigilo interno – como também a preservação da intimidade do investigado – sigilo externo.

Não sendo admitidas interferências nas atividades em curso, sob pena de ineficácia do aparelho persecutório à disposição do Estado, nada impede que seja dada oportunidade ao defensor de se manifestar nos autos do procedimento, após a conclusão das diligências. É de se observar, também, a incidência dos postulados do contraditório e da ampla defesa na investigação, mesmo que de forma mais tênue do que no processo penal, de maneira a evitar o desequilíbrio entre a acusação e defesa.

Quando não houver a observância do contraditório em fase pré-processual, sobretudo quando se tratar de provas renováveis, tais como a prova testemunhal e as acareações, é essencial que elas sejam (re)produzidas em Juízo, sob contraditório judicial. Somente as provas produzidas em contraditório podem servir de fundamentação para a prolação da sentença no processo penal, que exige juízo de certeza do julgador.

Partindo dessa assertiva, qual seja, a imprescindibilidade do contraditório na produção da prova para a sua valoração pelo julgador, nos termos do art. 5º, LIV e LV, da CRFB/88, surge a problemática da interpretação do art. 155 do CPP, alterado pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008.

O Código de Processo Penal Brasileiro sofreu profundas alterações com o advento das leis n. 11.689 e n. 11.690, cujas inovações buscaram adequar a legislação processual aos ditames da Constituição. Uma das importantes alterações legislativas foi a introduzida no citado art. 155⁸ da legislação processual:

⁸BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.



Art. 155: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A leitura fria do dispositivo legal permite ao intérprete chegar ao entendimento de que a prova pré-processual, seja ela qual for, poderia ser utilizada pelo julgador para fundamentar sua decisão, desde que não fosse a única existente nos autos, ou seja, o magistrado poderia decidir, também, com amparo nos elementos colhidos durante o inquérito policial, mesmo que despidos do contraditório.

Nessa esteira, analisando a exegese gramatical do art. 155 do CPP, o processualista Eugênio Pacelli⁹ preleciona:

O texto, entretanto, deixa uma janela perigosamente aberta: a expressão "exclusivamente" parece permitir que tais elementos (da investigação) possam subsidiar a condenação, desde que não sejam os únicos. Não aderimos a essa tese, embora aceitemos a interpretação, do ponto de vista gramatical. É certo que, às vezes, a mudança de versão apresentada na polícia, sem qualquer coação, de qualquer ordem, bem poderia ser questionada em juízo, por ocasião do interrogatório, a fim de saber de sua (in)consistência. No entanto, permitir-se, assim, sem maiores esclarecimentos, eventual aproveitamento de quaisquer elementos da investigação para a condenação nos parece medida inteiramente desarrazoada.

Tal conclusão, sem dúvida, consistiria em verdadeiro retrocesso, haja vista que essa interpretação é totalmente incompatível com um processo penal constitucional. Entender que ao juiz é permitido amparar sua decisão em todo e qualquer elemento produzido em sede de inquérito policial, mesmo naqueles não contraditados, que se mantiveram sigilosos para que a investigação obtivesse êxito, é ignorar que a CRFB/88 expressamente adotou o Estado Democrático de Direito e implicitamente o sistema acusatório, cujo objetivo principal é a valorização do homem frente ao ente Estado. Trazer os elementos colhidos do inquérito policial para dentro do processo sob a fórmula *as provas dos autos foram corroboradas pelos*

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 331.



elementos informativos do inquérito é, sem dúvida, fraude ao sistema acusatório e ao princípio do contraditório a ele inerente.

Analisando o dispositivo legal, Aury Lopes Jr.¹⁰ discorre:

Manteve-se assim, a autorização legal para que os juízes e tribunais sigam utilizando a versão dissimulada, que anda muito em voga, de "condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito". Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito. Isso é violar a garantia da própria jurisdição e do contraditório.

Uma das bases estruturantes do direito processual penal contemporâneo é o contraditório, caracterizado pela possibilidade de resposta e pela utilização de todos os meios de defesa admitidos, permitindo, assim, que as partes participem ativamente da produção da prova, influenciando o resultado final do processo probatório.

O devido processo legal substancial é um conjunto de vários outros princípios, tais como o contraditório, a ampla defesa, a motivação e a presunção de inocência. O princípio da presunção de inocência, dentre outros aspectos, impõe ao órgão ministerial o ônus da prova. Dessa forma, se ao final da instrução não houver prova suficiente para condenar, a dúvida se resolve em favor do réu. Na hipótese de a prova judicializada, produzida sob contraditório, não ser suficiente para a formação do convencimento do julgador, a absolvição é a medida que se impõe. É o conhecido *in dubio pro reo*.

Essa é a melhor solução de aplicação da primeira parte do art. 155 do CPP ("o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial"), de modo a dar-lhe interpretação condizente com os postulados do Estado Democrático de Direito e com o processo penal constitucional. Repita-se: o julgador deve proferir decisão amparado nas provas produzidas em Juízo, sob contraditório judicial. Caso o conjunto probatório seja insuficiente para a prolação de decreto condenatório, absolve-se o réu.

¹⁰LOPES JR., op. cit., p. 298.



É necessária cautela, porém, diante da segunda parte do dispositivo: “[...] não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]”.

Interpretando-a à luz do sistema acusatório, tem-se que os elementos colhidos na investigação policial poderão ser utilizados pelo julgador para fundamentar sua decisão, desde que sejam observados dois requisitos cumulativos: que tais elementos não sejam os únicos, isto é, devem existir provas judiciais; e que eles sejam colhidos sob o pálio do contraditório e da ampla defesa. Caso contrário, inexistindo quaisquer desses requisitos, os elementos do inquérito jamais poderão ser utilizados para respaldar a decisão do julgador.

O julgador, enquanto guardião da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais, deve atuar nos limites impostos pela própria Constituição, dentre eles o de primar pela observância do contraditório.

3. OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Após a colheita da prova, incumbe ao juiz a sua apreciação. Enquanto a finalidade do processo é a justa solução do litígio penal, a da instrução é a descoberta da verdade do processo. O julgador deve debruçar-se sobre a situação concreta construída na instrução para exercer sua função típica: julgar.

A prova tem como objetivo crucial a reconstrução da realidade histórica. Para que tal reconstrução seja levada a efeito é necessário que a prova passe por dois momentos distintos: a produção, por meio de um procedimento probatório, e a valoração. É através do procedimento probatório que o juiz toma conhecimento dos acontecimentos sobre os quais recairá a apreciação.



Na seara processual penal, existem basicamente três sistemas de valoração das provas: o sistema da prova tarifada (ou prova legal), o sistema de livre convencimento motivado (ou persuasão racional) e o sistema da íntima convicção.

No sistema da prova tarifada, ou prova legal, todas as provas têm seu valor fixado previamente pelo legislador. O legislador não só fixa previamente o valor das provas como também a hierarquia entre elas, vinculando, dessa forma, a atividade valorativa do julgador.

Institui-se, assim, um modelo rígido de apreciação das provas, já que se estabelecem meios de prova determinados e o valor de cada um precede o julgamento, porque, na verdade, incumbe ao legislador a tarefa de valorar as provas, dando-lhes valor certo e imutável.

Não obstante tratar de regime de apreciação probatória há muito criticado, a doutrina elenca a existência de resquícios na legislação processual brasileira. Com efeito, Aury Lopes Jr.¹¹ assevera:

Resquícios da estrutura lógica desse modelo [da prova tarifada] podem ser observados no sistema brasileiro, em que o art. 158 do CPP exige que a prova nas infrações que deixam vestígios deve ser feita por exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

O art. 158 do Código de Processo Penal é um exemplo de que a lógica da prova tarifada não foi completamente abandonada, na medida em que existem limitações no espaço de decisão do juiz a partir de critérios previamente definidos pelo legislador.

Nucci¹², também dissertando sobre o assunto, corrobora:

Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para a produção de alguma prova, v.g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão; [...]

Nesse sistema, o julgador não julga conforme seu convencimento sobre as provas que lhe foram dirigidas, mas consoante o valor probatório tarifado pela lei.

¹¹LOPES JR., op. cit., p. 543.

¹²NUCCI, op. cit., p. 391.



O segundo sistema de avaliação da prova é o do livre convencimento motivado. Também conhecido como “persuasão racional”, o sistema do livre convencimento motivado tem como traço marcante a livre avaliação das provas pelo julgador, devendo tal avaliação, entretanto, ser fundamentada.

Esse sistema não estabelece valor ou hierarquia entre as provas. Todas as provas são relativas, de modo que nenhuma prova terá valor necessariamente superior à outra.

O sistema do livre convencimento motivado foi expressamente adotado pelo Código de Processo Penal, como se vê da primeira parte do art. 155: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]”.

Como corolário da persuasão racional, o constituinte previu o princípio da motivação das decisões judiciais no art. 93, IX, da CRFB/88¹³, que exige que o julgador fundamente todas as suas decisões, após a livre avaliação das provas produzidas em contraditório judicial.

“Livre convencimento” não é sinônimo de “arbítrio do julgador”. O juiz é livre para apreciar as provas colhidas sob o crivo do contraditório, mas não está eximido de motivar sua decisão com base nas provas dos autos.

Frederico Marques¹⁴, citando Paulo Rangel, assevera:

Em primeiro lugar, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência.

Dessa forma, no sistema da persuasão racional, o julgador tem liberdade para valorar as provas, mas lhe é imposto o dever de motivar sua decisão, sob pena de nulidade.

¹³IX – 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 caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

¹⁴MARQUES, José Frederico *apud* RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 451.



O terceiro e último sistema de valoração da prova, também adotado pela legislação processual pátria, é o sistema da íntima convicção.

Convicção íntima é a certeza obtida por fatos e razões que não deixam dúvidas, é a certeza que vem de dentro do próprio ser, da alma, do coração.

A partir dessa certeza interna, o julgador proferirá sua decisão. No entanto, diversamente do que ocorre no sistema da persuasão racional, na íntima convicção não há motivação do ato decisório, nem mesmo a necessidade de algum amparo legal. O julgador, diante de todas as provas que lhe foram dirigidas, é livre para formar sua convicção de acordo com a certeza obtida pela sua consciência, pelas razões e fatos que achar adequados para decidir.

Por meio do sistema da íntima convicção, também conhecido como “livre convencimento”, o magistrado tem total e irrestrita possibilidade de apreciar as provas. O julgador age conforme sua convicção, de acordo com o seu convencimento acerca das provas, prescindindo de qualquer fundamentação. O juiz é absolutamente livre para decidir, podendo se utilizar de valores previamente concebidos e crenças pessoais. O fundamento para a decisão é a certeza moral do julgador.

Por essas razões e pela ausência de controle da racionalidade da decisão judicial, esse sistema de valoração das provas passou a ser visto com reservas, sendo paulatinamente afastado do direito processual penal.

No entanto, o sistema da íntima convicção ainda é observado nos julgamentos do Tribunal do Júri, nos termos do art. 486¹⁵ do CPP. O citado dispositivo dispensa a motivação das decisões tomadas pelo Conselho de Sentença, bastando que os jurados respondam sim ou não para cada quesito formulado.

¹⁵Art. 486 do CPP: Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz-presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não.



O Tribunal do Júri atribui à sociedade a função de julgar a própria sociedade, com soberania de veredicto. O Conselho de Sentença julga seus pares. Os jurados representam a sociedade na forma de juízes, que votarão com base na sua convicção íntima, obtida por fatos e razões contidos não só nos autos, mas na própria convivência em sociedade, nos seus valores iminentes e no seu senso de justiça.

4. O INQUÉRITO POLICIAL NO TRIBUNAL DO JÚRI: HARMONIZANDO OS INSTITUTOS

Ao analisar detidamente diversos dispositivos constitucionais, é fácil perceber a escolha do constituinte pelo sistema acusatório. Ainda que essa opção legislativa não tenha sido expressa, a separação das funções de investigar, acusar e julgar – que é o critério diferenciador e identificador do modelo acusatório – demonstra a adoção desse modelo na Constituição.

A par da separação de funções, a previsão do devido processo legal – princípio maior que engloba vários outros, tais como, a presunção de inocência, a motivação, o contraditório e a ampla defesa – e da imparcialidade do julgador, corroboram a escolha do constituinte pelo sistema acusatório.

Na contramão da Constituição democrática, o Código de Processo Penal, editado em pleno período ditatorial, apresenta inúmeras normas inquisitórias, a exemplo do art. 385¹⁶ – que autoriza o magistrado proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público, titular da ação penal, requeira a absolvição do acusado – o que denota descompasso e confusão entre as funções de acusar e julgar.

¹⁶Art. 385 do CPP: Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.



Registre-se que, ante a inconsistência em nosso ordenamento jurídico e a necessidade de mudanças, o Senado Federal aprovou o projeto de lei 156/2009¹⁷, que objetiva promover ampla reforma no código em vigência. Dentre elas, destaca-se a adoção expressa do sistema acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Até que seja realizada a reforma textual no Código de Processo Penal, diante da existência de normas conflitantes, é necessário buscar uma solução para o conflito apresentado.

Para solucionar um conflito entre normas constitucionais e infraconstitucionais, adota-se a hierarquia entre as normas. É lugar comum que a norma constitucional goza de supremacia frente às demais normas que compõem o ordenamento jurídico, afastando aquelas que lhe são contrárias.

Aliada à hierarquia, a Constituição possui força normativa, que impõe ao intérprete a observância de suas prescrições. De nada adiantaria a previsão de inúmeros direitos e garantias, se fosse facultado ao aplicador do Direito o cumprimento ou não das normas constitucionais.

Nessa esteira, não há outra conclusão senão a de que a legislação processual infraconstitucional deve ajustar-se à Constituição, sob pena de quebra da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

É nesse contexto que se insere a discussão sobre o correto alcance do art. 155 do CPP, o qual enuncia que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]”.

¹⁷ O projeto foi aprovado no Senado Federal e, desde 23 de março de 2011, remetido à Câmara dos Deputados, para continuidade do processo legislativo.



Surtem as seguintes indagações: o inquérito policial, instrumento investigatório da fase pré-processual, possui valor probatório? O julgador pode proferir sentença condenatória valendo-se, também, de elementos colhidos durante a investigação policial?

Conforme demonstrado, os atos do inquérito policial possuem eficácia probatória reduzida. Há valor probatório no inquérito, mas limitado.

O inquérito policial tem a função precípua de reunir os indícios de materialidade e autoria delitiva, para subsidiar a continuidade da persecução penal através da propositura da ação penal. Os seus elementos também servem de fundamentação para as decisões interlocutórias tomadas em sede pré-processual, como a decretação de prisão temporária e de outras medidas cautelares.

No entanto, em que pese a relevância da investigação policial para o desenrolar da ação penal, é forçoso reconhecer o limitado valor probatório do inquérito policial, cujos elementos não são revestidos de juízo de certeza, já que carecem, muitas vezes, de contraditório. Somente as provas produzidas em contraditório podem servir de fundamentação para a prolação da sentença no processo penal, que exige juízo de certeza do julgador.

O princípio do contraditório, estruturante do sistema acusatório, impõe que seja dada às partes a possibilidade de se manifestarem sobre todas as provas carreadas aos autos, influenciando no resultado do processo.

Nas precisas lições do doutrinador contemporâneo do Direito Processual André Nicolitt¹⁸:

O contraditório é da essência do processo (art. 5º, LV, da CRF/1988). Não poderia ser diferente em relação às provas, que também devem submeter-se à dialética de tese e antítese. As partes devem ter consciência das provas produzidas e oportunidade para manifestação e até para produção de contraprovas. Qualquer informação não submetida ao contraditório não pode ser considerada pelo juízo, e a decisão que negligenciar esta lógica é nula por violação de princípio constitucional.

¹⁸NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 359.



Somente as provas que tenham sido contraditadas, produzidas em juízo sob o pálio do contraditório, podem ser objeto de apreciação pelo julgador. Isso porque somente nessa hipótese é dado tratamento igualitário às partes, permitindo que não haja surpresa no julgamento da demanda.

Excepcionalmente, quando os atos do inquérito policial não forem os únicos elementos dos autos e forem contraditados, poderá o julgador formar seu convencimento amparado por eles. Repita-se, somente se houver contraditório em sede de inquérito e tais elementos não forem os únicos constantes dos autos judiciais.

Partindo dessa regra – os atos do inquérito policial despidos de contraditório não podem servir de fundamento para a sentença condenatória – surge uma nova problemática: a apreciação das provas pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri.

No que concerne à avaliação das provas, o Tribunal do Júri é regido pelo sistema da íntima convicção. Significa dizer que os jurados não precisam motivar suas decisões, bastando que respondam sim ou não a cada um dos quesitos formulados durante o julgamento.

Por esse método, não é possível aferir quais fatos e fundamentos serviram para a tomada de decisão do Conselho de Sentença. Não é possível extrair da decisão dos jurados se estes proferiram seus votos com base na prova judicializada ou nos elementos não contraditados do inquérito policial. Aury Lopes Jr¹⁹. destaca que “a situação é ainda mais preocupante se considerarmos que na grande maioria dos julgamentos não é produzida nenhuma prova em plenário, mas apenas é realizada a mera leitura de peças”. Com isso, há grande risco de os jurados formarem seu convencimento a partir dos atos produzidos durante a investigação policial, atos esses que, em sua essência, não observam o princípio constitucional do contraditório.

¹⁹LOPES JR., op. cit., p. 299.



Por essa razão, somente por meio da retirada dos atos que não foram submetidos a contraditório no inquérito policial dos autos do processo é que se evitará que o Tribunal do Júri profira decreto condenatório amparado em elementos que não são aptos a formar juízo de certeza. Impõe-se, portanto, a exclusão de elementos despidos de contraditório dos processos que tramitam no Tribunal do Júri.

CONCLUSÃO

Da análise detida dos diversos dispositivos constitucionais que permeiam a persecução penal, se extrai a escolha do constituinte pelo sistema acusatório. A separação das funções de investigar, acusar, defender e julgar, a previsão dos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência, da motivação das decisões, do contraditório e da ampla defesa demonstram que o sistema acusatório, com cariz garantista, foi implicitamente adotado pela Constituição.

No que toca à legislação infraconstitucional, não se pode perder de vista que o Código de Processo Penal foi editado em plena ditadura varguista e, por essa razão, apresenta inúmeras normas inquisitórias, em contrariedade ao modelo de persecução penal eleito na Constituição.

A única forma de compatibilizar essas normas conflitantes – CPP *versus* CRFB/88 – de modo a zelar pela manutenção da unidade e coerência do ordenamento jurídico, é submeter a legislação processual infraconstitucional a um processo de filtragem constitucional.

É nesse contexto que surge a discussão sobre a interpretação do art. 155 do Código de Processo Penal, que enuncia “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente



nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

À luz do garantismo penal e dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, somente as provas contraditadas produzidas em juízo sob o crivo do contraditório podem ser valoradas pelo julgador, com as ressalvas da parte final do art. 155 do CPP.

Como observado, o Tribunal do Júri é regido pelo sistema da íntima convicção, em que as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença não precisam ser motivadas. Sem fundamentação expressa da decisão, há grande risco de que os jurados formem sua convicção pelos elementos do inquérito policial não submetidos a contraditório.

Por essa razão, é fundamental a exclusão física de todos os elementos não contraditados dos autos do processo judicial, a fim de evitar que o Conselho de Sentença profira decreto condenatório amparado em atos não revestidos de contraditório. Essa é a única solução que se coaduna com o garantismo penal e com o sistema acusatório, essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito.



REFERÊNCIAS

ANSELMO, Marcio. *Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policia-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>>. Acesso em: 26 out. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

HOFFMAN, Henrique. *Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 26 out. 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES, José Frederico *apud* RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.



OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS. UMA ANÁLISE ACERCA DA OBRIGATORIEDADE, OU NÃO, DE SUA DILUIÇÃO ENTRE AVÓS PATERNOS E MATERNOS

Izabel de Araujo Penna Duarte

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

Resumo: O presente estudo busca apresentar alguns dos principais pontos que traduzem a subjetividade do instituto da prestação de alimentos, sem, contudo deixar de reconhecer a importância da preservação do melhor interesse do menor. Sem praticar qualquer inversão de valores, o que aqui se buscou foi uma visão geral sobre o instituto, com direito a momentos de leves críticas aos posicionamentos adotados, quando considerados aspectos sociais. Após uma breve comparação entre a prestação de alimentos pautada do Código Civil e àquela pautada no Estatuto do Idoso e após uma análise doutrinária e jurisprudencial do art. 1.698, CC/02, apresentamos uma conclusão sobre o tema aqui proposto.

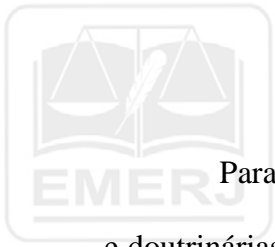
Palavras-chave: Direito de Família. Alimentos. Pensão Alimentícia. Responsabilidade Avoenga. Responsabilidade. Avós.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos gerais da prestação de alimentos 2. Da impossibilidade de cumprimento integral da obrigação de prestar alimentos: os avós como primeiros da lista 3. Denúnciação à Lide. Art. 1.698, CC/02. Intervenção *iussu iudicis*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo compreender o instituto da prestação de alimentos e a sua obrigatoriedade com relação aos avós e seus netos, sem, contudo, desejar a modificação do ordenamento pátrio, pois para isso seria necessário passar por cima de princípios intransponíveis, o que não seria aceitável.

Assim, deixando de lado o indiscutível melhor interesse do alimentando apenas para fins de debate acadêmico, o que aqui se busca é a demonstração de que a imposição de litisconsórcio passivo necessário e a consequente diluição da responsabilidade de prestar alimentos entre avós paternos e maternos, além de violar a isonomia que deveria existir entre idosos e crianças, no que tange a sua vulnerabilidade, sobrecarrega por demais determinada linhagem, isentando de responsabilidade aquele que de fato deveria tê-la.



Para melhor compreensão sobre o tema, serão abordadas as posições jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema aqui proposto, de modo a permitir uma reflexão do ponto de vista do devedor da prestação de alimentos e da responsabilidade moral por ele assumida quando da concepção de um filho.

O primeiro capítulo do presente trabalho, além de apresentar os aspectos gerais da prestação de alimentos, aborda sua origem, sua condicionalidade a determinados fatores e sua divisibilidade, que no presente caso está diretamente ligada à inexistência de previsão legal impondo solidariedade.

Já no segundo capítulo, no que tange ao dever de prestar alimentos, é possível observar a consequência de eventual impossibilidade no seu cumprimento, bem como a importância do cuidado na análise dos fatos que lhe deram causa, para que assim o verdadeiro devedor não se esquive de sua obrigação.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se a obrigação de prestar alimentos deve alcançar a todos os avós ou tão somente aqueles que ostentam tal condição por força do parentesco com o genitor daquele que não detém a guarda de quem os alimentos são devidos, provocando o leitor para eventual desequilíbrio que possa surgir entre a linhagem paterna e materna em situações como essa. Para tanto, é aprofundada a análise ao art. 1.698, CC e à natureza da intervenção nele contida.

Motivado por uma decisão publicada em 2011, no site do Superior Tribunal de Justiça e reproduzida até hoje por inúmeros veículos de comunicação especializados, este trabalho tem por objetivo provocar o leitor a uma análise, pela ótica do devedor de alimentos, para o reconhecimento da existência de uma responsabilidade moral, que deveria ser assumida quando da concepção de um filho, sem que para isso seja necessário sobrecarregar por demais determinada linhagem.



1. ASPECTOS GERAIS DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

A prestação de alimentos é um instituto jurídico que além de estar vinculado ao Direito de Família tem amparo constitucional, na medida em que visa não somente à proteção à vida e a integridade, mas também a dignidade da pessoa humana.

Segundo Orlando Gomes¹, os alimentos nada mais são do que uma espécie de prestação "[...] para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. [...] Compreendem não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando".

Dito isso, importante também ressaltar que o ser humano, por sua natureza e estrutura, é um ser carente desde o momento de sua concepção e é incapaz de produzir os meios necessários à sua manutenção, sendo-lhe concedido, segundo Yussef Said Cahali², o "superior direito de ser nutrido pelos responsáveis por sua geração", durante todo o período de seu desenvolvimento físico e mental.

Alcançado seu pleno desenvolvimento, o indivíduo ainda pode enfrentar situações em sua vida, que, mesmo tendo condições de prover seu próprio sustento, se veja momentaneamente desamparado, incapaz de prover sua própria subsistência. Neste momento, a ele será também devida uma proteção. Nesse sentido o Capítulo III – Dos Alimentos, existente na Lei 10.741/2003, também conhecida como Estatuto do Idoso.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves³, "entre pais e filhos menores, cônjuges e companheiros não existe propriamente obrigação alimentar, mas dever familiar, respectivamente de sustento e de mútua assistência (CC, arts. 1.566, III e IV e 1.724)". De acordo com o renomado autor, a obrigação alimentar também decorre da lei, mas tem como

¹GOMES apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 6: Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 427.

²CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 28.

³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 7. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 488.



fundamento não o dever familiar supracitado, mas sim o parentesco, ficando circunscrita aos ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, com reciprocidade.

Não se pode confundir a obrigação de prestar alimentos, com certos deveres decorrentes do pátrio poder, tais como o de sustento, assistência e socorro, que devem ser cumpridos incondicionalmente. A obrigação acima mencionada surgirá apenas se alguns de seus pressupostos se fizerem presentes.

No mais, é sabido que a incumbência de amparar quem não pode prover sua subsistência cabe em primeiro grau ao Estado, que acaba por transferi-la, através de determinações legais às pessoas de um mesmo grupo familiar. Aqui, estaríamos diante de um dever moral convertido em obrigação jurídica, de ordem pública.

Nesse sentido, Silvio Rodrigues já assinalava que "desde o instante em que o legislador deu ação ao alimentário para exigir o socorro, surgiu para o alimentante uma obrigação de caráter estritamente jurídico, e não apenas moral"⁴.

Diferentemente do Código Civil de 1916 que apresentava fundamentos distintos para a prestação de alimentos, a depender da relação existente entre as partes, o nosso atual Código, em seu art. 1.694, ao falar da obrigação em questão, engloba companheiros, cônjuges e parentes, aproximando assim as características e efeitos do instituto aqui estudado.

O direito à prestação de alimentos é considerado recíproco, segundo o disposto no art. 1.696, do Código Civil, "entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros"⁵. Destaca-se, desde logo, que não se está aqui diante de uma simultaneidade de prestações, mas tão somente da possibilidade do credor de hoje poder vir a ser o devedor de amanhã.

⁴RODRIGUES apud CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 29.

⁵BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.



Outra principal característica da obrigação de prestar alimentos é sua condicionalidade, que nada mais é do que o reconhecimento da subordinação de sua eficácia a uma condição resolutiva. Assim, somente haverá dever de prestar alimentos enquanto perdurarem os pressupostos objetivos de sua existência, representados pelo binômio necessidade-possibilidade, ou seja, necessidade de quem reclama e possibilidade de quem é reclamado.

Surge então outra característica da prestação aqui estudada: a mutabilidade, ou seja, a capacidade que essa obrigação tem de alterar justamente esse seu aspecto objetivo. Ciente de que a necessidade do reclamante e a possibilidade do reclamado podem variar ao longo do tempo, nosso legislador teve a preocupação de, no art. 1.699, CC/02⁶, prever a possibilidade de o interessado reclamar ao juiz a exoneração, a redução ou a majoração da prestação anteriormente estabelecida.

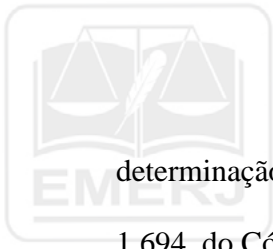
Importante ressaltar que ainda que possa ser reconhecida eventual alteração na situação dos envolvidos na prestação de alimentos, ou ainda que se reconheça que o direito à prestação de alimentos sequer possa ser exercido, há que se destacar que o instituto em questão jamais poderá ser renunciado, nos termos do art. 1.707, do Código Civil de 2002⁷.

Com a edição da Lei do Divórcio, em 1977⁸, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, a obrigação de prestar alimentos passou a ser considerada transmissível, ou seja, agora os herdeiros do devedor não só poderiam ser cobrados, por meio do espólio, pelas parcelas atrasadas de eventual obrigação alimentícia do sucedido, como também tornar-se-iam responsáveis, limitados às forças da herança, pelas parcelas a vencer, que já houvessem sido estabelecidas, ou ao menos que já tivessem sido judicialmente requeridas. Hoje, existe

⁶BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

⁷BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

⁸BRASIL. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.



determinação expressa no sentido de que a obrigação de prestar alimentos, na forma do art. 1.694, do Código Civil⁹, deve ser transmitida aos herdeiros do devedor.

A última, mas não menos importante característica da obrigação de prestar alimento é a divisibilidade, que no presente caso está diretamente ligada à inexistência de previsão legal impondo solidariedade à referida obrigação. Assim, não estamos diante de uma situação em que o credor tem direito a reclamar a integralidade da dívida de qualquer um dos devedores, como ocorre em ações pautadas no art. 12, do Estatuto do Idoso.

No que tange à obrigação de prestar alimentos pautada no Código Civil, cada devedor responde apenas por sua quota-parte, nos termos do art. 1.698, do CC/02. Sobre o referido artigo, Carlos Roberto Gonçalves¹⁰ faz uma sábia observação:

[...] o dispositivo cria uma modalidade de intervenção de terceiro não prevista no vigente Código de Processo Civil. Não há que se falar em denunciação da lide, por inexistir direito de regresso entre as partes. Sendo divisível a obrigação, 'esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quanto os credores ou devedores' (CC, art. 257). Direito de regresso e possibilidade de se fazer denunciação da lide só haveria se a obrigação fosse solidária (art. 283). Também não é o caso de chamamento ao processo, por inexistir, como referido, solidariedade passiva (CPC, art. 77, III).

Nesse sentido foi o entendimento proferido pelo Ministro Barros Monteiro, quando do julgamento do REsp 50.153-9/RJ, amplamente citado pela doutrina e pela própria jurisprudência ao longo dos anos.

AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA POR NETOS CONTRA O AVÔ PATERNO - CITAÇÃO DETERMINADA DOS AVÓS MATERNOS - INOCORRÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - O credor não está impedido de ajuizar a ação apenas contra um dos co-obrigados. Não se propondo à instauração do litisconsórcio facultativo impróprio entre devedores eventuais, sujeita-se ele as consequências de sua omissão. Recurso especial não conhecido.¹¹

⁹BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

¹⁰GONÇALVES, op. cit., p. 494.

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 50.153-9/RJ. Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4490066/1860550/inteiro-teor-11241826>>. Acesso em 18 mar. 2016.



Assim sendo, existindo vínculo de parentesco; necessidade daquele que reclama e possibilidade daquele que irá cumprir com a obrigação, estarão presentes alguns dos pressupostos necessários à prestação de alimentos. No mais, se o parente que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar o encargo sozinho, nos termos do atual Código Civil, o reclamante poderá chamar ao processo os parentes de grau imediato, para contribuírem, na proporção dos seus recursos, conforme a possibilidade de cada um.

2. DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO INTEGRAL DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS: OS AVÓS COMO PRIMEIROS DA LISTA

Conhecendo os aspectos gerais da prestação de alimentos pautada no Código Civil e certos de que, inicialmente, eles são de responsabilidade dos pais, passaremos a trabalhar com as hipóteses de impossibilidade de seu integral cumprimento e suas consequências.

Nos termos do importante art. 1.698, do CC/02¹², abaixo transcrito, na impossibilidade ou ausência dos pais, os avós, ascendentes mais próximos em grau, serão responsáveis pela prestação de alimentos:

Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Buscando definir o que poderia ser considerado ausência para fins de prestação de alimentos, Whashington Epaminondas Barra¹³, diz que: "entende-se por ausência: a) aquela juridicamente considerada (CC, art. 22); b) desaparecimento do genitor obrigado, estando ele em local incerto e não sabido (ausência não declarada judicialmente); e c) morte". Por outro

¹²BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

¹³BARRA. apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 7. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 525.



lado para explicar a impossibilidade de cumprir a obrigação de prestar alimentos, o referido jurista destaca que:

[...] a incapacidade do principal obrigado pode consistir: a) na impossibilidade para o exercício de atividade laborativa decorrente de estado mórbido, por doença ou deficiência; b) na reconhecida velhice incapacitante; c) na juventude não remunerada pelo despreparo e incapacidade para o exercício de atividade rentável; d) na prisão do alimentante em face da prática de delito, enquanto durar a pena.

A verdade, é que esta incapacidade deve ser muito bem analisada para que, visando o não pagamento de sua responsabilidade, o devedor de alimentos não se coloque, intencionalmente, em uma situação que possa ser considerada como de incapacidade. Estudando sobre o tema, Yussef Cahali¹⁴ faz a seguinte observação:

[...] a má vontade do pai dos menores em assisti-los convenientemente não pode ser equiparada à sua falta, em termos de devolver a obrigação ao avô; se o pai não está impossibilitado de prestar alimentos, porque é homem válido para o trabalho, nem está desaparecido, a sua relutância não poderá ser facilmente tomada como escusa, sob pena de estimular-se um egoísmo antisocial. No caso, os meios de coerção de que pode valer-se o credor da prestação alimentícia devem ser utilizados antes.

O entendimento do renomado doutrinador é tão relevante que passa a ser seguido em diversos julgados envolvendo a matéria, como por exemplo, na Apelação Cível n. 1.0024.11.168366-0/001- MG¹⁵, de relatoria da desembargadora Áurea Brasil, julgada em novembro de 2013:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA EM FACE DOS AVÓS PATERNOS - FALTA OU IMPOSSIBILIDADE DO GENITOR - NÃO DEMONSTRAÇÃO *IN STATU ASSERTIONIS* - SUBSIDIARIEDADE DO DEVER ALIMENTAR - AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR - INDEFERIMENTO DA INICIAL, POR INÉPCIA - ART. 295, I, DO CPC - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A responsabilidade dos avós pelo sustento dos netos é subsidiária e complementar, somente sendo possível sua fixação quando reste comprovada a falta ou a impossibilidade do genitor de arcar com a obrigação alimentar. 2. Não demonstrada *in statu assertionis* a impossibilidade do genitor, a ensejar a propositura da ação de alimentos em face dos avós, deve ser mantida a sentença de que indeferiu a inicial, por sua inépcia (art. 295, I, do CPC), ante a ausência de causa de pedir. 3. Recurso não provido.

¹⁴CAHALI, op. cit., p. 471.

¹⁵BRASIL. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.11.168366-0/001. Relatora: Desembargadora Áurea Brasil. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118279204/apela-o-c-vel-ac-10024111683660001-mg>>. Acesso em 18 mar. 2016.



Assim, é pacífico o entendimento no sentido de que, enquanto o obrigado mais próximo tiver condições de prestar alimentos, ele será o devedor e os mais afastados não serão convocados. Nesse sentido, a ação deverá ser sempre ajuizada em face do pai e somente no caso dele não ter condições de prestar alimentos, ou não ter em sua integralidade, é que poderá ser intentada ação conjuntamente contra os avós, que serão chamados à complementar a pensão.

Porém, se comprovadamente o pai estiver ausente ou impossibilitado de arcar com a prestação de alimentos, a ação poderá ser intentada somente contra os avós, mediante comprovação da ausência ou da incapacidade daquele que legalmente seria o principal responsável. Apenas para fazer constar, na falta dos avós, de acordo com o art. 1.697, CC/02¹⁶, serão convocados os filhos, em seguida os netos e bisnetos.

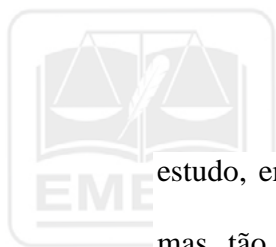
Inexistindo descendentes, o encargo cairá sobre os irmãos. Aqui não há que se falar em distinção entre os irmãos, sendo os germanos e os unilaterais, tratados igualmente. Ressalte-se que o legislador legitimou os colaterais apenas até o segundo grau, ficando a obrigação apenas até os irmãos daquele que pleiteia alimentos.

Toda essa questão torna-se um pouco mais controversa quando passamos a analisar a obrigatoriedade de se convocar ao pagamento da prestação alimentícia devida, todos aqueles que apresentam igual condição de parentesco com o requerente.

3. DENUNCIÇÃO À LIDE. ART. 1.698, CC. INTERVENÇÃO *IUSSU IUDICIS*

A obrigação de prestar alimentos deve alcançar a todos os avós ou tão somente aqueles que ostentam tal condição por força do parentesco com o genitor daquele que não detém a guarda de quem os alimentos são devidos? Como disse anteriormente, o presente

¹⁶BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.



estudo, em nenhum momento, tem por objetivo menosprezar o melhor interesse do menor, mas tão somente, afastá-lo, para fins acadêmicos, provocando o leitor para eventual desequilíbrio que possa surgir entre a linhagem paterna e materna em situações como essa.

De fato o art. 1.698, do CC/02, além de prever que na impossibilidade ou ausência dos pais, os avós serão responsáveis pela prestação de alimentos, determina ainda que, sendo várias as pessoas obrigadas, todas devem concorrer na proporção de seus respectivos recursos e que se for intentada ação em face de apenas uma delas, as demais poderão ser chamadas a integrar a lide.

Note-se que existe certa ambiguidade na redação do artigo em questão, uma vez que ele faz previsão de causa para intervenção de terceiro em uma ação que, por seu rito especial, é avessa a esse tipo de incidente processual, justamente por presar o melhor interesse do requerente e a celeridade.

Sobre o assunto, Yussef Cahali sustenta que, "a controvérsia sobre a natureza da intervenção é tão instigante que a Comissão de Acompanhamento ao Novo Código Civil, do IBDFAM, já propôs ao Congresso a supressão da parte final da norma, havendo até quem aceite a total exclusão do artigo"¹⁷.

Rolf Madaleno deixa claro que a intervenção prevista pelo instigante artigo, não pode ser caso nem de Litisconsórcio Necessário, nem de Litisconsórcio Unitário, pelas peculiaridades que poderiam se desenvolver em cada caso concreto (binômio possibilidade-necessidade):

Não se trata de litisconsórcio necessário e muito menos unitário, proveniente da existência de solidariedade entre os co-demandados, onde todos os litisconsortes deveriam pagar exatamente o mesmo valor e sofrer exatamente a mesma condenação alimentar, isso porque a sentença deve absolver o co-litigante passivo que nada possa pagar, ou impor encargo menor àquele que só poderá pagar cota menor do que aquela imposta aos demais demandados.¹⁸

¹⁷CAHALI, op. cit., p.702.

¹⁸MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 703.



Sobre o tema, José Fernando Cahali, concorda com Rolf Madaleno, no sentido de que a incursão processual feita pelo legislador civil, quando previu intervenção aleatória de terceiro, foi indevida, uma vez considerado o rito especial previsto na Lei de Alimentos. O jurista vai além, ao dizer que tal previsão iria de encontro à reiterada doutrina e jurisprudência, que entendiam a questão como hipótese de litisconsórcio facultativo. Para justificar sua posição, José Cahali afirma que:

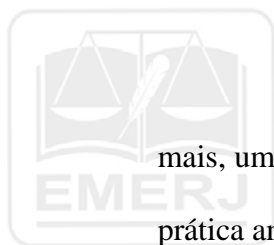
Esta incursão no processo do direito material só complicou as ações alimentares, por ser usual os pais do ascendente-guardião atenderem espontaneamente às necessidades alimentares dos netos que ficam sob a custódia de seus filhos, servindo o processo para reclamar a parcela a ser paga pela outra linha de ascendência dos avós.¹⁹

Note-se que antes do surgimento do Código Civil de 2002, e conseqüentemente antes da controvérsia trazida pelo seu art. 1.698, caso o credor de alimentos não conseguisse receber de seu pai, os alimentos por esse devidos, tendo em vista uma superveniente crise financeira, poderia o credor ingressar com ação contra seus avós paternos para que estes complementassem sua pensão.

Observando casos concretos como esse acima mencionado, caso o juiz entendesse pela obrigatoriedade de figurar no pólo passivo todos os avós, inclusive os maternos, ele poderia suspender o processo até que todos estivessem ali presentes. Assim, os avós maternos seriam os terceiros a ingressarem no processo que, naquele momento, se encontraria pendente de decisão por ordem do juiz. A essa intervenção em processo pendente por ordem do juiz, dá-se o nome de intervenção *iussu iudicis*.

Ainda que, antes do advento do Código Civil de 2002, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça fosse no sentido da análise caso a caso da obrigatoriedade da presença de todos os avós, quando um deles fosse judicialmente acionado, hoje tal tema já não se discute

¹⁹ CAHALI apud MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 703.



mais, uma vez que o melhor interesse da criança está, e sempre estará em primeiro lugar, e tal prática amplia a possibilidade do menor alcançar efetividade em seu pleito.

Ainda que se diga que hoje prevalece o entendimento da obrigatoriedade de serem chamados todos os avós para integrar o pólo passivo, quando apenas um deles é chamado a responder ação de prestação de alimentos, é preciso destacar que ainda depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002, se pode encontrar notícias²⁰ e decisões em sentido diverso, como podemos observar na ementa da decisão proferida quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 70043688092/RS de relatoria de Ricardo Moreira Lins²¹:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS CONTRA A AVÓ PATERNA. DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL PARA INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DOS AVÓS MATERNOS. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. 1. Na espécie, além de o Juízo a quo ter deixado de explicitar o motivo pelo qual determinou a inclusão dos avós maternos na lide, mostrando-se evidente a afronta ao art. 165, segunda parte, do CPC e art. 93, IX da CF/88, descabe ao julgador, de ofício, incluir no polo passivo pessoa contra quem a parte autora não optou por litigar. 2. Afora isso, considerando que a obrigação de prestar alimentos é divisível e não solidária, gerando um dever subsidiário e complementar, é da parte autora a prerrogativa de escolher contra quem vai demandar, não havendo que se falar, no caso, em litisconsórcio passivo necessário entre os avós maternos.

Ainda que o *leading case* sobre a obrigatoriedade ou não de figurarem todos os avós no polo passivo de eventual ação de alimentos, não tenha considerado de forma explícita o equilíbrio de responsabilidades como se pretende no presente estudo, analisando os fatos somente pela ótica de quem tem o dever de alimentar, torna-se fundamental a transcrição de sua ementa²²:

²⁰Jornal da Ordem – Rio Grande do Sul. Obrigação subsidiária, em pensão alimentícia, pode ser diluída entre avós paternos. Disponível em: <<http://www.jornaldaordem.com.br/noticia-ler/obrigacao-subsidiaria-em-pensao-alimenticia-ser-diluida-entre-avos-pateranos/21391>>. Acesso em 29 de mar. de 2016

²¹BRASIL. 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70043688092. Relator: Ricardo Moreira Lins. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20377157/agravo-de-instrumento-ai-70043688092-rs>>. Acesso em 18 mar. 2016

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 658139/RS. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173791/recurso-especial-esp-658139-rs-2004-0063876-0>>. Acesso em 18 mar. 2016



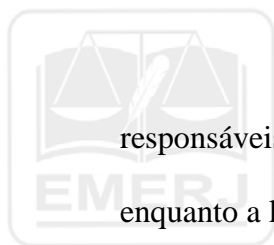
CIVIL. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR E SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE. AUSÊNCIA. 1 - A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que "sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos. 2 - O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras. 3 - Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no polo passivo da demanda. 4 - Recurso especial conhecido e provido.

Observa-se que toda análise sobre a obrigatoriedade ou não da presença de todos os avós no polo passivo da ação é feita apenas com base em quem recebe a obrigação alimentar e não em quem paga, o que mais uma vez, entende-se louvável do ponto de vista do reclamante. Porém para fins acadêmicos e até mesmo sociais, a análise apresentada se mostra pouco instigadora.

Não se pode admitir que as responsabilidades decorrentes da geração uma vida sejam tão facilmente descartáveis apenas com base na interpretação de um dispositivo legal. Condicionar a possibilidade de ajuizamento da ação de alimentos ao fato dela dever ser proposta em face de todos os avós é não permitir que a vida se encarregue de cobrar do indivíduo a responsabilidade por seus atos.

Quando se está diante de uma situação em que a mãe detém a guarda de seu filho e por consequência a responsabilidade por seu sustento, e o pai, independente do motivo, se encontra impossibilitado de prestar alimentos ao seu filho, é natural que a mãe busca nos avós paternos a solução dos problemas causados pelas impossibilidades do pai de seu filho.

A análise de situações concretas demonstra que essa mãe, muitas das vezes já recebe auxílio dos avós maternos, ainda que informalmente. Assim, o ajuizamento da ação de alimentos apenas em face dos avós paternos nada mais seria do que a busca pelo reequilíbrio na divisão de responsabilidades com relação ao filho. Pensar de maneira diversa seria aceitar que a mãe seria 50% responsável, os avós maternos 25% responsáveis e os avós paternos 25%



responsáveis, ou seja, a linhagem materna teria 75% da responsabilidade para com a criança, enquanto a linhagem paterna teria apenas 25% da referida responsabilidade.

Ainda que a análise aqui apresentada possa representar de forma tão lógica um desequilíbrio do núcleo familiar, ela só não é explicitamente considerada nos dias de hoje, pois qualquer argumento será sempre irrelevante quando comparado ao melhor interesse do menor.

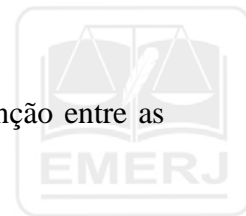
Hoje, toda obrigatoriedade no sentido de chamar ao polo passivo os avós paternos e maternos só existe porque de fato é preciso garantir a máxima efetividade da ação de alimentos, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Se assim não fosse, o artigo 1.698, do Código Civil já teria sido reeditado, uma vez que além de ter criado procedimento a princípio, incompatível com o rito especial da Ação de Alimentos, ele consumou a desigualdade existente entre a prestação de alimentos pautada no Código Civil e àquela prevista no Estatuto do Idoso, que confia ao requerente o direito de escolha no sentido de quem será juridicamente demandado.

CONCLUSÃO

Da leitura do presente estudo, pode-se ressaltar alguns pontos importantes, que traduzem muito bem a subjetividade de tudo aquilo que envolve a prestação de alimentos, sem, contudo deixar de reconhecer a importância da preservação do melhor interesse do menor.

A tendência moderna é impor ao Estado o dever de cuidado e de salvador de todas as situações de necessidade que o ser humano possa a vir enfrentar em sua vida. Em contrapartida, o estado, por determinação legal, opta por transferir suas responsabilidades aos particulares.

No que tange à prestação de alimentos, o dever de sustento e de proporcionar uma boa qualidade de vida, acaba sendo transferido aos parentes, cônjuges ou companheiros do necessitado. Porém, por estar diretamente ligada à preservação da dignidade humana, concluimos que as normas



que envolvem a prestação de alimentos são de ordem pública, inderrogáveis por convenção entre as partes.

Entendido isso, lembrou-se que quando se fala em dever de prestar alimentos ao menor, dificilmente algum princípio, que não seja o melhor interesse do alimentando, terá destaque. Se assim o é, toda e qualquer discussão que possa ter surgido, planou no campo da hipótese.

O estudo acerca do tema: “Os limites da responsabilidade avoenga na prestação de alimentos: uma análise acerca da obrigatoriedade, ou não, de sua diluição entre avós paternos e maternos” não procurou inverter valores, nem mesmo criar teorias. O que aqui se buscou foi uma visão geral sobre o instituto, com direito a momentos de leves críticas aos posicionamentos adotados, quando considerados aspectos sociais.

Notou-se que a obrigação de prestar alimentos é, quando repassada, subsidiária e complementar, condicionada sempre ao binômio necessidade x possibilidade. Notou-se também que o art. 12 do Estatuto do Idoso, não só afirma que a obrigação alimentar é solidária, como também é taxativo quanto à possibilidade do idoso escolher quem acionar, dentre os possíveis prestadores.

Sabendo que tanto os idosos quanto os menores de idade são pessoas vulneráveis e que por terem características semelhantes não podem ser tratados de forma diferente, é que alguns doutrinadores passaram a defender que a solução para por fim ao tratamento desigual seria a inexistência de solidariedade nas obrigações alimentícias em geral (inclusive em desfavor dos idosos) ou, a extensão da solidariedade também nas obrigações infante-juvenis, favorecendo a criança e ao adolescente, que também gozam de proteção integral e prioridade absoluta.

Mais a frente, viu-se a mudança do entendimento do STJ, com relação à obrigatoriedade ou não de figurar no pólo passivo todos os avós, quando o responsável por prestar alimentos encontra-se impossibilitado, fato este, que motivou o presente estudo.

Por fim, concluiu-se que apesar dos nossos Tribunais Superiores não considerarem a ótica do devedor quando da análise da prestação de alimentos, esta deve receber atenção uma vez que é fundamental para o reconhecimento de uma responsabilidade moral, assumida quando da concepção de um filho.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

_____. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

_____. Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

_____. Lei 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

_____. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 50.153-9/RJ. Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4490066/1860550/inteiro-teor-11241826>>. Acesso em 18 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 658139/RS. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173791/recurso-especial-resp-658139-rs-2004-0063876-0>>. Acesso em 18 mar. 2016

_____. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.11.168366-0/001. Relatora: Desembargadora Áurea Brasil. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118279204/apela-o-c-vel-ac-10024111683660001-mg>>. Acesso em 18 mar. 2016.

_____. 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70043688092. Relator: Ricardo Moreira Lins. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20377157/agravo-de-instrumento-ai-70043688092-rs>>. Acesso em 18 mar. 2016

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 7. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2010.

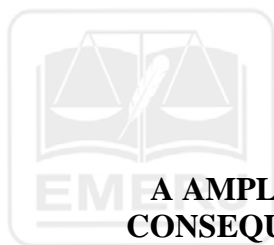
JORNAL DA ORDEM – RIO GRANDE DO SUL. *Obrigação subsidiária, em pensão alimentícia, pode ser diluída entre avós paternos*. Disponível em: <<http://www.jornaldaordem.com.br/noticia-ler/obrigacao-subsidiaria-em-pensao-alimenticia-ser-diluida-entre-avos-paterneos/21391>>. Acesso em 29 de mar. de 2016

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MIGALHAS. *Obrigação subsidiária, em pensão alimentícia, deve ser diluída entre avós paternos e maternos*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI129228,71043-STJ+Obrigacao+subsidiaria+em+pensao+alimenticia+deve+ser+diluida>>. Acesso em 29 mar. 2016.

SOUZA. Talita Figueiredo; DIAS, Luciano Souto. *Alimentos avoengos: a obrigação conjunta dos avós paternos e maternos pela prestação alimentícia aos netos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35317/alimentos-avoengos-a-obrigacao-conjunta-dos-avos-paterneos-e-maternos-pela-prestacao-alimenticia-aos-netos>>. Acesso em 17 abr. 2016.

VARELA, Marcos José Cardoso. *Intervenção "iussu iudicis" nos Juizados Especiais*. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1078150/intervencao-iussu-iudicis-nos-juizados-especiais-marcos-jose-cardoso-varela>>. Acesso em 26 de mar. 2016.



A AMPLITUDE DO CONCEITO DA EXPRESSÃO “ATO LIBIDINOSO” E SUAS CONSEQUÊNCIAS QUANTO À DELIMITAÇÃO DA INFRAÇÃO PRATICADA E A RESPECTIVA PENA

Joana Barros Neto Barbosa de Barros

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

Resumo: O presente trabalho versa sobre a reforma promovida no Código Penal, pela Lei 12.015/09, quanto à alteração e revogação dos artigos 213 e 214, respectivamente. A análise e a reflexão acerca dos termos empregados, nesse primeiro dispositivo, são fundamentais devido à imprecisão da expressão “ato libidinoso”, a qual dá azo a entendimentos diversos sobre quais condutas estariam, ali, englobadas. Como consequência, a existência de decisões completamente discrepantes sobre um tipo penal, grave o bastante para ser classificado como crime hediondo, revela a importância da abordagem desse assunto. O objetivo é demonstrar que fora construído um tipo penal aberto, que, por permitir aos magistrados a adoção de entendimentos diametralmente opostos, causa insegurança jurídica e, por vezes, injustiças. Assim, é defendida a necessidade da reedição do artigo 213, de forma a especificar cada ato a ser criminalizado; e da criação de um novo tipo penal para abarcar condutas menos gravosas, bem como de uma nova contravenção penal para reprimir práticas mais leves, porém relevantes na esfera penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Estupro. Crime Hediondo. Atos libidinosos. Conceito. Proporcionalidade das decisões.

Sumário: Introdução. 1. A controvérsia acerca do conceito de atos libidinosos. 2. Consequências advindas da ausência de delimitação das condutas abarcadas pelo estupro. 3. Críticas à reforma realizada pela Lei 12015/09 e sugestões para solucionar os problemas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a delimitação do termo “outro ato libidinoso” inserido na redação do artigo 213 do Código Penal, após a alteração realizada por meio da Lei 12015/09. Visa-se criticar tal modificação, de modo a demonstrar que a referida expressão torna o tipo penal do estupro aberto, o que dá ensejo a entendimentos e decisões conflitantes, gerando insegurança jurídica na sociedade.

Assim, será defendido que o tema deve ser minuciosamente estudado e a redação do art. 213, novamente modificada para excluir o termo “outro ato libidinoso” e especificar que



condutas devem ser abarcadas no tipo do estupro, e quais configurariam mera contravenção penal.

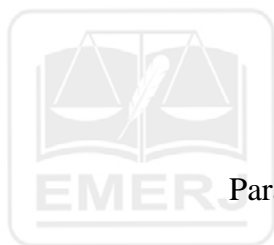
Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a abordagem de até que ponto vai a expressão “outro ato libidinoso” prevista no artigo 213 do Código Penal, e como os doutrinadores têm se posicionado acerca desse tema controvertido, que merece atenção por ser a intervenção do Direito Penal a *ultima ratio*.

Nesse sentido, deve-se explicitar que doutrinadores renomados possuem entendimentos discrepantes acerca dos atos que seriam englobados no tipo penal de estupro, a ponto de uns considerarem o beijo lascivo praticado em lugar público apenas uma contravenção penal, e outros afirmarem que a mesma conduta configura o crime hediondo do estupro.

No segundo capítulo, o cerne da questão será apontar quais seriam as consequências práticas em termos de decisões pelos magistrados, tendo em vista a dosimetria da pena e o princípio da segurança jurídica, quando do julgamento dos agentes que tenham praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Assim, vale demonstrar que a expressão aberta que fora adotada no artigo 213 do Código Penal propicia decisões extremamente divergentes, o que levaria um indivíduo a cumprir penas severamente desproporcionais, tendo praticado a mesma conduta, se julgado por magistrados com pensamentos opostos sobre a abrangência desse termo, levando à insegurança jurídica.

Por fim, o terceiro e último capítulo deste artigo tratará da análise sobre a revogação do artigo 214 do Código Penal e a inserção das condutas ali previstas no artigo 213, todas sob a nomenclatura de um mesmo crime, questionando se o legislador agiu da melhor maneira, e como esse problema poderia ser solucionado.



Para resolver essa problemática será defendida a necessidade da construção de uma nova redação ao artigo 213, e da criação de um novo tipo penal, análogo ao revogado artigo 214, todos do Código Penal. Além disso, a tese em prol da criação de uma nova contravenção penal será advogada, por ser a melhor maneira de abarcar as práticas menos gravosas, mas relevantes o suficiente para serem censuradas pelo Direito Penal.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, explicativa e qualitativa, por meio de busca de conceitos de determinados termos jurídicos, de acordo com o entendimento dos mais renomados doutrinadores, e da investigação jurisprudencial, com o fim de demonstrar o modo como têm se posicionado os Tribunais Superiores e dos Estados sobre as questões controversas que serão levantadas no decorrer do estudo.

1. A CONTROVÉRSIA ACERCA DO CONCEITO DE ATOS LIBIDINOSOS

A alteração do artigo 213 do Código Penal, promovida pela Lei n. 12.015/09, acarretou profundas modificações nesse dispositivo, não só quanto ao seu objeto, mas também quanto ao sujeito passivo, e quanto à possibilidade de continuidade delitiva entre a prática de conjunção carnal e ato libidinoso diverso, dentre outras.

A tipificação do delito de estupro visa a tutelar, nos termos do Capítulo VI do CP, a liberdade sexual. Entretanto, a partir de um exame mais profundo, é possível afirmar que o bem jurídico protegido não se restringe à liberdade sexual, mas abrange a dignidade, a integridade física, a intimidade, a honra e a saúde psicológica do ser humano.

É possível visualizar a violência a esses bens jurídicos no comportamento do agente que, ao realizar uma conjunção carnal forçada, pode, além de tolher a liberdade sexual da vítima, causar sérios danos ao corpo da mulher, traumatizá-la a ponto de não mais conseguir



ter um relacionamento amoroso com um homem, transmitir doenças venéreas, gerar uma gravidez indesejada, e humilhá-la em proporção tal, capaz de afetar a sua autoestima.

Tendo em vista a gravidade dos possíveis resultados decorrentes da conduta do estuprador, nada mais justo de que a cominação de uma pena em abstrato elevada, como bem determinou o legislador, e da classificação do estupro como crime hediondo. No entanto, vale observar que a mesma gravidade atribuída a esse crime, e a severidade com a qual é tratado, também deve levar o Poder Legislativo a pré-estabelecer com minúcia as condutas por ele abarcadas. Daí a importância da delimitação da nova expressão trazida pela Lei 12.015/09, “outro ato libidinoso”.

Atualmente há consenso na doutrina e na jurisprudência acerca do conceito do termo “conjunção carnal”, tendo sido adotado o critério restrito, pelo qual é definido como a introdução do pênis na vagina.

A controvérsia reside na delimitação de quais atos seriam abrangidos pela expressão “outro ato libidinoso” para fins de caracterização de estupro. Para melhor elucidação, é imprescindível destacar o entendimento de autores renomados sobre o tema.

Nessa esteira, Guilherme de Souza Nucci¹ afirma que “[...] a todos os demais contatos físicos, passíveis de gerar satisfação da lascívia, reserva-se a expressão *atos libidinosos* (atos capazes de gerar prazer sexual), muito embora se saiba que a conjunção carnal não passa de uma espécie de ato libidinoso”.

Fernando Capez², por sua vez, entende que o ato libidinoso

Compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal), os quais constituíam o crime autônomo de atentado violento ao pudor (CP, antigo art. 214). Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 50.

² CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 455.



nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere a ato, ou seja, realização física concreta.

No mesmo sentido, Rogério Greco³ sustenta que “na expressão outro ato libidinoso estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente”.

Ante os conceitos expostos, depreende-se que, em linhas gerais, os autores estão em consenso quanto à definição do ato libidinoso em si. O cerne da questão consiste em quais atos seriam englobados por tal conceito, na prática, para que o estupro fosse caracterizado.

Guilherme de Souza Nucci⁴, sustentando posição abrangente defende que

A consumação do crime de estupro dar-se-á com o contato físico entre a genitália de uma das partes e o corpo ou genitália de outra, como regra. (...) Cuidando-se de ato libidinoso, o início do coito anal ou da felação, além de outros toques em partes pudendas da vítima podem ser suficientes para a consumação.

Em seguida, afirma, demonstrando hipótese ainda mais ampla para a consumação do estupro, que

Eventualmente a consumação do estupro pode dar-se sem o contato físico, mas desde que exista a presença física. Ilustrando, o agente determina, sob ameaça de arma de fogo, à vítima que fique nua, para que ele se masturbe. Trata-se de ato libidinoso, sem contato físico direto, apto a configurar o crime de estupro”.

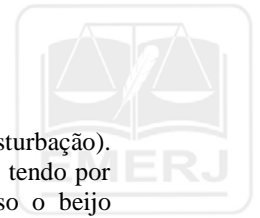
De acordo com Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini⁵, o ato libidinoso abrangeria, também, as hipóteses em que não houvesse o contato físico entre o agressor e a vítima, dependendo, para sua configuração, eminentemente do elemento subjetivo do agente de satisfazer a lascívia. Em adição, afirmam que a libidinosidade do ato não depende da compreensão do ofendido, de modo que irrelevante é o grau de pudor da pessoa agredida:

Ato libidinoso é o ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência. Alguns são equivalentes ou sucedâneos da conjunção carnal (coito

³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. v. 3. 9. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 461.

⁴ NUCCI, op. cit.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código penal interpretado*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1478.



anal, coito oral, coito *inter-femora*, *cunnilingue*, *anilingue*, heteromasturbação). Outros, não o sendo, contrastam violentamente com a moralidade sexual, tendo por fim a lascívia, a satisfação da libido (...). É considerado ato libidinoso o beijo aplicado de modo lascivo ou com fim erótico. Não é indispensável o contato físico, corporal, entre o agente e a ofendida (...). Não é mister para a configuração do crime se desnude qualquer parte do corpo da vítima para o contato lúbrico.

Luiz Regis Prado⁶, em seus ensinamentos, exemplifica quais atos podem ser considerados libidinosos:

fellatio ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal, o coito *inter femora*; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão) mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros.

Possível observar que, também, esse último doutrinador entende o ato libidinoso em sua forma ampla.

Cezar Roberto Bitencourt⁷ adota posição mais restrita, uma vez que entende que “passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado, configuram (...) a contravenção penal do art. 61 da lei especial, quando praticados em um lugar público ou acessível ao público”.

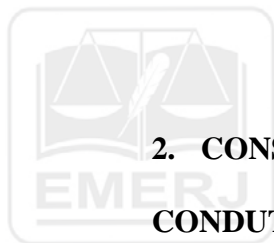
Por fim, vale lembrar da convicção do doutrinador Damásio de Jesus⁸, extremamente ampliativa, segundo a qual a simples conduta do agente que, de forma forçada, passa a mão sobre a genitália da vítima por cima da roupa já caracteriza o estupro.

Assim sendo, denota-se o total dissenso entre os mais prestigiados juristas acerca dos atos englobados na expressão “outro ato libidinoso”, prevista no artigo 213 do CP. E, diante desse quadro, imprescindível a análise das consequências sociais que tal controvérsia vem acarretando.

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 601.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

⁸ JESUS, Damásio E. *Direito penal*. v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.



2. CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DAS CONDUTAS ABARCADAS PELO ESTUPRO

As condutas ínsitas ao delito de estupro não foram expressamente previstas pelo legislador quando da alteração do Código Penal pela Lei 12015/09⁹, fato que resultou na ausência de delimitação dos atos aptos a configurar o crime em tela.

Antes da advinda dessa lei, apenas a conjunção carnal era prevista como conduta caracterizadora do crime do artigo 213 do Código Penal. Atualmente, além da conjunção carnal, outros atos libidinosos ensejam a adequação típica.

Essa indeterminação gera consequências práticas graves, que, por sua vez, leva à total insegurança jurídica, repudiada no âmbito penal.

Nessa esteira, um magistrado que adote a posição de Damásio de Jesus¹⁰ poderá condenar o réu acusado de estupro por passar a mão sobre a genitália da vítima por cima da roupa, utilizando-se de violência ou grave ameaça para tanto, em local público, à pena mínima cominada ao delito, ou seja, à reclusão de 6 anos, enquanto o juiz que for adepto ao pensamento de Cezar Roberto Bitencourt poderá condenar um réu pela mesma imputação fática, a uma pena de multa, apenas, nos termos do artigo 61 do Decreto-Lei n. 3688/41¹¹.

Claro é que o bom senso, a razoabilidade e a proporcionalidade devem vigorar para determinar sob qual crime ou contravenção penal deve ser tipificada a conduta do infrator. O problema é que em uma ciência humana, como é o Direito, não há como prever que todos os julgadores, terão bom senso ou, mesmo, determinar o que seria de bom senso em cada caso. De igual maneira, os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade são amplos, indeterminados, variando de acordo com o pensamento de cada pessoa.

⁹ BRASIL. Lei n. 12015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

¹⁰ JESUS, op. cit., p. 132.

¹¹ BRASIL. Decreto Lei n. 3688, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.



Deve-se lembrar que, se mesmo quando há uma conduta objetivamente determinada no tipo penal, o aplicador da lei consegue, por muitas vezes, encontrar brechas para decidir como bem entende, imagine-se no caso de um tipo penal aberto, como se tornou o estupro, os tipos de decisões discrepantes que podem surgir.

Como exemplo, vale apontar a polêmica decisão do STJ¹², proferida em 2011, de absolvição de um adulto acusado de praticar sexo com meninas menores de 14 anos, comprovada a ação do réu, sob a justificativa de que a vítima já seria prostituída, quando, no tipo de estupro de vulnerável, o legislador deixou claro que a discussão sobre a presunção de violência absoluta ou relativa teria sido deixada de lado para determinar o simples e objetivo pressuposto de a pessoa ter menos de 14 anos de idade.

Tendo esse exemplo em vista e, ainda, com o agravante de a decisão ter sido proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, torna-se imensa a necessidade de o legislador, cada vez mais, tentar ser específico quanto aos atos englobados em cada tipo penal.

Antes da edição da Lei 12.015/09¹³, a distinção entre a tentativa de estupro e o crime de atentado violento ao pudor era determinada pelo elemento subjetivo do autor: se o ânimo do agente fosse o de cópula, haveria a tentativa de estupro, se fosse o de praticar atos de libidinagem, restaria configurado o delito de atentado violento ao pudor.

Ocorre que, imensamente difícil seria comprovar a intenção do agente nesses casos, e, com relação a esse problema, a junção das condutas em um único tipo penal, efetuada pela Lei de 2009, foi a melhor solução.

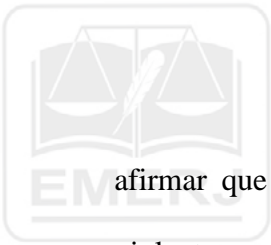
É certo que com a revogação do artigo 214 do Código Penal não houve a *abolitio criminis* da conduta ali descrita, mas mera transferência para o tipo anterior. Assim, possível

¹² PORTAL STJ. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsptmp.area=398&tmp.texto=105175>. Acesso em: 5 set. 2015.

¹³ BRASIL. Lei n. 12015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.



afirmar que todas as condutas que antes ensejavam a tipificação pelo delito de atentado violento ao pudor, atualmente, caracterizam o estupro.

Tendo isso em vista, vale transcrever as decisões selecionadas por Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, em, “Código Penal Interpretado”¹⁴, para demonstrar quais condutas poderiam configurar, conforme o entendimento dos tribunais, o atual delito do artigo 213:

Beijo Lascivo: crime caracterizado – TJRJ: “O beijo lascivo e erótico é ato libidinoso, constituindo, portanto, o delito de atentado violento ao pudor quando contrário à vontade da vítima” (RT 534/404). TJSP: “Pratica atentado violento ao pudor, e não tentativa de estupro, e muito menos a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, aquele que, para desafogo de sua confessada concupiscência, constringe a vítima, mediante violência física e grave ameaça, a suportar lascivo contato corpóreo, consistente em abraços e beijos” (RT 567/293).

Sobre a conduta de o agente encostar em partes íntimas da vítima, vale transcrever o trecho a seguir, selecionado por aqueles doutrinadores¹⁵:

Tateio da nádega e seios: crime caracterizado – TJSP: “Comete o delito de atentado violento ao pudor o dentista que, no interior de seu consultório, abusa de cliente menor de idade, passando as mãos por sua nádega e seios” (RT 510/349). TJSP: “Dentro do critério subjetivo-objetivo que serve para fazer reconhecível o ato libidinoso, o tateio das nádegas é inequivocadamente um ato desta espécie” (RT 458/302).

Com relação a simples atos, como beijos e abraços, os autores¹⁶ encontraram decisão elucidativa do Supremo Tribunal Federal:

Beijo, abraços e contato íntimo: crime caracterizado – STF: “Atentado violento ao pudor – Caracterização. Caracteriza o artigo 214 do Código Penal – atentado violento ao pudor – o fato de o agente haver abraçado e beijado a vítima, tirando-

¹⁴ MIRABETE, op. cit., p. 1486.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.



lhe a roupa e despindo-se para, a seguir, colocar o órgão genital entre as pernas da primeira” (JSTF 237/386).

Foi encontrada, inclusive, como bem lembraram os juristas¹⁷, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que haveria a configuração de ato libidinoso, ainda que a vítima estivesse vestida:

Vítima vestida: crime caracterizado – TJSP: “Indisputável que o réu, derrubando a vítima ao solo e deitando-se sobre ela, procurando, ainda, beijar-lhe a boca, pratica ato libidinoso diverso da conjunção carnal, manifestamente lesivo da pudicícia média. É sabido que o contato corporal lascivo não necessita ocorrer sobre o corpo desnudo, podendo verificar-se mesmo sobre as vestes” (RT 429/380).

Quanto a atos mais leves, como bem elucidaram os estudiosos¹⁸, há decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido da não configuração do ilícito penal:

Inexistência de ato libidinoso – TJSP: “Atentado violento ao pudor. Toque no braço de uma donzela. Crime não caracterizado. A norma penal só abrange o ato que contrasta violentamente com a moralidade sexual, tendo por finalidade a lascívia. Como tal não pode ser considerado o simples toque no braço, máximo quando se considera que, diante da reação negativa da vítima, o acusado não insistiu nas apalpadelas” (JTJ 165/313).

Por fim, o agente público que se aproveita dessa condição para obter vantagem sexual, também está sujeito à adequação típica, conforme apontaram os doutrinadores¹⁹:

Prática de ato libidinoso com grave ameaça – TJRS: “O policial que, valendo-se desta condição, exige que menor erga sua blusa, puxa seu sutiã para acariciar seus seios e lhe faz suspeita proposta de trabalhar em sua residência sob pena de ser entregue à Febem, incide nas sanções do art. 214 do CP” (RJTJESP 169/177).

De acordo com essas decisões, fica clara a possibilidade de condenação, por estupro, do acusado de praticar condutas leves, como tateio das nádegas, beijo lascivo, ou mesmo,

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.



certos tipos de abraços. E, diante disso, imprescindível a reflexão: seria proporcional ou razoável imputar a alguém um crime considerado hediondo, com pena mínima de seis anos, por realizar tais atos? Ou, seria adequado condenar alguém que praticasse conduta muito mais grave, como a de praticar conjunção carnal mediante violência, a pena somente um ou dois anos mais elevada?

As respostas só podem ser negativas, e a pormenorização dos atos previstos no artigo 213 do Código Penal, com o fim de restringir arbitrariedades no momento da aplicação da lei, é medida que se impõe. Apenas retirando do delito de estupro a característica de tipo penal aberto, haveria a almejada segurança jurídica, uma vez que os magistrados estariam adstritos a menor margem de discricionariedade quanto à adequação típica e à imposição das sanções.

3. CRÍTICAS À REFORMA REALIZADA PELA LEI 12015/09 E SUGESTÕES PARA SOLUCIONAR OS PROBLEMAS

De acordo com todo o exposto, a maior crítica que deve ser feita à reforma efetivada pela Lei 12.015/09 é a de que, ao ter unido em um único tipo as condutas previstas nos antigos artigos 213 e 214, do Código Penal, não foi resolvido o problema da falta de delimitação das práticas englobáveis na expressão “outro ato libidinoso”, permanecendo a insegurança jurídica.

Objetiva-se, neste capítulo final, apontar sugestões para resolver a amplitude do tipo penal do estupro e reduzir a margem de apreciação dos magistrados, de forma a combater a insegurança jurídica que até hoje perdura.

Procedeu-se bem quando, no anteprojeto do novo Código Penal, com relação ao delito do artigo 213, foi proposta uma divisão das condutas relativas ao sexo vaginal, anal e oral, para as quais a pena imposta deve ser mais severa. Seria o caso de “chamar a coisa pelo



nome”, como afirmou o relator do anteprojeto e Procurador da República, Luiz Carlos Gonçalves²⁰.

Nessa esteira, a melhor redação para o artigo 213 do Código Penal, seria aquela que elencasse expressamente as condutas, em vez de deixar tal tarefa para a doutrina e ao arbítrio dos aplicadores da lei.

Bons exemplos podem ser observados no âmbito do Direito Comparado, conforme demonstrado em nota de rodapé da obra de Luiz Regis Prado²¹. No Código Penal francês, a delimitação do estupro se dá da seguinte maneira: “Todo ato de penetração sexual de qualquer natureza que seja praticado sobre outra pessoa, mediante violência, constrangimento, ameaça ou surpresa”.

O Código Penal português²², por sua vez, prevê que quem: “por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral é punido [...]”. A pena cominada, nesse caso, é de 3 a 10 anos.

Por fim, o Código Penal espanhol²³, assim descreve o estupro: “Quando a agressão sexual consista em acesso carnal por via vaginal, anal ou bucal, ou introdução de membros corporais ou objetos por alguma das duas primeiras vias, o responsável será punido como réu de estupro com a pena de prisão de seis a doze anos”.

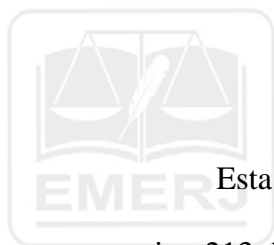
Assim, possível é a conclusão de que, cada um à sua maneira, os Códigos Penais estrangeiros definem de forma mais restrita e específica as práticas abrangidas pelo estupro, o que parece ser o método mais acertado.

²⁰ GOLÇALVES, Luiz Carlos. In: D’AGOSTINO, Rosane. *Proposta para mudar estupro na lei ‘chama coisa pelo nome’, diz relator* - G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/05/proposta-para-mudar-estupro-na-lei-chama-coisa-pelo-nome-diz-relator.html>>. Acesso em: 4 set. 2015.

²¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial*. v. 2. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 800.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*



Esta pesquisadora entende que consistiria em uma redação mais adequada para o artigo 213 do Código Penal brasileiro, a seguinte: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique atos de introdução de membros corporais, excluída a conjunção carnal, ou objetos nas vias anal ou vaginal. Pena: reclusão de 6 a 10 anos.

Com base nessa redação, o ato de conjunção carnal seria o mais grave, por ser passível de transmitir diversas doenças venéreas, o vírus da AIDS e de resultar em gravidez.

Em que pese a redação do artigo 234-A do Código Penal já prever como aumento de pena os casos em que efetivamente resultar em gravidez ou contágio de doenças sexualmente transmissíveis, não seria caso de *bis in idem*, pois a pena mais severa seria justificada pelo risco de tais resultados ocorrerem, fato que causa concreto transtorno à vítima, durante razoável lapso temporal, até que tenha certeza de que não houve contaminação ou de que não engravidou.

Em sequência, conforme entende esta pesquisadora, os atos mais graves, após a conjunção carnal, seriam os de introdução de membros corporais na via anal ou vaginal. A gravidade em segundo lugar desses atos se justificaria pelo contato físico entre o agressor e a vítima, capaz de transmitir doenças sexualmente transmissíveis e de causar maior repúdio na vítima.

Os atos de introdução de objetos nas vias anal e vaginal restariam em terceiro lugar em uma ordem decrescente de gravidade, por não haver o contato físico direto do agente com as partes pudendas da vítima, porém, capazes de causar dor, humilhação e sofrimento psicológico.

Dessa maneira, esses seriam os atos mais graves contra a liberdade sexual, caracterizadores do delito de estupro e condizentes com a pena cominada em abstrato e com a classificação de crime hediondo.



Dentro do intervalo entre a pena mínima e máxima, o magistrado poderia valorar, de acordo com o caso concreto, a pena base mais justa. Uma opção que, acredita esta pesquisadora, seria viável, e, reduziria ainda mais a margem de discricionariedade do aplicador da lei, seria estruturar o crime de estupro em analogia ao método usado no delito de lesões corporais, de modo que, gravíssima seria a prática de conjunção carnal, graves seriam os atos de introdução de membros corporais, excluída a conjunção carnal, nas vias anal e vaginal, e leves seriam as condutas de introduzir objetos nas vias anal e vaginal.

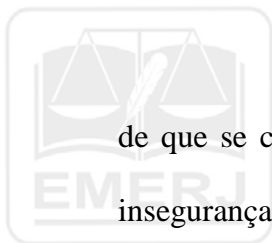
Os atos libidinosos que consistissem no contato do agressor com as vias anal e vaginal da vítima, sem haver penetração, ou no sexo oral, deveriam ser previstos em tipo penal autônomo, com pena um pouco menos severa, porém, ainda classificado hediondo.

A título de sugestão, esta pesquisadora aponta a seguinte redação: Art. 213-A. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique atos libidinosos consistentes no contato do (a) agressor (a) com as vias anal ou vaginal da vítima, sem haver penetração, ou no sexo oral. Pena: reclusão de 4 a 8 anos.

Os atos libidinosos diversos, que poderiam ser previstos como “outros atos libidinosos”, como o beijo lascivo ou o tateio das nádegas, por exemplo, deveriam ser previstos como contravenções penais.

Dessa forma, a redação da contravenção penal seria, conforme o pensamento desta pesquisadora, descrita da seguinte maneira: Constranger alguém, mediante violência, grave ameaça ou surpresa, a praticar ou permitir que com ele se pratiquem atos libidinosos diversos dos previstos nos artigos 213 e 213-A, do Código Penal. Pena: prisão simples de seis meses a dois anos.

Conclui-se, então, que a alteração da redação do artigo 213 e a criação do artigo 213-A no Código Penal, bem como a imposição de nova contravenção penal, são medidas que se impõem para delinear um caminho mais estreito a ser seguido pelos magistrados, com o fim



de que se chegue à aplicação de uma pena mais justa e igualitária, exterminando qualquer insegurança jurídica com relação às praticas libidinosas.

Ressalte-se que a mesma tese deve ser seguida quanto ao estupro de vulnerável, já que esse crime padece dos mesmos vícios apontados com relação ao estupro, configurando, ainda, delito mais grave, por ser praticado contra pessoas menores de quatorze anos de idade.

CONCLUSÃO

Como foi demonstrado ao longo do trabalho, significativas foram as modificações trazidas pela Lei 12.015/09, quanto aos delitos previstos nos artigos 213 e 214. Os crimes de estupro e estupro de vulnerável são uns dos crimes com previsão de penalidade mais severa do Código Penal e, pela gravidade desses delitos, devem ser estudados com muito cuidado.

A doutrina e a jurisprudência ainda divergem quanto às condutas abarcadas pelo estupro, devido à indeterminação da expressão “ato libidinoso”. O fato é que a ausência de precisão legal quando da descrição do ato criminalizado no artigo 213 do Código Penal pode culminar na absolvição ou na condenação de um acusado, a depender simplesmente do entendimento adotado por cada magistrado.

Verdade é que a expressão ampla, “ato libidinoso”, que vem causando enorme insegurança jurídica, no tocante ao crime de estupro, já existia no revogado artigo 214, do Código Penal. No entanto, a reforma promovida pela Lei 12.015/09 em nada contribuiu para solucionar esse ponto, mas, ao contrário, uniu as condutas das infrações referentes aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tornando aberto o tipo penal do artigo 213.

Assim, é imprescindível aproveitar os debates atuais acerca das alterações feitas pela Lei 12.015/09 para que, no anteprojeto do novo Código Penal, sejam solucionadas as



imprecisões analisados neste artigo, de modo a tornar a redação do artigo 213 devidamente delimitada, e adequar as condutas menos graves a outros tipos ou contravenções penais.

Dessa maneira, seria possível a imputação de penas diferenciadas e proporcionais à gravidade de cada conduta, para possibilitar a promoção de um Código Penal mais justo e adequado à realidade social, reduzindo a margem de discricionariedade dos aplicadores da lei, e efetivando o princípio da individualização da pena, consagrado no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, v. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei n. 12015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'AGOSTINO, Rosane. *Proposta para mudar estupro na lei 'chama coisa pelo nome', diz relator - G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/05/proposta-para-mudar-estupro-na-lei-chama-coisa-pelo-nome-diz-relator.html>>. Acesso em: 4 set. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 3. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio E. *Direito penal*. v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte especial*. v. 3. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial*, v. 2. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Código penal interpretado*. 8.ed. rev., atual. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/09*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Código penal comentado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



PORTAL STJ. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsptmp.area=398&tmp.texto=105175>.

Acesso em: 5 set. 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. v. 2. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. v. 2. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



DIREITO PÚBLICO À SAÚDE

João Paulo Nagime Barros Lobo

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Historicamente, o Direito Público à Saúde esteve ligado aos meios de produção. A Constituição Federal de 1988 quebrou esse paradigma e previu o atendimento integral como diretriz do Sistema Único de Saúde. A premente necessidade de as instituições se adaptarem para regulação e efetivação desse Direito, o aumento substancial no número de demandas judiciais para sua efetivação, aliado às urgências inerentes às questões sobre saúde elevam o Judiciário ao papel de protagonista na efetivação e delimitação desse Direito. Os entendimentos predominantes no STF sobre o Direito Público à Saúde são que: (1) o Direito Público à Saúde é um direito público subjetivo; (2) os Entes da Federação são solidariamente obrigados a garanti-lo; (3) há a possibilidade de o Judiciário determinar ao Poder Executivo a implementação medidas concretas, com o fim de cumprir políticas públicas previamente estabelecidas, ligadas ao Direito Público à Saúde; (4) quanto à obrigação de fornecer insumos e prestar serviços de saúde: (4.1) há obrigação de a Administração Pública fornecer medicamentos, quando previstos nas listas oficiais ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas; (4.2) não há obrigatoriedade quando o tratamento é experimental; (4.3) quando houver previsão de tratamento especificado pelo SUS, esse deve ser prestigiado, sem prejuízo de, excepcionalmente, determinar tratamento alternativo, conforme comprovada a necessidade, analisada caso a caso; (5) o alto custo e conseqüente grave dano à economia popular devem ser comprovados, sem prejuízo da repercussão geral sobre esse tema reconhecida em recurso especial ainda não julgado.

Palavras-chave: Direito à Saúde.

Sumário: Introdução. 1. Evolução Histórica do Direito Público à Saúde no Brasil. 2. O Sistema Único de Saúde. 3. Direito Público à Saúde Previsto sob o Prisma das Decisões do STF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Na esteira do desenvolvimento dos direitos sociais, surgiu para a Administração Pública a obrigação de realizar prestações positivas para sua efetivação. Os antigos paradigmas não satisfaziam mais as exigências da época e, sensíveis a essa situação, as



constituições ganharam mais consistência: suas normas adquiriram imperatividade, e seus conteúdos passaram a traçar as decisões políticas fundamentais e a estabelecer prioridades.

Em decorrência da promulgação da Carta Constitucional de 1988 e desta nova compreensão das normas constitucionais, o Estado se tornou obrigado a custear serviços de saúde e fornecer medicamentos. Daí surgiram inúmeras demandas judiciais com o escopo de obter desde o mais singelo remédio até o tratamento mais dispendioso. Por consequência, as instituições se viram obrigadas a traçar estratégias de atendimento desse Direito.

Nesse contexto, esse artigo busca reconhecer os contornos das obrigações do Estado decorrentes do Direito Público à Saúde. A importância do bem tutelado somada ao crescente número de demandas em que se busca esse Direito situam a importância social e prática do presente estudo. Ademais, sua definição contribui para uniformização das decisões judiciais e, por consequência, para uma prestação jurisdicional mais justa.

É comum afirmar que não se pode compreender adequadamente os Direitos Fundamentais expressos na Constituição de 1988 a não ser no contexto histórico que lhes deu origem. Em virtude dessa premissa, o desenvolvimento histórico da saúde e do Direito Público à Saúde foi prestigiado com o primeiro capítulo. Nele é exposta e contextualizada uma síntese dos principais fatores que determinaram a concepção atual do Direito Público à Saúde.

No segundo capítulo será realizada uma breve abordagem dos princípios e diretrizes do SUS, de modo a explicitar suas orientações e valores perseguidos. Esse é o Sistema que tem a importante atribuição de estruturar a efetivação do atual Direito Público à Saúde.

No terceiro e último capítulo, é realizada uma análise das principais decisões do STF sobre o tema. Nele o Direito Público à Saúde ganha contornos mais nítidos, e é explicitado o papel de protagonista do Judiciário na construção desse Direito.



O resultado da pesquisa foi sistematizado na conclusão. Foi utilizado, para tanto, a pesquisa bibliográfica através de consultas à literatura e doutrina nacional, bem como a periódicos, textos selecionados no meio eletrônico, à legislação brasileira e à jurisprudência dos tribunais superiores.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PÚBLICO À SAÚDE NO BRASIL

Previamente à formação do Estado Brasileiro, atuavam as Santas Casas de Misericórdia. A preocupação com a situação dos enjeitados e marginalizados foi a origem de sua fundação, em 1498, em Portugal, e em 1539, em Olinda, Pernambuco¹². Surgiram com função muito mais assistencial do que terapêutica: abrigavam, além dos enfermos, os abandonados, marginalizados e os excluídos do convívio social, como os criminosos doentes e os doentes mentais. Elas se anteciparam às atividades estatais de assistência social e à saúde.

Paralelamente, não existia um projeto de medicina social da Coroa Portuguesa. Seu principal foco era a fiscalização, exercido através da Fisicatura. A primeira faculdade de medicina no Brasil somente foi criada em 1808, após a chegada de Dom João VI³. Antes disso, Portugal não permitia a criação de faculdades em suas colônias⁴.

Nesse período, o principal tema da relação entre saúde e sociedade era o da sujeira e o dever de zelar pela limpeza da cidade. As Ordenações Filipinas atribuíam aos governos

¹ Segundo o site da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas, em que pese aparecer a Santa Casa de Misericórdia de Olinda como a mais antiga do Brasil, não existe documentação oficial que comprove ter sido esta a data da sua fundação. Portanto, oficialmente, a de Santos é considerada a primeira do Brasil. A Santa Casa de Misericórdia de Santos foi fundada em 1543, por Braz Cubas.

² PORTAL Institucional. Disponível em: <<http://www.cmb.org.br/index.php/component/content/article/25-institucional/historia/179-as-santas-casas-nasceram-junto-com-o-brasil>> Acesso em: 14 de ago. 2015.

³ ROSEMBERG, Ana Margarida Furtado Arruda. Breve História da Saúde Pública no Brasil. In: Organizadores Maria Zélia Rouquayrol e Marcelo Gurgel. *Epidemiologia & Saúde*. Rio de Janeiro: Científica Ltda., 2013, p. 2.

⁴ MACHADO *apud* GALVÃO, Márcio Antônio Moreira. *Origem das Políticas de Saúde Pública no Brasil: do Brasil-Colônia a 1930*. Disponível em: < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/origem_politicas_saude_publica_brasil.pdf>. Acesso em: 14 de ago. 2015.



locais essa incumbência, bem como a de fiscalizar o comércio de alimentos, que a exerciam por meio das Câmaras Municipais. A população das colônias aparecia como elemento vital de sua povoação e produção, de modo a propiciar a defesa do território e da riqueza. O porto, por sua vez, era um local estratégico da ação municipal, já que era o ponto de contato com o exterior, via da penetração de pestes.

Para Márcio Antônio Moreira Galvão⁵, todo período colonial foi permeado pelo embate da municipalização versus centralização, com o poder e a responsabilidade sobre a higiene pública alternando-se entre um poder central e o poder das Câmaras Municipais. Para ele, essa questão perdurou também durante o Império, para desembocar nas campanhas sanitárias do início do século XX, momento em que o Congresso transferiu para o poder central a responsabilidade pelos problemas sanitários no Distrito Federal.

Com a vinda da família real em 1808, com toda corte portuguesa, foram criadas as primeiras faculdades de medicina do Brasil: em 18 de fevereiro de 1808 em Salvador, e em 5 de novembro de 1808 no Rio de Janeiro⁶. Em 1824 a primeira Constituição do Brasil foi outorgada pelo imperador D. Pedro I sem nenhuma menção à saúde.

Em 1835 a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro foi transformada em Academia Imperial de Medicina⁷ a convite da regência, o que constituiu aceitação pelo governo de suas proposições e objetivos. Essa sociedade procurou elaborar o saber médico-científico da medicina social brasileira e assessorar e criticar a execução das medidas de higiene que até 1850 ficou sob o controle das Câmaras Municipais. Essa sociedade foi a

⁵ Ibid.

⁶ ROSEMBERG, op. cit., p. 2.

⁷ Conforme Ana Margarida Furtado Arruda Rosemberg, em 1831 a referida academia passou a publicar os Seminários de Saúde Pública, posteriormente convertidos em Anais da Academia Nacional de Medicina (a mais antiga publicação ininterrupta do país).

⁸ ROSEMBERG, op. cit., p. 3.



principal responsável pela elaboração de toda a legislação sanitária da época e, aos poucos, seus membros foram se infiltrando nas Câmaras e no próprio Estado.

A segunda Constituição do Brasil, outorgada pelo Congresso Constitucional em 1891, do mesmo modo que a anterior, não fez qualquer menção à Saúde.

A abolição da escravatura, ocorrida em 1888, provocou um aumento dos imigrantes europeus. A febre amarela vitimava mais europeus que africanos⁹¹⁰. Por essa razão a organização sanitária focou mais nessa do que em outras doenças, pois significavam ameaças maiores para a força de trabalho imigrada e nacional, bem como para as classes dominantes¹¹¹². A regularidade que atacava o Rio de Janeiro - que nesse período era conhecido como “Túmulo dos Estrangeiros” -, a grande susceptibilidade dos estrangeiros e o fracasso em resolver o problema evidenciaram a necessidade de uma organização sanitária além do plano municipal e estadual, com capacidade de intervenção nacional.

No Rio de Janeiro foi criado, em 1899, o Instituto Soroterápico de Manguinhos – posteriormente denominado Fundação Oswaldo Cruz -, para produção de soros e vacinas. Seu segundo diretor foi Oswaldo Cruz, que iniciou um trabalho para a erradicação da febre amarela no Rio de Janeiro.

De 1902 e 1906, o presidente Rodrigues Alves, o prefeito do Rio de Janeiro, Pereira Passos, e Oswaldo Cruz promoveram uma reforma urbanística na capital da República. Demoliram bairros populares classificados como insalubres, chegando a deixar 14 mil desabrigados¹³¹⁴. Em 1 de setembro de 1904, o Jornal do Commercio noticiou que a vacina

⁹ Esses últimos sucumbiam mais à tuberculose.

¹⁰ ROSEMBERG, op. cit., p. 3-4.

¹¹ Dom João VI perdeu dois irmãos e um filho vítimas da varíola. Já em 1811, ele criou a Junta Vacínica da Corte, para implementar a vacinação no país. Já em 1837 ficou estabelecida a imunização compulsória das crianças contra a varíola.

¹² ROSEMBERG, op. cit., p. 2.

¹³ A “Civilização” dos Moradores. Disponível em: < <http://www.ccms.saude.gov.br/revolta/pdf/M1.pdf>>. Acesso em: 4 de jul. de 2015.



contra a varíola era obrigatória. Militares positivistas foram contra a obrigatoriedade. Reconheciam o progresso da ciência, mas a imposição da vacina contrariava a liberdade e o direito do cidadão. Questão de saúde se tornou questão de polícia e culminou na Revolta da Vacina, que transformou a capital da República, durante cinco dias, em praça de guerra¹⁵.

Durante a maior parte do século XX, o Estado concentrava suas atividades na prevenção de doenças e deixava para iniciativa privada, por meio de médico-assistencialistas, prover a saúde dos trabalhadores formais¹⁶.

Os trabalhadores não tinham direito às férias, jornada de trabalho definida, pensão ou aposentadoria, o que os levou a realizar duas greves gerais em 1917 e 1919. Esse movimento culminou com a aprovação do Dec. n.º 4.682, em 24 e janeiro de 1923, conhecido como Lei Eloy Chaves, que representou um marco inicial da Previdência Social no Brasil¹⁷. Esse Decreto instituiu a Caixa de Aposentadorias e Pensões - CAP para os ferroviários, em cada uma das empresas de estrada de ferro, e tinha por objetivo a concessão de aposentadoria, pensão por morte, prestação de socorros médicos aos segurados e as suas famílias e fornecimento de medicamentos com preços especiais¹⁸.

No mesmo governo, foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública - MESP, em 1930, que a partir de 1937 passou a se chamar Ministério da Educação e Saúde - MES. Em 1931 foi publicado o Decreto n.º 20.465 que estendeu a obrigatoriedade das CAP, nos moldes da Lei Eloy Chaves, a outras categorias profissionais.

Em 1934 foi promulgada Constituição, no primeiro governo de Getúlio Vargas, que no seu art. 10, inciso II, previa a competência concorrentemente da União e dos Estados para

¹⁴ Considerando que, segundo o mesmo texto, em 1900 o Rio contava com 691.565 habitantes, mais de 2% da população ficou desabrigada.

¹⁵ ROSEMBERG, op. cit., p. 5-6.

¹⁶ NUNES apud LEHMANN, Leonardo Henrique Marques. *Saúde e Ministério Público na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 81.

¹⁷ ROSEMBERG, op. cit., p. 6.

¹⁸ REZENDE apud Lehmann, op. cit., p. 81.



cuidar da saúde e assistências públicas. Logo em 1937, foi outorgada nova constituição, que instituiu o regime ditatorial do Estado Novo, estabelecendo no seu art. 18, inciso XXVI, a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de proteção da saúde.

Até o fim do Estado Novo a Previdência Social foi estendida a diversas categorias de operariado urbano, substituindo a CAP por Institutos de Aposentadoria e Pensões - IAP, organizados por categorias profissionais, e não por empresas. Entre 1934 e 1938 foram criados os Institutos de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, dos Comerciantes, dos Bancários, dos Industriários e dos Estivadores e Transportadores de Cargas¹⁹. Nos mesmos moldes da CAP, os IAP incluíam a prestação de assistência médica aos seus segurados, o que mantinha a lógica de setorização e exclusão do restante da população. A principal mudança entre eles foi o ingresso do Estado, dos empregados e empregadores como co-financiadores.²⁰

O período de Vargas ficou caracterizado pela separação entre saúde pública e assistência médica previdenciária. A primeira era subordinada ao MES e tratava do controle de endemias e epidemias, e a segunda era exercida livremente ou pelos serviços vinculados ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, restritos aos trabalhadores. Essa característica permaneceu por longo tempo, quando foi ampliada a assistência médica individual em detrimento das atividades de saúde pública²¹.

A democracia foi restabelecida pela Constituição de 1946. Seu art. 5º, inciso XV, alínea b, previu a competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde.

Em maio de 1954 foi publicado o Dec. n.º 33.448, que institui o Regulamento Geral dos IAP, atribuindo-lhes o caráter de serviço público descentralizado da União, com natureza de autarquia, vinculada ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Definiu entre suas

¹⁹ ROSEMBERG, op. cit., p. 6-7.

²⁰ LEHMANN, op. cit., p. 81.

²¹ ESCOREL; TEIXEIRA apud LEHMANN, op. cit., p. 84-85.



finalidades a prestação de serviços que visassem à proteção de sua saúde e concorressem para o seu bem-estar e estabeleceu como segurados todos aqueles que exercessem emprego ou atividade remunerada ou auferissem proventos, com exceção dos servidores públicos.

Em 1960 foi publicada a Lei n.º 3.807, Lei Orgânica da Previdência Social, cujo maior impacto foi em relação à qualidade dos serviços, tendo em vista que o regime de assistência médica passou a ser assegurado a todos os trabalhadores regulados pela CLT, independentemente da categoria profissional²².

No regime militar os IAP foram extintos e foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, que unificou o regime de previdência social e assistência médica a toda a população segurada. No período que se seguiu foi promulgada a Constituição de 1967, sem alteração substancial do Direito Público à Saúde. Houve, ainda, o crescimento do setor médico privado, através de subsídio do setor público; momento em que, em apenas três anos, o número de hospitais privados com fins lucrativos passou de 944 para 1.423, enquanto que o de hospitais passou de 2.847 para 3.235²³.

Ainda em 1967, foi editado o Decreto-lei n.º 200, que determinou a preferência da contratação de serviços privados em detrimento da ampliação das redes públicas. Como um dos fatores de estímulo, havia a possibilidade de a empresa deixar de contribuir ao INPS e contratar uma empresa médica para assistência aos empregados.

O modelo de saúde previdenciária teve sua crise aprofundada ao final dos anos 70, diante do alto custo da assistência, que era insuficiente para demanda; da menor arrecadação em tempo de crise econômica e dos desvios de recursos pelo setor privado²⁴.

²² LIMA apud LEHMANN, op. cit., p. 88.

²³ RODRIGUES; SANTOS apud LEHMANN, op. cit., p. 91.

²⁴ LEHMANN, op. cit., p. 93.



A partir do governo Geisel, surgiu o Movimento Sanitário Brasileiro, representado por estudantes, médicos e profissionais das áreas acadêmica de docência e pesquisa, que buscavam uma nova política de saúde, de caráter universal e igualitário. Após sua expansão, foi articulada a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, com massiva participação popular, quando foi discutido e aprovada a unificação do sistema de saúde, com gratuidade e descentralização dos serviços e ações em saúde.

As ideias desse movimento permearam a Constituinte de 1988, que culminou pelo delineamento, na Constituição de 1988, de saúde como considerada “direito de todos e dever do Estado”, conforme seu art. 196. Nas palavras de Leonardo Lehmann²⁵:

Pela primeira vez na história do Brasil, a proposta de universalização do acesso a todos os níveis de atenção à saúde, independente de qualquer contribuição ou da ocupação da pessoa no mercado de trabalho, conformou o desenho histórico da cidadania regulada e sua expressão na política sanitária, tendo o SUS reconhecido a vinculação da saúde às condições econômicas e sociais, propugnando que o direito à saúde implica na garantia, pelo Estado, não somente de serviços de saúde, mas também de políticas econômicas e sociais que propiciem melhores condições de vida. O SUS passou a reafirmar a saúde como um valor e um direito humano fundamental.

Durante o governo Collor foi aprovada a Lei n.º 8.080/90 regulamentando o SUS. Três meses após o veto presidencial de 25 artigos da referida lei, o movimento conseguiu solucionar parcialmente o impasse com a edição da Lei n.º 8.142/90 que, juntamente com a anterior, são consideradas as Leis Orgânicas da Saúde - LOS²⁶.

Com a criação do SUS, as ações de saúde passaram a ser responsabilidade direta do Ministério da Saúde, com organização totalmente distinta da previdência social²⁷.

A Emenda Constitucional n.º 29, de 2000, previu a aplicação de recursos mínimos na área da saúde. Em que pese à garantia constitucional, o jornal Folha de São Paulo noticiou, em 11 de junho de 2008, que, segundo relatório do Ministério da Saúde, apenas oito Estados e o DF cumprem os gastos mínimos em saúde previstos na Constituição. Entre os 18

²⁵ LEHMANN, op. cit., p. 97-98.

²⁶ ARRETCHE, Marta apud LEHMANN, op. cit., p. 109.

²⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 20. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 8.



irregulares, segundo o Ministério, estão São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraná, os mais ricos do país²⁸.

Diante da ampliação do Direito Público à Saúde, a busca por sua tutela judicial, de forma individualizada, cresceu substancialmente. Dados extraídos do sistema de acompanhamento da Resolução CNJ nº 107²⁹, entre 2010 e 2011³⁰ e em junho de 2014³¹, apontam a existência, respectivamente, de 240.980 e 392.291 ações de saúde no Brasil³². Estudo realizado pelo CNJ aponta que as demandas versam predominantemente sobre aspectos curativos da saúde³³, o que demonstra a ainda insuficiente organização das instituições públicas e da sociedade em torno dos novos conteúdos atribuídos a esse direito.

Para Luis Roberto Barroso³⁴, esse aumento significativo das demandas põe em risco a continuidade das políticas públicas de saúde, por desorganizar a atividade administrativa e impedir a alocação racional dos recursos. Sem prejuízo, há contínuo esforço para sua regulação. Nesse sentido, buscando controlar a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, em abril de 2011 foi editada a Lei n.º 12.401, que alterou a Lei n.º 8.080 e

²⁸ PATU, Gustavo; PINHO, Angela. Só 8 Estados e o DF gastam em saúde o que determina a lei. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, jun. de 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1106200815.htm>> Acesso em: 4 de out. 2015.

²⁹ Essa Resolução instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até 2011*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao_107.pdf> Acesso em: 4 out. 2015.

³¹ Id. *Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasno tribunais.forumSaude.pdf>> Acesso em: 4 out. 2015.

³² É relevante esclarecer três pontos sobre esses relatórios: o primeiro é que os números são possivelmente os maiores, tendo em vista que alguns Tribunais não informaram; o segundo, que a primeira apuração se refere a dados coletados uma única vez de cada Tribunal, durante o período de 28 de janeiro de 2010 e 21 de março de 2011; e o último, que as ações abrangem também aquelas em que são parte planos de saúde privados.

³³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 8 de out. 2015.

³⁴ BARROSO, Luiz 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: 6 de jun. de 2015.



criou a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia. A referida lei foi regulamentada pelo Dec. n.º 7.646/11.

Em março de 2015 foi editada a Emenda Constitucional 86/2015, que ficou conhecida como emenda do “orçamento impositivo”. Élica Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet³⁵ afirmam que sua edição se deu em resposta às manifestações de junho de 2013. No entanto, concluem que “estamos a quantificar perdas, ademais de imprimir um ritmo menor aos avanços na conquista de novas fontes de recursos federais para o SUS, tal como implicado pela troca de critérios” para apuração do mínimo a ser aplicado. Exemplificam que o primeiro exercício financeiro após a promulgação da EC n.º 86/2015 será 2016, quando a União aplicará 13,2% da receita corrente líquida, por força do art. 2º, inciso I da Emenda, mas, em 2000, quando foi editada a EC n.º 29, a União aplicava 14% da receita corrente líquida, caracterizando um retrocesso histórico de 0,8%.

Portanto, pode-se observar que, ao longo da sua curta história, a evolução do Direito Público à Saúde é marcada por pulsantes avanços e retrocessos, retida por questões econômicas ou políticas e impulsionada principalmente por fatores sociais organizados.

2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O SUS teve sua estrutura fixada pelos princípios e diretrizes estabelecidos nos art. 196 e 198, incisos I a III, da CRFB/88, bem como na Lei n.º 8.080/90 e regulado pelo Decreto n.º 7.508/11. A universalidade, a igualdade e a equidade, ao lado da descentralização, integralidade e participação da comunidade integram os princípios e diretrizes desse Sistema.

³⁵ PINTO, Élica Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. *Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto>>. Acesso em: 25 de abr. 2015.



Com a repartição de competências dos entes federados na estrutura do SUS, coube à União o papel de financiamento e coordenação intergovernamental; aos Estados o suporte aos sistemas municipais; e aos Municípios a gestão dos programas locais³⁶.

Nesse contexto, o Ministério da Saúde, através da Portaria 2203/96, adotou a edição de Normas Operacionais Básicas como mecanismo descentralizador das ações e serviços de saúde³⁷. A Norma Operacional Básica do SUS – NOB-SUS/1996 afirma que o Direito Público à Saúde significa o “acesso universal (para todos) e equânime (com justa igualdade) a serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde (atendimento integral).”³⁸

O acesso universal significa que todos têm o mesmo direito a serem beneficiados por serviços, ações e fornecimentos de instrumentos oferecidos pelo sistema, independentemente de contribuírem de alguma forma para ele. Marca a diferença entre o sistema contributivo anterior, quando o Direito Público à Saúde era garantido apenas aos trabalhadores formais, vinculados à previdência social, através de serviços de saúde credenciados ao sistema previdenciário. Através dele, o risco de saúde passa a ser compartilhado solidariamente entre toda a sociedade.

A equidade revela-se, doutrinariamente, como fator que prioriza o atendimento àqueles que mais necessitam, em razão da situação de risco ou situação de vida. Há, portanto, a incorporação da discriminação positiva, para que seja assegurada prioridade aos grupos excluídos e com precárias condições de vida, decorrentes da organização social³⁹.

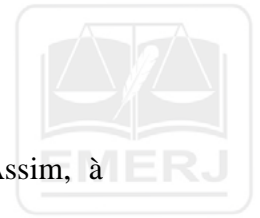
A integralidade é tratada no art. 7º, II, da Lei n.º 8.080/90 como um “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos,

³⁶ LEHMANN, op. cit., p. 110.

³⁷ BARROSO, op. cit., p. 17.

³⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 2.203, de 5 de novembro de 1996. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em: 4 de out. de 2015.

³⁹ VASCONCELOS; PASCHE apud LEHMANN, op. cit., p. 104.



exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.”⁴⁰ Assim, à Administração Pública é incumbida a prestação de serviço integral de saúde, qualquer que seja a moléstia, ainda que de elevado custo, garantindo, inclusive, a dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde. Essa diretriz, ao lado do princípio da universalidade, é apontada como o fator de inviabilidade financeira do sistema⁴¹.

A participação da comunidade é uma garantia constitucional prevista no art. 198, III, da CRFB/88. Extrai-se daí que nas formulações de políticas públicas de saúde, do controle e de sua execução, desde o nível local até o federal haverá a participação popular, com o estímulo da comunidade de exercer o controle social desses fatores relevantes para saúde.

A análise dos resultados do SUS, em sua curta existência, demonstra indiscutíveis avanços no tratamento da saúde. Entre eles, podem ser citados: programa de tratamento e prevenção do HIV/AIDS, de referência internacional; o maior programa público de transplante no mundo; a meta de vacinação, que supera patamares de imunização de países considerados desenvolvidos; aumento da expectativa de vida; diminuição de mortalidade e desnutrição infantil; eliminação da varíola, da poliomielite e do sarampo, controle da tuberculose infantil, tétano e outras doenças prevenidas com vacinação; e realização de 85% de todos os procedimentos de alta complexidade no país⁴².

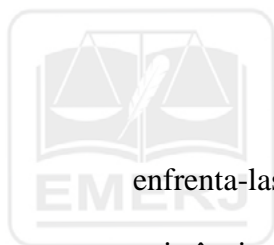
3. DIREITO PÚBLICO À SAÚDE SOB O PRISMA DAS DECISÕES DO STF.

A busca da concretização do Direito Público à Saúde previsto na CRFB/88 ocasionou a propositura de novas demandas, com a provocação da mais alta Corte do país a

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 4 out. 2015.

⁴¹ WEICHERT apud LEHMANN, op. cit., p. 105.

⁴² ALEXANDRE apud LEHMANN, op. cit., p. 116.



enfrenta-las. A obrigação de fornecer remédios e produtos de interesse para a saúde⁴³; a existência de solidariedade entre os Entes da Federação⁴⁴; a possibilidade de sindicalização de políticas públicas^{45,46}; a obrigatoriedade de prestação de serviços e insumos de alto custo⁴⁷ e a de fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA⁴⁸ podem ser listadas entre as principais na pauta do STF.

Embora nenhuma posição definitiva possa ser observada, é possível afirmar que algumas decisões devem prevalecer; e sobre algumas questões existe jurisprudência reiterada demonstrando uma tendência à consolidação do entendimento.

No primeiro caso se enquadra o Recurso Extraordinário n.º 855178 RG/SE, cuja repercussão geral foi reconhecida; e a decisão, ainda não transitada em julgado, foi no sentido de reafirmar a jurisprudência sobre o tema e reconhecer a existência de obrigação solidária entre os Entes Federados de prestar o tratamento médico adequado aos necessitados.

Quanto à possibilidade de sindicalização de políticas públicas, a SL 47-AgR⁴⁹, submetida ao pleno do STF, decidiu que a intervenção judicial é possível quando o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. Sem prejuízo, o RE n.º 684612 RG/RJ - que tem por objeto o tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos,

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271286 AgR/RS. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 7 out. 2015.

⁴⁴ Id.. Supremo Tribunal Federal. RE 855178 RG/SE. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>. Acesso em: 7 out. 2015.

⁴⁵ Id. Supremo Tribunal Federal. RE 684612 RG/RJ. Relator: Cármen Lucia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6047751>>. Acesso em: 7 out. 2015.

⁴⁶ Id. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 7 out. 2015.

⁴⁷ Id. Supremo Tribunal Federal. RE 566471 RG/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>>. Acesso em: 7 out. 2015.

⁴⁸ Id. Supremo Tribunal Federal. SL 47-AgR. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em: 7 out. 2015.

⁴⁹ Id. Supremo Tribunal Federal. SL 47-AgR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>>. Acesso em: 7 out. 2015.



contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde - teve sua repercussão geral reconhecida pelo Plenário, embora seu mérito ainda não tenha sido julgado.

Sobre esse mesmo tema, reiterados julgados afirmam a possibilidade de o Judiciário determinar a implementação de políticas públicas através de medidas concretas: ADPF 45/DF, relator Min. Celso de Mello; AI 810864 AgR, relator Min. Roberto Barroso; RE 820910 AgR/CE, relator Min. Ricardo Lewandowski; RE 665764 AgR / RS, relator Min. Cármen Lúcia; e AI 809018 AgR/SC, relator do Min. Dias Toffoli.

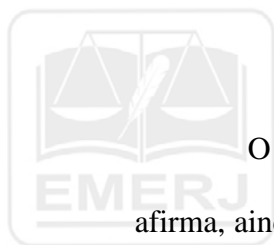
No que tange à obrigação de fornecer insumos e prestar serviços de saúde, conforme afirmado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da STA 175 AgR/CE⁵⁰, a questão se desdobra, a princípio, nas situações em que existe, ou não, uma política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte.

No primeiro caso, enquadram-se as hipóteses em que já existe a previsão nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PDCT, circunstância em que é predominante o entendimento no sentido da obrigatoriedade, v.g. RE 271286 AgR/RS; ou que há vedação legal a sua dispensação, caso em que não há a obrigação.

No segundo, deve ser verificada se a ausência de previsão se deve pelo fato de o tratamento pleiteado ser puramente experimental – caso em que a obrigatoriedade não é reconhecida⁵¹; ainda não incorporado pelo SUS ou em virtude de existir a previsão de tratamento alternativo – nesses últimos dois casos, haverá obrigação quando o tratamento fornecido pelo SUS não for eficaz no caso do paciente.

⁵⁰ Id. Supremo Tribunal Federal. STA 175 Ag/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 7 out. 2015.

⁵¹ Id. Supremo Tribunal Federal. ARE 734877 AgR/PA. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 7 out. 2015.



O citado acórdão no agravo regimental em pedido de suspensão de tutela antecipada afirma, ainda, que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, caso em que a omissão administrativa no tratamento poderá ser objeto de impugnação judicial, sendo imprescindível a ampla produção de provas. Tal entendimento encontra eco em outros julgados⁵².

Quanto à obrigatoriedade de prestação de serviços e insumos de alto custo, a matéria teve sua repercussão geral reconhecida no RE 566471 RG/RN⁵³, cujo mérito ainda não foi julgado. Sem prejuízo, existem decisões no sentido de que o alto custo e consequente grave dano à economia popular devem ser comprovados⁵⁴. Ademais, não há impedimento de o Ente não se opor ao fornecimento de medicamento de alto custo, hipótese em que poderá, inclusive, ser obrigado a manter o medicamento em estoque por determinado prazo, como garantia de continuidade do tratamento⁵⁵.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que, historicamente, a assistência pública à saúde no Brasil esteve predominantemente ligada ao suporte dos meios de produção. Entretanto, a CRFB/88 rompeu com essa relação através da universalização e equidade da assistência pública à saúde. O Movimento Sanitário Brasileiro influenciou a criação do SUS, a ser gerido pelos princípios e diretrizes da universalidade, igualdade, equidade, descentralização, integralidade e participação da comunidade.

⁵² SL 815 AgR/SP; STA 761 Ag/SP; RE 801841 AgR/PR; ARE 827931 AgR / SC; e AI 824946 ED/RS.

⁵³ Id. Supremo Tribunal Federal. RE 566471 RG/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>>. Acesso em: 7 out. 2015.

⁵⁴ Id. Supremo Tribunal Federal. STA 361 AgR/BA. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 7 out. 2015.

⁵⁵ Id. Supremo Tribunal Federal. RE 429903/RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6511667>>. Acesso em: 7 out. 2015.



Atualmente são demandados esforços de integração dessas normas e implementação e interpretação do Direito Público à Saúde. Nesse contexto, o Judiciário assume papel de protagonista no delineamento dos limites a serem impostos ao Direito Público à Saúde, numa condição permeada pelas urgências inerentes às questões sobre saúde.

Por último, da observação das decisões citadas no capítulo 3, se extrai que os principais entendimentos predominantes no STF sobre o tema Direito Público à Saúde são que: (1) é um direito público subjetivo; (2) os Entes da Federação são solidariamente obrigados a garanti-lo; (3) há a possibilidade de o Judiciário determinar ao Poder Executivo a implementação medidas concretas, com o fim de cumprir políticas públicas previamente estabelecidas, ligadas ao Direito Público à Saúde; (4) quanto à obrigação de fornecer insumos e prestar serviços de saúde: (4.1) há obrigação de a Administração Pública fornecer medicamentos, quando previstos nas listas oficiais ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas; (4.2) não há obrigatoriedade quando o tratamento é experimental; (4.3) quando houver previsão de tratamento especificado pelo SUS, esse deve ser prestigiado, sem prejuízo de, excepcionalmente, determinar tratamento alternativo, conforme comprovada a necessidade, analisada caso a caso; (5) o alto custo e conseqüente grave dano à economia popular devem ser comprovados sem prejuízo da repercussão geral reconhecida neste tema em recurso especial ainda não julgado.



A “Civilização” dos Moradores. <<http://www.ccms.saude.gov.br/revolta/pdf/M1.pdf>>. Acesso em: 4 de jul. de 2015.

ALEXANDRE apud LEHMANN, Leonardo Henrique Marques. *Saúde e Ministério Público na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ARRETCHE, Marta apud LEHMANN, Leonardo Henrique Marques. *Saúde e Ministério Público na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BARROSO, Luiz 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: 6 de jun. de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Constituição Política do império do Brasil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Constituição da República dos Estados unidos do Brasil de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 4 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> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Emenda Constitucional n. 89, de 17 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm> Acesso em: 4 out. 2015.



_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasno tribunais.forumSaude.pdf>> Acesso em: 4 out. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 8 de out. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Portaria n.º 2.203, de 5 de novembro de 1996. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em: 4 de out. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 271286 AgR/RS. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 855178 RG/SE. Relator: Luiz Fux. Disponível <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 684612 RG/RJ. Relator: Cármen Lucia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6047751>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 566471 RG/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>>. Acesso em: 7 out. 2015.



_____. Supremo Tribunal Federal. RE 657718 RG/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. SL 47-AgR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 175 Ag/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 734877 AgR/PA. Relator: Ministro Luiz I Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 361 AgR/BA. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 429903/RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6511667>>. Acesso em: 7 out. 2015.

SCOREL; TEIXEIRA apud LEHMANN, Leonardo Henrique Marques. *Saúde e Ministério Público na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GALVÃO, Márcio Antônio Moreira. *Origem das Políticas de Saúde Pública no Brasil: do Brasil-Colônia a 1930*. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/origem_politicas_saude_publica_brasil.pdf>. Acesso em: 14 de ago. 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 20. ed. Niterói: Impetus, 2015.

LEHMANN, Leonardo Henrique Marques. *Saúde e Ministério Público na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIMA apud LEHMANN, Leonardo Henrique Marques. *Saúde e Ministério Público na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MACHADO apud GALVÃO, Márcio Antônio Moreira. *Origem das Políticas de Saúde Pública no Brasil: do Brasil-Colônia a 1930*. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/origem_politicas_saude_publica_brasil.pdf>. Acesso em: 14 de ago. 2015.

NUNES apud LEHMANN, Leonardo Henrique Marques. *Saúde e Ministério Público na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 81.

PATU, Gustavo; PINHO, Angela. Só 8 Estados e o DF gastam em saúde o que determina a lei. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, jun. de 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1106200815.htm>> Acesso em: 4 de out. 2015.

PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. *Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto>>. Acesso em: 25 de abr. 2015.



PORTAL Institucional. Disponível em: <<http://www.cmb.org.br/index.php/component/content/article/25-institucional/historia/179-as-santas-casas-0nasceram-junto-com-o-brasil>> Acesso em: 14 de ago. 2015.

REZENDE apud Lehmann, Leonardo Henrique Marques. *Saúde e Ministério Público na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RODRIGUES; SANTOS apud LEHMANN, Leonardo Henrique Marques. *Saúde e Ministério Público na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSEMBERG, Ana Margarida Furtado Arruda. *Breve História da Saúde Pública no Brasil*. In: Organizadores Maria Zélia Rouquayrol e Marcelo Gurgel. *Epidemiologia & Saúde*. Rio de Janeiro: Científica Ltda., 2013.

VASCONCELOS; PASCHE apud LEHMANN, Leonardo Henrique Marques. *Saúde e Ministério Público na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

WEICHERT apud LEHMANN, Leonardo Henrique Marques. *Saúde e Ministério Público na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.



PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO À LUZ DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO

Jonathan Hugo Cortinas Marin

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Serventuário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: o presente artigo aborda a controvérsia relativa à possibilidade de o juiz produzir provas de ofício no processo penal. Será realizada uma abordagem histórica e jurídica dos sistemas processuais penais existentes para concluir, definitivamente, que o sistema adotado, a partir da CRFB de 1988, foi o sistema acusatório. Diante dessa realidade de total separação dos atores processuais - acusação, defesa e julgador – não há espaço para atividade probatória do juiz sem violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e paridade de armas. Serão abordadas as principais discussões acerca da constitucionalidade do art. 156 do CPP, principalmente após edição da Lei nº 11690/2008, que ampliou os poderes instrutórios para a fase pré-processual, em clara violação ao sistema acusatório. Quanto à análise do instituto em questão, serão expostos os principais entendimentos da doutrina brasileira, já que pela atualidade do tema não há ainda jurisprudência relevante. O objetivo dessa análise é contribuir com o debate a fim de dar efetividade a um Processo Penal isonômico, com prevalência das garantias constitucionais dos indivíduos, no qual cabe ao julgador apenas conduzir o processo para que se chegue ao julgamento justo e adequado.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Princípio Acusatório. Vedação à Atividade Probatória do Magistrado à Luz do Sistema Processual Penal Adotado pela CRFB/88.

Sumário: Introdução. 1. Alterações Históricas e Aspectos Jurídicos da Função do Magistrado dentro do Processo Penal. 2. Verdade real x princípio da imparcialidade e da paridade de armas. 3. Filtragem constitucional dos dispositivos infraconstitucionais que permitem poderes instrutórios do juiz. Conclusão. Referências.



INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico apresenta a discussão e análise a respeito da necessidade de filtragem constitucional dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado pela legislação processual penal em total desconformidade com o sistema acusatório adotado pela nova ordem constitucional.

É certo que há relevante discussão doutrinária sobre o que define um sistema processual, na qual há vozes no sentido de que o Brasil adotou o sistema misto ou sistema acusatório na modalidade *adversarial system*, cuja gestão da prova pode ser compartilhada com o Juiz.

No entanto, não parece ser o entendimento do Constituinte de 1988, ao definir o Ministério Público como único órgão capaz de promover a ação penal pública incondicionada.

De outro lado, o Código de Processo Penal foi editado no período do Estado Novo, em que vigia um sistema político autócrata, no qual não havia respeito às liberdades públicas, como ocorre a partir da edição da Carta Magna de 1988. Portanto, não se pode concluir que houve a adoção de um sistema misto e sim a não recepção dos artigos 156 e 212 do Código de Processo Penal que conferem ampla liberdade de produção de prova ao magistrado.

No primeiro capítulo, será abordada toda a questão da controvérsia do sistema processual adotado pelo Constituinte de 1988, como distinção entre os sistemas processuais penais: o inquisitivo, o acusatório e o misto. Ainda, será realizado um panorama histórico da função do Ministério Público, bem como defender que ao conferir titularidade da ação penal pública ao Ministério Público, o legislador



constituente quis, definitivamente, adotar o sistema acusatório, no qual cada órgão tem sua função bem delimitada, cabendo ao Juiz julgar segundo o estado do processo.

No segundo capítulo, enfrenta-se que a atividade probatória conferida ao Juiz nos artigos 156 e 212 do Código de Processo Penal conduz a quebra da imparcialidade, ainda que sob o pálio da busca da verdade real, reminiscência de um sistema inquisitivo, abandonado pela atual ordem constitucional. Ainda, tal situação vulnera a paridade de armas entre Acusação e Defesa, na medida em que o magistrado assume, na maioria das vezes, a posição de Juiz acusador, violando o princípio acusatório.

No terceiro capítulo, aborda-se a questão da necessidade da filtragem constitucional dos artigos que permitem a atividade instrutória do juiz, enfocando a sua não recepção pela atual ordem constitucional, defendendo a elaboração de um novo sistema normativo que afaste definitivamente a possibilidade de poderes instrutórios do magistrado, coadunando-se com o sistema processual penal acusatório.

Na conclusão, pretende-se prestigiar a necessidade de elaboração de leis processuais penais que se aproximem da vontade do legislador constituente, bem como a necessidade de que haja um maior equilíbrio entre as partes no Processo Penal, a fim de que não se viole, além do princípio acusatório, os princípios da ampla defesa, da paridade de armas e da inércia do juiz que são muito valiosos, pois foram conquistados com muita discussão ideológica, e que não podem estar ausentes no processo penal, em que está em jogo o *status libertatis* do indivíduo.

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



1. ALTERAÇÕES HISTÓRICAS E ASPECTOS JURÍDICOS DA FUNÇÃO DO MAGISTRADO DENTRO DO PROCESSO PENAL

Em primeiro lugar, é importante conceituar os Sistemas Processuais existentes, para que se possa inferir que, definitivamente, que a Constituição Republicana de 1988 adotou o sistema acusatório.

Quanto mais democrático o sistema político, maiores serão garantias e mais igualitária a atuação das partes no processo, enquanto que em um sistema ditatorial, as garantias serão menores e maior é o poder será conferido ao Estado-Juiz.

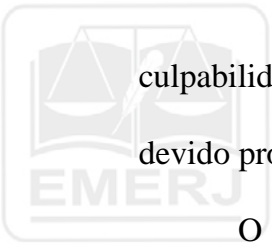
Importante frisar que o sistema processual consiste na reunião de diversos elementos pertinentes à persecução penal, relacionados coerentemente a partir de um princípio reitor, que conforma seu núcleo fundante¹.

Para Geraldo Prado, a estrutura processual seria um subsistema, uma vez que está contida no sistema judiciário, que, por sua vez, é espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político, implementando-se, deste modo, “um complexo de relações sistêmicas que metaforicamente pode ser desenhado como de círculos concêntricos, em que aquele de maior diâmetro envolve o menor (...), contaminando-o e dirigindo-o com os princípios adotados na Lei Maior.”²

Assim, nos estados democráticos de direito é natural que o procedimento penal preveja que o acusado seja tratado com sujeito de direitos, como os previstos na Constituição, no seu artigo 5º, dentre outros assegurados: presunção de não-

¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p 46

² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54-55



culpabilidade, do contraditório e da ampla defesa, imparcialidade do julgador e do devido processo legal.

O sistema acusatório relaciona-se à concepção de processo de partes, em que há uma nítida separação entre julgador e acusador, o qual se contrapõe ao acusado em igualdade de posições.³

Por outro lado, os modelos processuais vigentes em estruturas políticas totalitárias caracterizam-se pela concentração de poderes nas mãos de um único órgão, de modo que incumbe ao juiz-inquisidor as tarefas de perseguir, acusar e decidir, restando ao réu a condição de mero objeto de investigação.

A essas duas formas extremas de persecução penal correspondem, respectivamente, os sistemas acusatório e inquisitório.

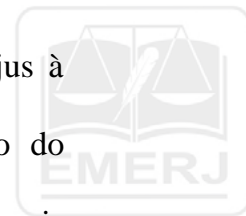
Em momento posterior, da tentativa de fusão das características de ambos, surgiu um terceiro modelo processual penal, denominado misto.

Impõe-se, ainda, a observância do princípio da imparcialidade como norteador do sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico, “mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante.”⁴

Assim sendo, não pode haver coincidência subjetiva entre os órgãos de acusação e de julgamento, exigência que, nos tempos antigos, era respeitada com a assunção do poder de acusar por qualquer cidadão do povo. Nos dias atuais, tal atribuição foi delegada ao Ministério Público, que atua como órgão acusatório, independente do Judiciário, muito embora exerça parcela do Poder Estatal.

³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 102-103.

⁴ PRADO, op. cit., p. 108



No sistema acusatório, o réu é considerado sujeito de direitos, fazendo jus à possibilidade de resistir à acusação, razão pela qual impera aqui o princípio do contraditório material e não meramente formal, dando a ambas as partes iguais condições de exercício de suas faculdades processuais.

Por outro lado, o sistema inquisitório ou inquisitivo caracteriza-se pela concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de um único sujeito: o inquisidor. Nesse sistema, se minimizam ou ignoram os mais elementares direitos do acusado, o que denota o motivo por que o acusado é visto não como sujeito atuante e sim coadjuvante expectador do processo.

Sua principal meta é a busca da “verdade” a qualquer custo, não importando os modos utilizados para a consecução de tal mister.⁵

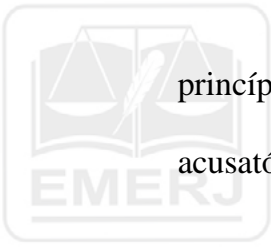
Tal sistema teve seu apogeu na época medieval, com os Tribunais Católicos da Inquisição, no qual os tribunais investigavam, processavam e julgavam, o acusado de heresia, sendo que muitas vezes se adotava a tortura como meio de obtenção da confissão, tida como a rainha das provas, e teve seu declínio a partir das ideias iluministas que eram contra o controle absolutista do Estado.⁶

Após a revolução Francesa, aparecem os sistemas mistos em que se pretende abolir as práticas nefastas da tortura previstas no sistema inquisitivo, momento de surgimento do Ministério Público como órgão de acusação.

Aury Lopes Jr. acentua que “que o ‘sistema misto’ é absolutamente insuficiente”, porquanto, não havendo mais “sistemas puros” na atualidade, todos podem ser rotulados de “mistos”, razão pela qual se faz necessário “identificar o

⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39/40

⁶ ZILLI, op.cit., p. 55



princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório⁷.”

Ada Pellegrini Grinover afirma que o processo acusatório caracteriza-se pela atribuição das atividades processuais a órgãos distintos, não se relacionando à iniciativa instrutória do juiz no processo penal, que, em sua opinião, diria respeito ao “denominado adversarial system, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao inquisitorial system, da Europa continental e dos países por ela influenciados”. De acordo com a doutrinadora, o fato de alguns teóricos associarem sistema acusatório à ausência de poderes de investigação do juiz decorreria da confusão entre os termos acusatório-inquisitório, de um lado, e adversarial-inquisitorial, de outro, aduzindo que “um sistema acusatório pode adotar o adversarial system ou o inquisitorial system, expressão que se poderia traduzir por ‘processo de desenvolvimento oficial’. Ou seja, firme estando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial⁸

2. VERDADE REAL X PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E DA PARIDADE DE ARMAS

O conceito de verdade real é bastante ultrapassado, mas consiste na busca pela verificação do que efetivamente ocorreu, a busca pela verdade fática para que se chegue a um julgamento justo.

Nesse sentido, a atividade do julgador é comparada a do historiador, pois precisa analisar os fatos preteridos para que se perquirira como a realidade foi modificada diante da atuação ou não do agente. Essa atividade traz, sem dúvidas, intrínseca a

⁷ LOPES JR., op. cit., p.151.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999. p. 71-72.



inquisitorialidade, pois o órgão jurisdicional passa a participar ativamente da persecução penal, função que seria do Ministério Público.

Assim, o que parece mais apropriado é a busca da verdade processual ou da probabilidade de certeza, pois o juízo de certeza nunca é alcançado, nem mesmo perante um juiz inquisitor, pois seria necessário retroceder no tempo para verificação *in loco* do que ocorreu.

Ainda quando se está diante de uma confissão, não se pode dizer que há certeza de que os eventos ocorreram daquela maneira, uma vez que as pessoas estão suscetíveis a estados psicológicos que podem fazer que acreditem que algo aconteceu, mas nada mais é do que uma forma de percepção da realidade.

Para a doutrina, a atuação do magistrado para busca da verdade real é justificável, pois seria a finalidade última do processo penal. Para essa doutrina o alcance da verdade dos fatos seria, pois, o escopo principal do processo penal.

Nesse sentido, importante trazer o entendimento de estudiosos mais tradicionais, como Mirabete:

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.⁹

Não obstante, a doutrina defende que o simples fato de haver distinção entre a figura do acusador e do juiz, já seria suficiente para que se considere respeitado o princípio acusatório, consoante palavras do doutrinador Marcos Zilli: “Vê-se que o reconhecimento de uma iniciativa instrutória do julgador, não é incompatível com um

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44



sistema processual de índole acusatória, desde que seja este caracterizado, pela outorga das funções de julgar e acusar a diferentes órgãos.”¹⁰

Esquece-se, todavia, que o acusado é parte frágil na relação processual, por não ter a estrutura estatal a seu favor como o Ministério Público. O Juiz transforma o relativo desequilíbrio em desigualdades patentes ao tomar partido da acusação na persecução criminal, seja na fase pré-processual ou na fase processual. Assim, muitas garantias são violadas, fazendo com que o princípio da paridade de armas seja totalmente vulnerado.

Como se vê, o constituinte, por vislumbrar essa deficiência da defesa, traz assegurado o princípio da presunção de inocência que, em sua essência, determina que ao haver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica ao acusado, ou seja, na dúvida, o magistrado deve absolver o réu, em obediência ao princípio do *favor rei*.

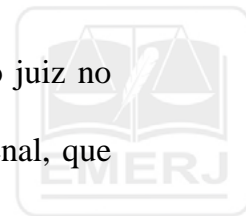
Sobre a importância desse princípio, típico da política criminal de um Estado garantista, salienta a doutrina:

O princípio do favor rei é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado, inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade. Não há, de fato, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento (...). No conflito entre o jus puniendi do Estado, por um lado, e o jus libertatis do acusado por outro lado, a balança deve inclinar-se em favor deste último se se quiser assistir ao triunfo da liberdade.¹¹

3. FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS QUE PERMITEM PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.

¹⁰ ZILLI. op. cit. p. 124

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 71



O fundamento geral para o reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro se encontra no artigo 156 do Código de Processo Penal, que assim estabelece:

a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo porém facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida

II – determinar, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

É certo que historicamente o Código de Processo Penal, instituído em 1941, era notoriamente um código inquisitivo, haja vista que permitia ao juiz a iniciativa acusatória, tudo influenciado pelo movimento fascista de Getúlio Vargas.

Nota-se, porém, que o artigo 156 do Código de Processo Penal, foi alterado pela Lei nº 11690/2008 que, ao invés de trazer o dispositivo infraconstitucional para realidade de um sistema acusatório, ampliou os poderes do magistrado para que possa produzir provas antes da deflagração da ação penal, permitindo ao magistrado agir como verdadeiro investigador e usurpando a atribuição do Ministério Público e das Polícias Civis.

A determinação de produção de provas antes de iniciado o processo configura verdadeira investigação pelo magistrado, o que não pode ser admitido, porque prejudica a sua imparcialidade no momento de resolver a demanda jurídica.

Não se pode conceber um juiz imparcial no momento do julgamento da causa, se foi ele que colheu todos os elementos para formação da *opinio delicti* do Ministério Público. A imparcialidade é uma das características da jurisdição. Decorre de todas as garantias e direitos individuais estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às



partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige um estar alheio aos interesses das partes na causa.¹²

A Constituição Federal é clara, compete ao Ministério Público exercer a ação penal pública, ou seja, cabe somente a ele e mais ninguém acusar. De outro lado, aos acusados é assegurado o contraditório e a ampla defesa, em seu artigo 5º, inciso LV. Assim, quando o magistrado produz provas, não há como pensar em qualquer um desses princípios e, sim, em clara usurpação da função constitucional do Ministério Público.

Nesse sentido, o doutrinador Pacelli remata o tema, afirmando sua inconstitucionalidade:

[...] da nova redação do art. 156, I, CPP, dada pela Lei 11.690/08, ao prever que poderá o juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade da novidade é patente.¹³

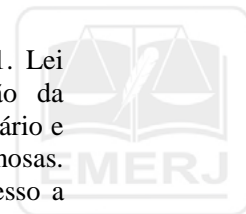
Sobre o tema, ainda não há um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, ainda que passados sete anos dessa alteração legislativa totalmente incompatível com as garantias constitucionais asseguradas a todos os indivíduos dentro de um sistema acusatório.

No entanto, é plausível que o entendimento a ser adotado pelo guardião da Constituição seja pela inconstitucionalidade de poderes instrutórios pré-processuais do magistrado, consoante aresto abaixo colacionado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO

¹² LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 83



MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (ADI 1570, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838)¹⁴

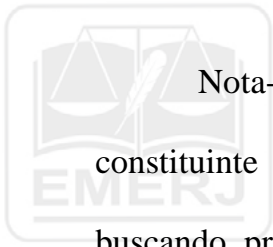
Quanto à iniciativa instrutória do Juiz no curso do processo, embora não haja grandes discussões sobre a quebra da imparcialidade. Nesse momento processual, importante ressaltar o disposto no artigo 209 do Código de Processo Penal, que permite a oitiva suplementar de testemunhas ou informantes pelo juiz quando entender necessário para elucidação dos fatos.

Não se pode negar, todavia, que o magistrado tem interesse na atividade probatória no curso da instrução criminal, mesmo que seja no sentido de empreender esforços para proferir a decisão mais razoável e mais próxima da realidade fática.

E como se bem destacou no capítulo anterior, apenas no caso de privilegiar a Defesa e dirimir a possibilidade de injustiça de uma decisão que parece razoável a sua atuação de ofício, uma vez que diante de uma probabilidade negativa, incerteza ou dúvida quanto à veracidade da imputação, cabe a simples aplicação do princípio do *favor rei* e, por conseguinte, a absolvição do acusado.

CONCLUSÃO

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1570. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%2ENUME%2E+OU+hc%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 nov. 2015.



Nota-se que, ao adotar o sistema acusatório na Constituição Republicana, o constituinte originário quis trazer efetividade para um Processo Penal isonômico, buscando privilegiar o princípio do contraditório, da ampla defesa, da paridade de armas, no qual cabe ao julgador apenas conduzir o processo para que se chegue ao julgamento justo e adequado.

Nesse passo, o juiz deve assumir uma postura neutra, como vistas à manutenção de sua imparcialidade e ao revés de ser um investigador, deve ser um garantidor dos direitos individuais do cidadão, frente às injustiças frequentes que são a eles imputadas.

De sorte que se pode afirmar que a produção de provas pelo juiz, seja antes de iniciada o processo ou depois, fere o sistema acusatório, princípios constitucionais e a liberdade individual e torna a justiça mais distante ainda do nosso país.

Mesmo que as provas sejam consideradas urgentes e relevantes, nos casos em que houver risco de os vestígios desaparecerem, o órgão julgador deve se manter inerte até que o interessado na persecução penal, detentor do *jus puniendi* do Estado, manifeste a sua vontade em apresentar uma acusação formal contra o investigado.

Não se pode esquecer que incumbe ao Ministério Público requisitar a produção de provas na fase do inquérito policial, à luz do disposto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, que garante ao *Parquet* a titularidade exclusiva da ação penal pública.

A produção antecipada de provas deve ser de interesse apenas da polícia judiciária e do Ministério Público, que juntos se empenham na atividade de demonstrar ao Juiz a responsabilidade do acusado na prática do delito. Portanto, a iniciativa probatória do magistrado deve se restringir aos casos em que exista dúvida sobre ponto relevante ou ele tiver conhecimento de provas a serem produzidas, sem as quais o caso não poderá ser resolvido, ou seja, admite-se, com ressalvas, a atividade probatória do



magistrado no curso da instrução criminal, conforme preceitua o artigo 212 do Código de Processo Penal.

Qualquer atividade praticada de ofício pelo juiz antes do oferecimento da acusação formal demonstra, de certo, interesse na causa. Dessa forma, ao determinar a realização de diligências com o objetivo de esclarecer fatos que ainda não estão submetidos à apreciação nos autos do processo, o órgão julgador acaba por exercer atividade típica de polícia judiciária, delimitada pela Constituição Federal.

Além de invadir a competência do órgão responsável pela investigação dos fatos, o magistrado tem a sua imparcialidade comprometida. O juiz que determina a produção de provas na fase do inquérito policial analisa o caso com uma opinião pré-estabelecida e, por mais que os advogados do acusado se empenhem na defesa deste, o julgador já terá uma sentença formada antes mesmo de encerrado o procedimento.

Constata-se, também, que o tratamento dispensado às partes não será igualitário, prejudicando o acusado no sentido de que terá contra si o órgão acusatório e o órgão jurisdicional, este por demonstrar seu interesse na causa ao ordenar a produção antecipada de provas, favorecendo e facilitando a atuação daquele.

Portanto, de acordo com os princípios básicos do Estado Democrático de Direito, considera-se que a legislação processual é como um todo retrógrada, merecendo a edição de uma nova lei processual penal que esteja de acordo com os ditames da Constituição Republicana e, ainda, nota-se que a reforma de 2008, que alterou o artigo 156 do Código de Processo Penal, não só foi na contramão dessa necessidade, como trouxe resquícios do sistema inquisitivo ao ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS



BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 out.2015.

Supremo Tribunal Federal. ADI. n. 1570. Relator Ministro Maurício Côrrea. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 25 out.2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



A Polêmica da Criminalização do Assédio Sexual

Jorge Ricardo de Souza Ferreira Martins

Graduado pela Universidade Estácio de
Sá. Advogado.

Resumo: A Lei n. 10.224 de 15 de maio de 2001 introduziu o crime de assédio sexual no Código Penal Brasileiro. O tema não era e nem se tornou pacífico, havendo ainda ampla discussão a respeito da conveniência e da efetividade de aplicação do novo tipo penal. O impacto da criminalização do assédio sexual na Sociedade ainda não pode ser avaliado de modo concreto, ainda que a Lei n. 10.244 tenha completado 14 anos. Não obstante a boa intenção do legislador, houve equívoco na penalização da conduta e seria mais efetivo útil tanto para a Sociedade como para a vítima que essa prática ilícita ficasse restrita no âmbito do Direito do Trabalho ou do Direito Civil.

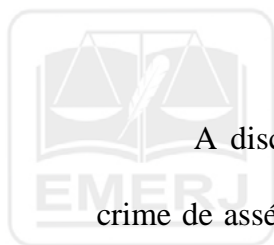
Palavras-chave: Direito Penal. Assédio Sexual. Jurisprudência. Código Penal Brasileiro.

Sumário: Introdução; 1. A controvérsia da tipificação do assédio sexual no Brasil; 2. A visão doutrinária; 3. Decisões judiciais iniciais; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca discutir a real necessidade da criminalização da conduta de assédio sexual. Procura-se demonstrar que a adoção do novo tipo penal não implicará necessariamente a efetiva punição do agente ofensor, ou ressarcir o dano provocado na vítima.

Para tanto se discutem os princípios constitucionais como a proteção à dignidade humana e a isonomia. Também é introduzida a nova espécie penal, apresentando a gênese de seu processo legislativo, bem como a tramitação dos diversos projetos de Lei que ao final deram origem à Lei n. 10.224/2001.



A discussão doutrinária se faz necessária para o estabelecimento da comparação do crime de assédio sexual com outros delitos. Exemplos de decisões judiciais iniciais apontam que, de forma quase exclusiva, foram absolutórias por falta de substrato probatório. Também é abordada a dificuldade da demonstração inequívoca da conduta criminosa, tendo em vista as características do tipo penal.

Finalmente busca-se explicitar que a seara natural para esse tipo de conflito é a justiça trabalhista tendo em vista originar-se exclusivamente nas relações de trabalho e que o infrator não se enquadra no perfil habitual de criminoso comum.

O estudo segue a metodologia do tipo bibliográfica, histórica, qualitativa, parcialmente exploratória e pretende analisar em profundidade a criminalização do assédio sexual, tendo como fontes principais a legislação, a doutrina, livros e artigos científicos, bem como a jurisprudência.

1. A CONTROVÉRSIA DA TIPIIFICAÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 veda quaisquer tipos de discriminações que diferenciem ou privilegiem tratamento entre homens e mulheres nas relações sociais, trabalhistas e jurídicas (art. 5º, I e 7º, XXX), em razão de cor, sexo, idade, preferências religiosa ou sexual, orientação política ou qualquer pratica que incorra em discriminação.

Em que pesem as previsões constitucionais, as discriminações de várias espécies ainda perduram nas relações sociais e laborais e, especialmente nessas, prevalecem ainda aquelas que dizem respeito ao sexo, vitimando sobremaneira as mulheres.

Na discussão que precedeu à promulgação da novel legislação, a doutrina jamais foi unânime. Houve os que aplaudiram a medida^{1,2} enquanto outros a consideraram inútil, apenas

¹ Assédio sexual: primeiros posicionamentos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2225>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

² GÔMES, Luiz F. Lei do assédio sexual (10.224/01): primeiras notas interpretativas. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, jul./2001, n. 13/2001, caderno 3, p. 264.



mais um "americanismo" anexado ao ordenamento jurídico³.

O Direito Penal apresenta dois objetivos indissociáveis: prevenir e punir. Aquele é sempre preferível a este. A prevenção consiste em demonstrar à sociedade que há um bem jurídico que goza de proteção. Bem esse tão caro que se sobrepõe ao direito fundamental da liberdade. Isso objetiva compelir o potencial transgressor da norma tutelada refletir e ponderar sobre o risco de realizar a conduta proibida. Nessa reflexão, o comportamento delituoso poderia ser evitado, não se configurando, desse modo a necessidade da punição.

De um lado, há aqueles que entendem que quanto maior o rol de condutas tipificadas como crimes, maior será o zelo das pessoas com o próprio comportamento, de forma a evitar a prática de lesão a direito e interesses alheios⁴.

Por outro lado, há os que, ao contrário, nada veem de útil na prisão⁵. Entendem que há tipos penais em exagero e penas longas demais na legislação, e que essas desestimulam a volta sadia do infrator à sociedade; que muitas condutas tidas como criminosas prescindem de prisão, sendo que as mais graves configuram-se como casos para tratamento psiquiátrico e que as mais leves merecem uma solução alternativa, excluindo o encarceramento. Mencionam o custo de cada preso e o fato de que o modelo prisional brasileiro não ressocializa ninguém. Ao contrário, agrava o comportamento antissocial dos que nele ingressam.

A Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001, modificou o Código Penal Brasileiro, criando o artigo 216-A, que definiu o crime de assédio sexual:

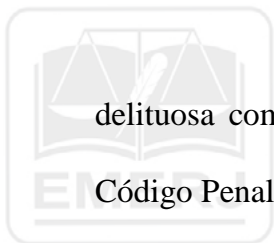
Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência, inerente ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena: detenção de 1 a 2 anos.

Há que se considerar que, para ser configurado o delito, não poderá haver comércio sexual entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. Se tal ocorrer, será caso de progressão

³ LINS e SILVA, Tércio. *Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro: OAB/RJ, maio/98, n° 247, p. 10/11.

⁴ CARDOSO, Lilian Cláudia de Souza. *Lei e Ordem - "A Máscara de Ferro"* que agrava os erros do Sistema Penal. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br/v2009/artigos/87>>. Acesso em 22/01/2015.

⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan. 1990, p. 36.



delituosa com o surgimento de figura penal diversa: o estupro, conforme o artigo 213 do Código Penal. A lesão pode se dar exclusivamente na área psíquica da vítima, não se exigindo resultado para a consumação da figura delituosa. O sofrimento se dá principalmente no plano moral, e só eventualmente no plano material.

A criminalização do assédio sexual não foi um ato normativo isolado. O legislador, apreciando a realidade dos fatos, e motivado pela pressão da sociedade civil, passou a emitir diplomas legislativos visando tutelar de modo específico a liberdade sexual da mulher⁶.

O Código Civil de 1916 manteve os princípios patriarcais da legislação anterior considerando o cônjuge varão como chefe da sociedade conjugal, limitando a capacidade civil da mulher à determinados atos, como por exemplo, a emancipação que, em regra, era concedida pelo pai, ou pela mãe apenas no caso de o pai estar morto.

Essa situação, entretanto, violava o mandamento inserido nas Constituições de 1824 e de 1891, que previam, ao menos em tese a isonomia formal, ou seja, igualdade diante da lei vigente e da lei a ser elaborada, devendo ser essa norma ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classes, com igualdade diante dos administradores e dos juízes⁷.

Somente no texto de 1934, o constituinte se ocupa da situação jurídica da mulher, de forma a proibir distinções ou privilégios em razão do sexo (CF 1934, art. 113, 1). Até então, somente se afirmava, de forma genérica, o princípio da igualdade de todos perante a Lei, sem, contudo, citar expressamente a proibição da discriminação em função do sexo.

Em 1988, a Constituição Cidadã igualou definitivamente homens e mulheres em direitos e obrigações, consagrando definitivamente a isonomia material, que vem a ser o instrumento de concretização da igualdade em sentido formal, tirando-o da letra fria da Lei para

⁶ Disponível em <http://www.ibap.org/direitosdamulher/monicademelo/mm012.htm>. Acesso em 15/07/2015.

⁷ PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 770.



viabilizá-lo no mundo prático. Desse modo, qualquer norma que contrarie este preceito deve ser declarada inconstitucional.

A isonomia apregoada pela CRFB/88 foi concretizada pelos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal em face às desigualdades promulgadas pelo Código Civil de 1916, revogando toda e qualquer norma infraconstitucional diferenciadora, ainda que anterior a Constituição quando incompatíveis, declarando que os preceitos constitucionais que impõem a igualdade entre os cônjuges e homens e mulheres em geral são auto-executáveis.

Em maio de 2001, o Presidente da República sancionou parcialmente o Projeto de Lei n. 14/2001, de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi dispondo sobre o crime de assédio sexual, que foi inserido no renomeado Capítulo I (Crimes contra a Liberdade Sexual) do Título VI do Código Penal (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual).

A Lei n. 10.224, de 15/05/2001, foi publicada com o seguinte texto:

Art. 1º O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 216-A: "Assédio sexual.

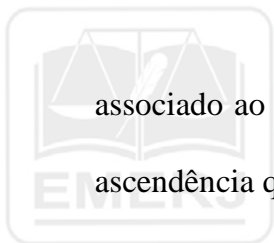
Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. (AC)

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (AC)

Parágrafo único. (VETADO)"

Art. 2º Esta Lei n. entra em vigor na data de sua publicação.

A autora do projeto de lei original, Deputada Federal Iara Bernardi, assinalou que, para garantir o respeito a direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a isonomia entre os sexos, são necessárias mudanças culturais e adequações da legislação, e que o assédio sexual é um desrespeito a tais direitos. Argumentou ainda que o tratamento da questão no âmbito do Direito Penal seguiu a lógica do Direito brasileiro, e que posteriormente, outros projetos poderiam tratar o assunto de forma adequada no campo das relações civis e trabalhistas. Concluiu referenciando legislações internacionais para tipificar o assédio como crime



associado ao abuso do poder e hierarquia, ou seja, prevalecendo-se o agente da autoridade e ascendência que detém sobre o assediado⁸.

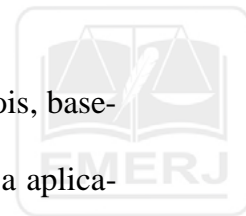
Em 1995, as deputadas Marta Suplicy e Maria Laura, propuseram o PL n. 143/95, onde, pela primeira vez, tentou-se criminalizar o assédio sexual. Foram previstas duas formas distintas: a primeira consistiria no assédio verbal, ou seja, a conduta de constranger mulher ou homem, por meio de palavras ou gestos, com intuito de obter favorecimento ou vantagem sexual. A segunda figura seria o assédio físico, decorrente do constrangimento de mulher ou homem, através de meios físicos, utilizando violência, ou grave ameaça, fraude ou coação psicológica, com o escopo de praticar atos sexuais.

Na primeira hipótese, o delito era apenado com detenção de um mês a um ano, mais multa. Na segunda hipótese, a pena era de reclusão, de dois a quatro anos, mais multa. A pena poderia ser agravada até o dobro caso houvesse abuso decorrente do exercício de cargo ou função com ameaças ligadas à atividade subordinada do assediado. Esse projeto de Lei foi retirado de tramitação mediante requerimento da própria Deputada Marta Suplicy em 26/03/1998⁹. A hipótese, entretanto, se afasta da concepção de assédio sexual e se aproxima do delito previsto no artigo 213 da Lei Penal (estupro).

O Senado Federal, ao apreciar o PL n. 61/99 como o PLC (projeto de lei oriundo da Câmara de Deputados) 14/2001, modificou a redação do dispositivo do artigo 2º, condensando-o no parágrafo único ao artigo 216-A do Código Penal, prevendo a mesma pena para aquele que pratica o delito prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (inciso I), ou com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério, inciso II. A alteração foi vetada pelo Presidente da República.

⁸ DAL BOSCO, Maria G. Assédio Sexual nas Relações de Trabalho. *Revista Jurídica UNIGRAN*. v. 3 n. 6 jul./dez. 2001.

⁹ Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=172144. Acesso em 18/07/2015



Para Luiz Flavio Gomes, a fundamentação do veto foi um equívoco crasso, pois, baseou-se na crença que o parágrafo único permitiria um benefício ao agente, afastando a aplicação da hipótese de agravamento da pena previsto no art. 226 do Código Penal. Assim, foram eliminadas do texto outras formas de assédio sexual, decorrentes de convívio doméstico; proveniente de coabitação, hospitalidade, de abuso inerente a ofício; e originário do abuso inerente a ministério. Para esse doutrinador, configurou-se verdadeira situação de impunidade, uma vez que, por não se enquadrarem na figura do *caput*, são atípicas em relação ao assédio sexual. Assim, não se enquadram nem no artigo 226, tampouco no artigo 216-A¹⁰.

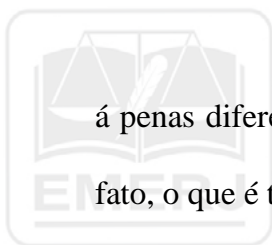
Para Damásio de Jesus, as hipóteses previstas no parágrafo vetado, mais graves, não poderiam sofrer a agravamento cominada no mencionado art. 226, sob pena de violar o princípio do *non bis in idem*¹¹.

Assim, optou-se por não punir o assédio sexual praticado no âmbito daquelas relações, considerando apenas as relações decorrentes de emprego, cargo ou função como ensejadoras de enquadramento na norma penal. Desse modo, no Brasil, o crime de assédio sexual só existe nas relações de trabalho, pois a ascendência e superioridade necessárias para caracterizar a conduta devem ter origem no exercício de cargo, emprego ou função, não sendo, portanto, qualquer ascendência que permite a ocorrência do tipo penal. Isso excluiu a prática de crime em outras situações nas quais a ascendência e superioridade assumem posição tão ou mais importante que nas relações laborativas, como as relações parentais, confessionais e pedagógicas.

Dessa forma, a solução do caso concreto é insatisfatória, ainda que se apliquem outros institutos penalizadores, como o constrangimento ilegal, artigo 146 do Código Penal ou o artigo 65 da Lei de Contravenções Penais (perturbação da tranquilidade), pois nesse caso ter-se-

¹⁰ Lei do assédio sexual (10.224/01): primeiras notas interpretativas. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, jul./2001, n. 13/2001, p. 261.

¹¹ JESUS, Damásio E. Assédio sexual: primeiros posicionamentos. *Jus Navigandi*, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2225>. Acesso em: 27/07/2015.



á penas diferentes para casos semelhantes, ou seja, dois pesos e duas medidas para o mesmo fato, o que é tão indesejável quanto a impunidade.

2. A VISÃO DOUTRINÁRIA

Antes da vigência da Lei n. 10.224/2001, a doutrina e a jurisprudência nacionais, interpretavam tal comportamento como uma variante do delito de constrangimento ilegal, artigo 146 do Código Penal¹², ou ainda como a contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor, artigo 61 do Decreto-Lei n. 3688 (Lei das Contravenções Penais)¹³. Ainda assim, enfatizava-se a necessidade da subordinação hierárquica para caracterizar o delito¹⁴.

Esse entendimento, no entanto, era equivocado. Não há que se falar em violação de um dever jurídico se não houver a imposição de um direito correspondente. É necessária a preexistência do direito em face da obrigação, porém, a afirmação daquele é dependente do cumprimento ou não desta. Dessa forma, o descumprimento voluntário ou não da obrigação, exatamente para proteção do relativo direito, enseja o surgimento do ato ilícito¹⁵, que é uma conduta volitiva contrária ao direito ou uma conduta involuntária que viole um dever objetivo de cuidado e que tenha um resultado dentro da esfera de previsibilidade¹⁶, dando origem à responsabilidade civil ou penal, conforme a origem do ilícito¹⁷.

É a sociedade, representada pelo corpo legislativo, que em última análise determina quais são as condutas indesejadas, e quais as que merecem a sanção penal. As condutas veda-

¹² ARAÚJO, Paulo J. G. *Assédio sexual*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 09 de novembro de 2008 Acesso em 21 de julho de 2015

¹³ MOREIRA ROMULO A. O novo delito de assédio sexual in *Assédio Sexual: Damasio de Jesus e Luiz Flavio Gomes*, coordenadores – São Paulo Saraiva, 2002.

¹⁴ CERNICCHIARO, Luiz V. Assédio Sexual. *Jornal Síntese*. 1998, n. 22, p. 4; MOREIRA, Rômulo A. Assédio Sexual – Um Enfoque Criminal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*. 2001, n. 7, p. 45. GOMES, Luis Flavio. Lei do Assédio Sexual 10.224/01: primeiras notas interpretativas. *IBCCRIM*, São Paulo, jun. 2001. Seção Artigos Nacionais. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br.html>. Acesso em 21 de julho de 2015

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil* São Paulo, Editora Atlas, 2010, p. 22-4.

¹⁶ COSTA JR, Paulo J. *Curso de Direito Penal* – 9. ed. São Paulo: Saraiva 2007, p.84 e 85.

¹⁷ BITTAR, Carlos A. *Direito das Obrigações* – 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 15-6.



das são determinadas com base em critérios de conveniência e oportunidade que em dado momento histórico se mostrem mais deletérias para o corpo social¹⁸.

Desse modo, no ordenamento jurídico brasileiro não é possível o agente responder por crime não previsto em lei. Trata-se de um postulado basilar do Direito Penal, cuja origem pode ser traçada até a Carta Magna Inglesa de 1215, como forma de garantia do cidadão perante o Estado¹⁹.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, o princípio da liberdade é o mais importante instrumento constitucional no moderno Estado Democrático de Direito, e se materializa no mundo fático através da vedação de determinados comportamentos do Legislador. Assim, o princípio da legalidade proíbe: a) a retroatividade da Lei penal para criminalizar ou para agravar a pena de fato anterior; b) o costume como fundamento ou agravação de crimes ou penas; c) a analogia como método de criminalização ou punição de condutas e d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais²⁰.

Quanto à classificação doutrinária, o delito de assédio sexual é crime próprio, exigindo a condição especial de hierarquia ou ascendência sobre a vítima; comissivo de conduta mista; formal, uma vez que, em tese, não causa transformação no mundo exterior, não sendo exigível um resultado efetivo; doloso; instantâneo, pois a consumação não se alonga no tempo; unissubjetivo, podendo ser cometido por uma única pessoa plurissubsistente (a conduta pode ser desdobrada em vários atos)²¹.

Os bens jurídicos tutelados são múltiplos nessa espécie delito, em especial a liberdade sexual, a dignidade humana e a igualdade nas relações de trabalho, que a princípio seriam

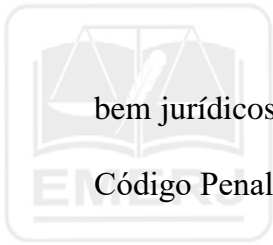
¹⁸ BADARÓ, Ramagem. *Da imputabilidade e responsabilidade na sistemática penal*, Rio de Janeiro: Jose Konfino Editor, 1970, p. 102.

¹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus Editora, 2004, p. 106.

²⁰ SANTOS, Juarez C. *Direito Penal*. Parte Geral 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 19-20.

²¹ BITENCOURT, Cezar R. *Assédio sexual*.

<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/11611/11176>. Acesso em 22/07/2015.



bem jurídicos individuais, porém, a disposição topográfica do crime, inserido no Título VI do Código Penal “Dos Crimes Contra os Costumes”, lhe dá um viés publicista²².

Alberto Silva Franco entende que a honra, o direito à intimidade e à vida privada também são os bens jurídicos tutelados neste tipo de delito, pois são indissociáveis da pessoa. Assim, a conduta, em tese, pode causar lesão a direitos fundamentais, merecendo, pois, a sanção estatal²³.

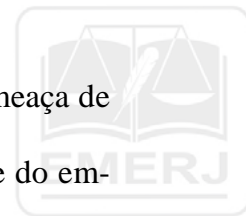
Rômulo de Andrade Moreira aventa também a configuração do crime de injúria, artigo 140 do Código Penal, que consiste em atingir a vítima em sua honra subjetiva, ou seja, em sua autoestima, no juízo que faz de si mesma, na sua dignidade e decoro. O autor considera também o ato obsceno, previsto no art. 233 do Código Penal, onde se descreve a conduta de praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público, ou seja, um comportamento corporal que agride o sentimento de pudor do homem médio e que possa ser visto por um número indeterminado de pessoas²⁴.

A grave ameaça se constitui no constrangimento moral pelo qual o agente pretende impor sua vontade à vítima, a fim de que esta faça o que lhe é determinado, sob pena de sofrer um agravo. Pode ser direta, indireta, implícita ou explícita. Manifesta-se diretamente quando a promessa do mal é feita à vítima, e indiretamente quando dirigida a terceiro. Corresponde à *vis compulsiva*, dos romanos. A ameaça deverá ser séria, causando na vítima um fundado temor do seu cumprimento.

²² SABADELL, Ana Lucia. A Problemática dos delitos sexuais numa perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 27, jul/set 1999, p. 85.

²³ FRANCO, Alberto S. & STOCCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 1057-1058.

²⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo delito de assédio sexual. *Jus Navigandi*, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2285>. Acesso em: 29/07/2015.



O risco de dano profissional ou funcional constitui grave ameaça. Assim, a ameaça de demissão pode ser considerada como ameaça grave, pois a falta da renda proveniente do emprego ameaça diretamente a sobrevivência e a dignidade da pessoa²⁵.

Dessa forma, o assédio sexual caracteriza-se por uma ação do agente que mediante insinuações de cunho sexual cause constrangimento físico ou moral, prevalecendo-se de sua posição de superioridade hierárquica ou funcional em relação à pessoa assediada, seja em razão do seu emprego, da sua função ou do seu cargo, visando à prática de ato libidinoso.

Luiz Flávio Gomes conceitua o assédio sexual como um constrangimento ilegal praticado em determinadas circunstâncias laborais e subordinado a uma finalidade especial (comércio sexual). O delito teria três características inafastáveis: (a) constrangimento ilícito (b) finalidade especial (vantagem ou favorecimento sexual); (c) abuso de uma posição de superioridade laboral²⁶.

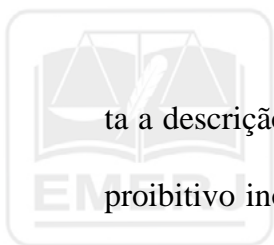
Para a sua consumação bastará que o sujeito ativo constranja o outro, por qualquer meio, direta ou indiretamente, à prestação de favor de natureza sexual. O constrangimento traduz-se sob forma de "chantagem", constituindo-se em ameaça explícita ou implícita de represálias (imediatas ou futuras).

Trata-se de crime meramente formal. Portanto, o delito se consuma independentemente de a vítima ter-se submetido à proposta: para a sua configuração basta o mero constrangimento e a finalidade lasciva. Se a vantagem ou o favor sexual for efetivamente prestado estamos em face de mero exaurimento do delito, salvo se por si só configurar-se outra infração penal, como estupro.

No delito em questão, o especial fim de agir é manifestado pela expressão *vantagem ou favorecimento sexual*, configurando-se em um tipo aberto, ou seja, aquele que não apresen-

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 69930/PB. Relatora: Ministra Jane Silva. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=690504&num_registro=200602460509&data=20070625&formato=PDF. Acesso em 06/07/2015.

²⁶ GOMES, Luiz F. Lei do Assédio Sexual (10.224/01): Primeiras Notas Interpretativas, Disponível em www.direitocriminal.com.br. Acesso em 06/06/ 2015.



ta a descrição típica completa e exige uma atividade valorativa do Juiz. Aqui, o mandamento proibitivo inobservado pelo sujeito não exsurge de forma clara, necessitando ser interpretado pelo julgador no caso concreto²⁷. Assim dado a existência do que a doutrina tradicional denominaria de dolo específico, exclui-se a modalidade culposa.

Cesar Bitencourt define como vantagem ou favorecimento sexual qualquer benefício ou aproveitamento libidinoso ou voluptuoso que mova inequivocamente a intenção do agente, não os configurando, em princípio manifestações elogiosas ou meros reconhecimentos de competência e aplicação²⁸.

Essa vantagem ou favorecimento sexual é qualquer ato capaz de satisfazer a lascívia do agente, seja a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, quer haja, quer não, contato físico²⁹.

3. DECISÕES JUDICIAIS INICIAIS

As decisões sobre assédio sexual dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, em sua maioria, têm cunho absolutório tendo como principal fundamento a falta de suporte probatório³⁰.

Algumas decisões pugnam no sentido de que o indício pode gerar a certeza. Desse modo, diante do sistema da livre convicção do juiz, adotado pela lei adjetiva, a prova indiciária ou circunstancial teria o mesmo valor que as demais³¹.

O indício deve ser valorado como qualquer outra prova não sendo possível estabelecer antecipadamente regras para apreciação do quadro indiciário. No caso concreto, caberá ao magistrado ponderar e admitir ou não o indício como prova, nos termos do artigo 239 do Cód-

²⁷ MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo, Atlas, 1998, p. 50.

²⁸ BITENCOURT, Cesar R. *Assédio Sexual: contribuição jurídico-normativa da globalização- in Assédio Sexual: Damasio de Jesus e Luiz Flavio Gomes, coordenadores – São Paulo: Saraiva, 2002.*

²⁹ El nuevo delito de acoso sexual, Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 2000, p. 39.

³⁰ TJRJ Apelação Criminal 2003.050.05449, Rel. DES. VALMIR RIBEIRO - Julgamento: 31/01/2005 - OITAVA CAMARA CRIMINAL. TJRS Recurso Crime 71002102325 Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Laís Ethel Corrêa Pias, Julgado em 08/06/2009.

³¹ FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (coords.). *CPP e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1999, p. 1887.



digo de Processo Penal. Sem embargo, uma coleção de indícios, coerentes e concatenados pode fundamentar a decisão condenatória.

Outras decisões, entretanto, consideram indícios insuficientes para a condenação, sob o argumento que a condenação criminal, com todos os seus gravames e consequências, só pode apoiar-se em prova cabal e extrema de dúvidas, considerando que presunções e indícios por não ostentarem qualidades de segurança e certeza, não podem servir de fundamento para tanto.

A dificuldade em demonstrar a existência do assédio, todavia, não pode redundar na condenação sem provas irrefutáveis, até porque o sistema jurídico preserva os atributos de personalidade de todas as pessoas, inclusive daquelas eventualmente acusadas de assédio. Acusações graves só podem ensejar consequências jurídicas se não houver a menor dúvida de que autêntico assédio foi realmente cometido, porque ainda que o acusado dificilmente vá cumprir pena de privativa de liberdade, é indubitável que a ação penal por si só é um constrangimento.

A prova no assédio sexual é de difícil materialização, mas esse fato não pode servir de escusa para vulnerar os direitos do acusado, sendo o mais fundamental de que é ônus do acusador demonstrar a autoria e a materialidade do delito.

Em determinados casos os Tribunais admitem como legítimas, provas que em tese, careceriam de legalidade como, por exemplo, gravações telefônicas por um dos interlocutores, porque distintas das interceptações telefônicas³², ainda que feitas sem o conhecimento da outra parte.

Por outro lado, já houve condenações de indenização por assédio sexual na Justiça Trabalhista tendo por base meros indícios, uma vez que a prova cabal e visual para vislumbrar o assédio sexual impossibilitaria a produção da prova em juízo, perpetuando a ilicitude dessa

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal AgR AI n.578858/RS. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=601780&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20AI%20/%20578858%20-%20AgR>. Acesso em 06/07/2015.



conduta malfazeja ou, em outras palavras, considerando as naturais dificuldades que terá o autor da ação.

Pelo exposto, pode-se concluir que a Justiça do Trabalho oferece uma tutela melhor e mais ampla que a Justiça Penal nos casos de assédio sexual. Aquela busca a efetiva reparação do mal causado ao trabalhador através da responsabilização civil do agressor ou da empresa.

CONCLUSÃO

A criminalização do assédio sexual não solucionou as questões para as quais foi proposto. O tipo penal resta inútil se não pode ser efetivado por não se comprovar a ocorrência do delito. Assim, se não se considerar a depoimento da alegada vítima ao menos como elemento indiciário a ensejar uma apuração sumária dos fatos, há que se considerar o tipo penal como letra morta. Por outro lado, a reforma trazida pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou o artigo 225 do Código Penal, para considerar o artigo 216-A como de ação penal pública condicionada à representação, facilitando a possibilidade da persecução penal, pois transferiu o ônus da acusação a quem está mais capacitado para fazê-lo, ou seja, o Ministério Público.

Ainda assim, a matéria parece mais afeita à seara da Justiça Trabalhista do que a Justiça Penal. A norma seria mais efetiva se, além da tutela penal, garantisse ao trabalhador ou à trabalhadora a caracterização do crime como justa causa a motivar a rescisão indireta do contrato pelo assediado como incontinência de conduta ou de ato lesivo à honra ou à boa fama do empregado (CLT, art. 483, *e*), assegurando ainda a responsabilização civil solidária do empregador.

A condenação penal é para ser temida. Deve servir como um freio da conduta do delinquent e do cidadão honesto. No momento em que é banalizada, com a instituição de penas de detenção ou reclusão para todo e qualquer delito, deixa de existir o temor que restringe o indivíduo na realização da conduta delituosa. Mais grave ainda, a certeza que essa mesma



pena será substituída por medidas alternativas diminui ainda mais o poder coercitivo da norma proibitiva.

O veto presidencial ao parágrafo único do art. 216-A mutilou o projeto de Lei n. original aprovado pelo Congresso Nacional, que incluía na figura típica o assédio sexual praticado no âmbito das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, inciso I, e aqueles praticados com abuso de dever inerente a ofício ou ministério, inciso II, ou seja, onde se utilizasse como instrumento de constrangimento o temor reverencial.

Dessa forma, um número considerável de casos de assédio, talvez até superior àqueles decorrentes de relações de trabalho deixou de ter tutela específica, autorizando desse modo a impunidade de parentes dos assediados, assim como sacerdotes, professores ou outras atividades em que a superioridade hierárquica não seja motivada por exercício de emprego, cargo ou função, como se previu no artigo 216-A do CP.

Portanto, a boa intenção do legislador não prosperou, podada de um lado, pelo veto presidencial que mutilou o tipo penal, e por outro, pela falta de abrangência de incluir uma forma efetiva de compensação da vítima, compensando-a pelo que deixou de auferir em virtude do assédio, que não será obtida tão somente pelo processo penal em face do agressor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Paulo J. G. *Assédio sexual*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 09 de novembro de 2008. Acesso em 21 de julho de 2015

Assédio sexual: primeiros posicionamentos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2225>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

BADARÓ, Ramagem. *Da imputabilidade e responsabilidade na sistemática penal*. Rio de Janeiro: Jose Konfino Editor, 1970, p. 102.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro. Revan. 1990. Disponível em <http://www.ibap.org/direitosdamulher/monicademelo/mm012.htm>. Acesso em 15/07/2015.



BITENCOURT, Cezar R. *Assédio sexual*.

<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/11611/11176>. Acesso em 22/07/2015.

BITENCOURT, Cezar R. Assédio Sexual: contribuição jurídico-normativa da globalização- in *Assédio Sexual*: Damasio de Jesus e Luiz Flávio Gomes, coordenadores – São Paulo: Saraiva, 2002

BITTAR, Carlos A. *Direito das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CARDOSO, Lilian Cláudia de Souza. Lei n. e Ordem - "A Máscara de Ferro" que agrava os erros do Sistema Penal. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br/v2009/artigos/87>>. Acesso em 22/01/2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CERNICCHIARO, Luiz V. Assédio Sexual. *Jornal Síntese*. 1998, n. 22, p. 4; MOREIRA, Rômulo A. Assédio Sexual – Um Enfoque Criminal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*. 2001, n. 7, p. 45. GOMES, Luis Flavio. Lei n. do Assédio Sexual 10.224/01: primeiras notas interpretativas. *IBCCRIM*, São Paulo, jun. 2001. Seção Artigos Nacionais. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br.html>. Acesso em 21/07/2015.

COSTA JR, Paulo J. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2007.

DAL BOSCO, Maria G. Assédio Sexual nas Relações de Trabalho. *Revista Jurídica UNIGRAN*. v. 3 n. 6 jul./dez. 2001. Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=172144. Acesso em 18/07/2015

El nuevo delito de acoso sexual, Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 2000, p. 39.

FRANCO, Alberto S. & STOCCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (coords.). *CPP e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1999.

GOMES, Luiz F. Lei do assédio sexual (10.224/01): primeiras notas interpretativas. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, jul./2001, n. 13/2001, caderno 3, p. 264.

GOMES, Luiz F. Lei do Assédio Sexual (10.224/01): Primeiras Notas Interpretativas, Disponível em www.direitocriminal.com.br. Acesso em 06/06/2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

JESUS, Damásio E. Assédio sexual: primeiros posicionamentos. *Jus Navigandi*, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2225>. Acesso em: 27/07/2015.

Lei do assédio sexual (10.224/01): primeiras notas interpretativas. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, jul./2001, n. 13/2001, p. 261.

LINS e SILVA, Técio. *Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro: OAB/RJ, maio/98, n° 247, p. 10/11.

MIRABETE. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral, São Paulo: Atlas, 1998.



MOREIRA ROMULO A. O novo delito de assédio sexual in *Assédio Sexual*: Damasio de Jesus e Luiz Flavio Gomes, coord. – São Paulo Saraiva, 2002.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo delito de assédio sexual. *Jus Navigandi*, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2285>. Acesso em: 29/07/2015.

OITAVA CÂMARA CRIMINAL. TJRS Recurso Crime 71002102325 Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Laís Ethel Corrêa Pias, Julgado em 08/06/2009.

PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 770.

SABADELL, Ana Lucia. A Problemática dos delitos sexuais numa perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 27, jul/set 1999, p. 85.

SANTOS, Juarez C. *Direito Penal*. Parte Geral 2ª Ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 19-20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal AgR AI n.578858/RS. Relatora: Ministra Ellen Gracie.

Disponível em :

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=601780&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20AI%20/%20578858%20-%20AgR>. Acesso em 06/07/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 69930/PB. Relatora: Ministra Jane Silva.

Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=690504&num_registro=200602460509&data=20070625&formato=PDF. Acesso em 06/07/2015.

_____. TJRJ Apelação Criminal 0017722-42.2000.8.19.0002. Relator. Desembargador Valmir Ribeiro. Disponível em:

<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?numProcesso=2000.002.016934-5&USER=>. Acesso em 06/07/2015.



LEI N. 12.737: A NOVA TIPIFICAÇÃO CRIMINAL DE DELITOS INFORMÁTICOS

Juliana Motta de Barros

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O delito de invasão de dispositivo informático é preceito recente introduzido pelo legislador pela Lei n. 12.737/2012. Será explicitado na pesquisa a aplicação do novo art. 154-A do Código Penal, bem como as lacunas normativas e falhas na redação dos tipos penais. Por fim, debate-se os demais crimes cometidos no meio virtual, que apresentam maior vulnerabilidade da vítima. A pesquisa, portanto, visa a esclarecer o tema dos crimes virtuais próprios e impróprios, tão em evidência atualmente, sugerindo o que pode ser feito para melhor atuação no âmbito do direito penal e fora dele.

Palavras-chave: Direito Penal. Crimes Virtuais. Lei n.12.737.

Sumário: Introdução. 1. Análise da Lei n.12.737 e introdução do art. 154-A, CP. 2. Críticas à redação do dispositivo. 3. Debate sobre a necessidade de novas previsões legais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a Lei n. 12.737/2012, especialmente o art. 154-A, CP, analisando a questão dos crimes virtuais próprios, com toda a problemática da nova redação e o que ainda deixou de ser tratado pela nova lei.

O mundo virtual ganha suma importância nos tempos atuais. As pessoas estão permanentemente conectadas a computadores, celulares, *tablets*, dentre outros dispositivos informáticos, muitas vezes por meio de uso da Internet.

Com o crescimento da cibernética, surgem também os crimes virtuais. Esses crimes podem ser de dois tipos: os próprios e os impróprios. Os crimes virtuais impróprios já estão tipificados no Código Penal e ganham um novo instrumento para a sua prática. Eles são, por exemplo, o furto mediante fraude praticado contra o cliente de agência bancária ao capturar



sua senha, a injúria praticada constantemente nas redes sociais.

Os crimes virtuais próprios são aqueles cometidos contra dispositivos informáticos.

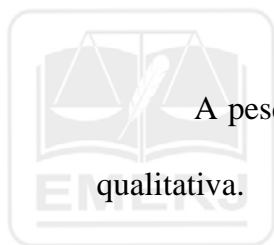
Esses eram impuníveis até o surgimento da Lei n. 12.737/2012. Antes da introdução do art. 154-A no Código Penal, não tinha-se como tipificar a invasão de um computador, de um celular, de um *tablet*, e a destruição de seu conteúdo.

Assim, a nova lei surgiu de anseios sociais cada vez mais urgentes. A prática dos delitos informáticos é recorrente, diária, e precisava o legislador de uma solução para o problema.

Inicia-se o primeiro capítulo com a análise da aplicação do art. 154-A do Código Penal e quais os limites de sua proteção no âmbito dos crimes virtuais. Classifica-se o novo delito, demonstra-se seus especiais fins de agir, e que o art. 154-A, do CP, limita-se aos casos específicos de invasão de dispositivos informáticos, ou seja, uma tipificação de crime virtual próprio.

Ainda, no segundo capítulo, a análise passará às possíveis obscuridades, falhas e omissões na tipificação do delito de invasão de dispositivo informático. Assim, será possível verificar as falhas na tipificação do artigo, que deixa de proteger os dispositivos informáticos sem mecanismos de segurança ou que não estejam em funcionamento, como se não merecessem proteção. Ademais, com a redação do dispositivo há necessidade de fim especial de agir, pois não se pune a simples invasão. Desse modo, pode-se destacar hipóteses não abrangidas pelo tipo penal.

Por fim, no último capítulo, considerando que os crimes virtuais são crescentes hoje em dia, será abordado se há necessidade de uma nova legislação para tais crimes virtuais próprios. Ademais, se deve haver um novo enfoque quanto aos crimes virtuais impróprios. Procura-se defender a solução por outros ramos do direito, como o direito civil, além de por meio dos crimes já existentes no Código Penal.



A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. ANÁLISE DA LEI N. 12.737 E INTRODUÇÃO DO ART. 154-A, CP

A Lei n. 12.737/2012 veio superar uma lacuna normativa a respeito dos crimes virtuais próprios¹. A lei equipara à falsificação de documento particular a falsificação de cartões de crédito e débito, no art. 298, CP, importante equiparação no mundo atual em que grande parte dos pagamentos são feitos de tal forma. Além disso, introduz a interrupção de serviço telemático ou de informação de utilidade pública no art. 266, CP, também importante no mundo atual.

Entretanto, a principal inovação da lei foi a introdução do art. 154-A e 154-B no Código Penal. Para iniciar o estudo desse delito, deve-se transcrever o primeiro²:

Art. 154-A. Invasão dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º—Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º—Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º—Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º—Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º—Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

1 A Lei n. 12.737/2012 é frequentemente apelidada de "Lei Carolina Dieckmann". A Lei surgiu após o vazamento de fotos íntimas da atriz de seu computador pessoal, mas já havia projetos de lei para que fosse definido o crime de invasão de dispositivo informático. A opinião pública, porém, impulsionou a aprovação do projeto. Nesse sentido: MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado*: parte especial. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014., p. 310.

2 BRASIL. Código Penal. Decreto-lei 2848/1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mar. de 2015.



- I - Presidente da República, governadores e prefeitos;
- II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;
- III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou
- IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

O delito está inserido no capítulo “dos crimes contra a liberdade individual”, especialmente na seção “dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos”. Segundo Cezar Roberto Bitencourt³, a proteção que o dispositivo busca é da privacidade individual, e não da rede mundial de computadores. Para Fernando Capez⁴, a parte final do dispositivo tutela também o patrimônio do titular do dispositivo, porque pune quem procura obter vantagem ilícita.

O objeto material do crime é o dispositivo informático alheio. Se o dispositivo é próprio, o fato é atípico. Outra elementar típica importante de se destacar é: “sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo”. Assim, se o proprietário autoriza a invasão, o fato também se torna atípico, e o consentimento do ofendido aqui será uma excludente da tipicidade.

O crime do art. 154-A, *caput* é um crime comum no aspecto do sujeito ativo, ou seja, qualquer um poderá praticá-lo. No âmbito do sujeito passivo também, qualquer pessoa, inclusive jurídica, poderá ser vítima do crime de violação de dispositivo informático.

Há uma certa discussão na doutrina acerca dos núcleos do tipo. Para Guilherme de Souza Nucci⁵, o *caput* do dispositivo prevê duas condutas, “invadir” e “instalar”, mas se o agente pratica ambas as condutas, o crime será único. Já Rogério Greco⁶ e Cezar Roberto

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 679.

4 CAPEZ, Fernando. PRADO, Stela. *Código Penal comentado*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 346.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 812/813.

6 GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 470.



Bitencourt⁷ analisam apenas “invadir” como núcleo do tipo penal, e “instalar” passa a ser secundário, dentro da conduta de “invadir” um fim especial de agir, como será visto.

O crime desse artigo é doloso, pois não há sua previsão na modalidade culposa. Há também um especial fim de agir exigido no tipo, caracterizado após a locução “com o fim de”. Luis Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt dizem tratar-se de um elemento subjetivo especial do tipo⁸.

O especial fim de agir é, na verdade, alternativo, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt⁹. Primeiramente, há a possibilidade de o agente agir com a intenção de “obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização” e depois a possibilidade de o agente “instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”. Como são alternativos, apenas um deles precisa estar presente para a configuração do tipo penal. No mesmo sentido é a posição de Rogério Greco¹⁰.

Já na visão de Fernando Capez¹¹, Luiz Régis Prado¹², e Guilherme de Souza Nucci¹³, o tipo penal do *caput* se subdivide de outra forma. A primeira conduta seria de “invadir” o dispositivo informático com os fins que seguem, e a segunda conduta seria de “instalar vulnerabilidades” e o fim especial, nesse caso, seria “para obter vantagem ilícita”.

No entanto, é importante salientar que se não estiverem presentes quaisquer dos fins especiais de agir, o fato praticado pelo agente é atípico. O legislador vinculou a prática do delito a essas finalidades, assim, devem ser demonstradas para a adequação típica e oferecimento da denúncia pelo crime de invasão de dispositivo informático.

7 BITENCOURT, op. cit., p. 680.

8 PRADO, Luis Regis. *Comentários ao Código Penal: jurisprudência: conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 595. BITENCOURT, op. cit., p. 688.

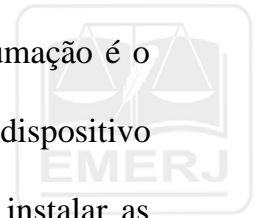
9 BITENCOURT, op. cit., p. 682-683.

10 GRECO, op. cit., p. 472.

11 CAPEZ, op.cit., p. 347.

12 PRADO, op. cit., p. 595.

13 NUCCI, op.cit., p. 813.



O crime, segundo a doutrina¹⁴, é formal. Assim, o momento de sua consumação é o momento em que o agente invade o computador, *tablet*, ou qualquer outro dispositivo informático. O fato de obter, adulterar, destruir dados e informações ou mesmo instalar as vulnerabilidades e obter a vantagem ilícita não é relevante. O objetivo do agente não precisa ser alcançado.

No entanto, o §2º do dispositivo já prevê um aumento de pena de 1/6 a 1/3 se resultar prejuízo econômico para a vítima. Seja esse ou não o fim do agente, em ocorrendo o dano, trata-se de uma causa de aumento de pena. Como o crime é formal, ocorre mero exaurimento do delito, e o tamanho do prejuízo, para Guilherme de Souza Nucci¹⁵, que graduará o aumento de pena.

No §1º do dispositivo, há a previsão de uma modalidade equiparada. Há também previsão de um especial fim de agir: “com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput*”. Assim, o legislador traz a punição a todo aquele que esteja ligado ao crime de violação de dispositivo informático.

Cleber Masson¹⁶ aponta que o legislador trouxe uma exceção à teoria monista do art. 29 do Código Penal, pois quem oferta condições para a invasão do dispositivo informático alheio é punido pelo §1º do art. 154-A. Aponta Guilherme de Souza Nucci¹⁷ que o legislador está punindo os atos preparatórios à invasão do dispositivo informático, pois essa se concretiza por meio de mecanismo que a viabiliza.

O §1º tem como sujeito ativo qualquer pessoa, sendo também crime comum. O sujeito passivo desse crime, porém, é a sociedade. Como no *caput*, esse crime também é formal. Segundo Rogério Greco¹⁸, não há necessidade de o agente utilizar o dispositivo ou programa

14 Nesse sentido aponta-se: CAPEZ, op. cit., p. 347., GRECO, op. cit., p. 476, BITENCOURT, p. 688, dentre outros.

15 NUCCI, op. cit., p. 816.

16 MASSON, op. cit., p. 316.

17 NUCCI, op. cit., p. 814.

18 GRECO, op. cit., p. 476.



de computador, basta que o agente pratique uma das condutas previstas no tipo penal com o fim de permitir a conduta do *caput*. Atente-se que se o agente pratica as condutas do *caput*, não poderá ser punido pelo §1º também. Cezar Roberto Bitencourt¹⁹ aponta que se o agente produz o material (§1º) e distribui, vende ou difunde (*caput*), o crime é único.

Ademais, o delito de invasão de dispositivo informático somente pode ser praticado de maneira comissiva. O tipo penal prevê condutas que são praticadas por meio de ação. No entanto, como bem aponta Rogério Greco²⁰, não está excluída a possibilidade de responsabilizar o agente garantidor, caso fique caracterizada uma das hipóteses do art. 13, §2º, CP. Assim, seria possível também o cometimento do delito por conduta omissiva imprópria se o agente for garante.

O §3º do dispositivo prevê uma modalidade qualificada do delito de invasão de dispositivo informático, que pode ser dividido em duas partes. A primeira parte se o agente obtém conteúdo de comunicações privadas ou segredos comerciais ou industriais, bem como informações sigilosas. Ele faz referências às “assim definidas em lei”, tratando-se de norma penal em branco, complementada pelo próprio Código Penal que define os segredos e informações invioláveis (seções II e IV), segundo Luis Régis Prado²¹.

Na segunda parte do §3º, o agente mantém o controle remoto do dispositivo informático por ele violado. Desse modo, o agente opera o dispositivo invadido por meio de outro computador, e como bem coloca Cezar Roberto Bitencourt²² “o sujeito passivo fica nas mãos do autor do crime (...) O maior desvalor desta conduta reside na permanência dos efeitos nocivos da conduta do agente, que mantém sob o seu controle as ações da vítima, observando, controlando e lesando à distância os bens jurídicos tutelados desta”.

19 BITENCOURT, op. cit, p. 683.

20 GRECO, op. cit., p. 476,

21 PRADO, op. cit., p. 596.

22 BITENCOURT, op. cit., p. 686.



O §4º prevê uma causa de aumento de pena que apenas se aplica ao §3º. Quis o legislador proteger tais segredos, comunicações privadas, informações sigilosas, e por isso aumenta a pena de 1/3 a 2/3 de quem divulga, transmite ou comercializa outrem, seja a título oneroso ou gratuito.

No §5º há mais uma hipótese de aumento de pena, que se aplica em qualquer caso, ou seja, ao *caput* e todos os parágrafos anteriores. Para Cezar Roberto Bitencourt, no entanto, essa causa de aumento de pena não pode ser aplicada em cascata com o §4º, caso contrário, a pena seria elevada em excesso, tornando-se desproporcional²³.

Nesse dispositivo há um aumento de pena em virtude da vítima do crime. A doutrina, como Guilherme de Souza Nucci²⁴, aponta que como o crime atinge determinados governantes ou autoridades, atinge também a sociedade, atinge o interesse coletivo, merecendo maior reprovação.

2. CRÍTICAS À REDAÇÃO DO DISPOSITIVO

O tipo penal exige que a conduta do agente seja de invadir o dispositivo informático “mediante a violação indevida de mecanismo de segurança”. Segundo Cezar Roberto Bitencourt²⁵, trata-se de um “pressuposto a satisfazer” da conduta criminosa que o dispositivo informático esteja com mecanismo de segurança acionado.

Guilherme de Souza Nucci²⁶ aponta que se trata de um elemento normativo do tipo. O autor entende ser desnecessária a sua inclusão, e mais, aponta que é o “calcanhar de Aquiles” do tipo penal.

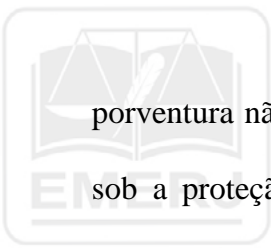
Essa previsão legal é uma lacuna normativa. Os dispositivos informáticos que

23 Ibid., p. 689.

24 NUCCI, op.cit., p. 817.

25 BITENCOURT, op. cit., p. 680.

26 NUCCI, op. cit., p. 813.



porventura não possuam antivírus, *antispyware*, ou outro mecanismo de segurança não estão sob a proteção legal. No entanto, diversos computadores, *tablets*, celulares, não possuem qualquer mecanismo de segurança, nem mesmo senhas de acesso. Assim, a invasão de qualquer deles será considerada fato atípico²⁷.

Não há justificativa para a restrição legal. O fato de alguém não inserir mecanismos de segurança em seu dispositivo informático não significa que outrem possa invadi-lo, pois a própria conotação do verbo “invadir” demonstra que o ato se deu contra a vontade do titular. Melhor teria sido que o legislador previsse apenas o núcleo do tipo “invadir”, sem prever o meio pelo qual se daria a invasão.

O autor Guilherme de Souza Nucci²⁸ segue na mesma linha. Se o dispositivo não possui o mecanismo de proteção ou esse não se encontra ativado porque a pessoa se esqueceu, não há proteção, o que não seria correto, diz ele. Cezar Roberto Bitencourt²⁹ entende que o mais correto seria simplesmente a previsão de “mediante violação indevida”, exatamente porque muitos dispositivos não possuem mecanismos de segurança ou esses não se encontram acionados, e, assim, não poderiam ser violados indevidamente para enquadramento no tipo penal.

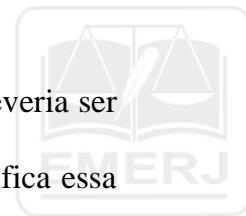
O legislador esquece que, se mesmo com diversos mecanismos de proteção ativados, ainda há a possibilidade de se invadir um dispositivo, uma pessoa pode entender por desnecessária a inclusão desses mecanismos de segurança, preferindo simplesmente evitar *sites*, *downloads*, aplicativos inseguros. Se ainda assim, tem seu computador, *tablet*, invadido, não mereceria proteção?

Como se vê, o bem jurídico protegido pelo tipo penal é a privacidade, a intimidade,

27 No caso recente, de grande repercussão, das fotos íntimas vazadas do ator Stênio Garcia e de sua mulher, há a possibilidade de que não se configure crime exatamente pela lacuna legal. Segundo reportagem do *site* G1 (Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/10/stenio-garcia-e-mulher-registram-queixa-por-fotos-intimas-divulgadas.html>>. Acesso em: 17 out. 2015), apenas um dos três celulares do casal possuía senha de acesso. Se as imagens foram obtidas sem violação a mecanismo de segurança, não há adequação típica.

28 *Ibid.*, p. 813.

29 BITENCOURT, op. cit., p. 681.



inserido no Capítulo “dos crimes contra a liberdade individual”. A *ratio* da norma deveria ser de proteção à liberdade individual e o dispositivo informático de todos. Não se justifica essa restrição legal, pois ninguém que deixa de instalar mecanismos de segurança está abrindo mão de sua privacidade, apenas entende – às vezes por falta de conhecimento, às vezes porque conhece as falhas de tais mecanismos³⁰ – que esses não seriam necessários. O bem jurídico privacidade não merece ficar desguarnecido simplesmente pela falta dessa elementar típica.

Muitos celulares e *tablets* não possuem senhas de acesso. Ademais, pode ser que alguém entenda por não acioná-los em determinado momento, e outrém se aproveite dessa situação. Por exemplo, alguém que confie nas pessoas que residam em sua casa e a frequentemente, deixando seu dispositivo sem senhas, ou quaisquer outros mecanismos de segurança ligados naquele momento. No entanto, alguém, abusando dessa confiança, invade o dispositivo e obtém, adultera, ou destrói dados ou informações dele, essa conduta seria atípica, apesar de ser mais reprovável do que a conduta de um estranho que invade o computador por meio da rede mundial de computadores, ou qualquer outro meio.

Outra questão a ser analisada no dispositivo é a previsão do especial fim de agir junto ao tipo penal. Conforme visto no capítulo anterior, há uma divergência doutrinária a respeito do especial fim de agir. Isso já demonstra que a redação do dispositivo não é a melhor, pois gera uma interpretação dúbia a respeito de haver duas condutas previstas no tipo penal – como entende Guilherme de Souza Nucci³¹ e Fernando Capez³² – ou apenas uma conduta com fins especiais de agir alternativos – como entendem Rogério Greco³³ e Cezar Roberto Bitencourt³⁴.

30 Sobre essa questão, um executivo da empresa Symantec, fabricante do Norton Antivírus declarou recentemente que “o antivírus está morto”, pois estaria cada vez mais difícil de impedir a invasão de *hackers* a computadores e demais dispositivos, o que levaria a indústria a um novo caminho. Disponível em:

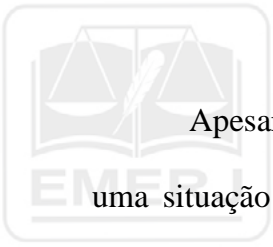
<<http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2014/05/symantec-fabricante-do-norton-cre-que-antivirus-esta-morto-entenda.html>>. Acesso em: 2 de set. de 2015.

31 NUCCI, op. cit., p. 813.

32 CAPEZ; PRADO, op. Cit., p. 347.

33 GRECO, op. cit., 682-683.

34 BITENCOURT, op. cit., p. 472.



Apesar de parecer uma questão meramente doutrinária, no caso concreto pode haver uma situação em que o agente não invada dispositivo, porque já tinha acesso a este, mas instala vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Tratar-se-ia de uma conduta autônoma “instalar” para a primeira corrente, de modo que típica a conduta descrita, ou sem a conduta de “invadir” do dispositivo, que é sempre núcleo do tipo para a segunda corrente, haveria situação atípica?

O simples fato de a redação dar margem a mais de uma interpretação a respeito dos núcleos do tipo e os especiais fins de agir faz perceber que este mereceria uma correção, a fim de não deixar quaisquer dúvidas a respeito de sua aplicação. Como está, porém, fica a análise dos dois núcleos ou de apenas um núcleo com mais de um especial fim de agir para a jurisprudência dos Tribunais.

Independentemente de como se interprete o *caput* do dispositivo, porém, identifica-se que se não estiver presente o especial fim de agir previsto, o fato é atípico. Assim, se o agente invadir o computador de alguém, mas não visar a “obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização” ou “instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”, sua conduta é atípica, seguindo o segundo entendimento³⁵. Para o primeiro entendimento³⁶ não é diferente, já que há dois fins especiais de agir previstos, apenas seriam a conduta invadir com o necessário fim especial “obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização” e a conduta de “instalar vulnerabilidades” necessariamente para a obtenção de vantagem ilícita.

A previsão do fim especial de “obter vantagem ilícita” traz a maior omissão ao tipo penal. É possível imaginar que o agente poderá instalar vulnerabilidades sem intencionar qualquer vantagem, mas por simples intenção de prejudicar outrém, danificar o dispositivo. Alguém que simplesmente desgoste da vítima a ponto de deixar seu dispositivo vulnerável,

35 Ibid. e GRECO, op. cit., p. 472.

36 CAPEZ, op. cit., p. 347; NUCCI, p. 813.



por exemplo, instala o mecanismo, e não visa a obter qualquer vantagem, de cunho patrimonial ou não.

Desse modo, para Fernando Capez³⁷, a previsão de obtenção de vantagem ilícita, restrita para ele à segunda figura típica de instalar vulnerabilidades, é “equivocada e desvirtua o crime”, já que não se tutela aqui o patrimônio, mas a intimidade. Segundo ele, isso pode ser demonstrado pelo Capítulo no qual se insere.

A previsão de obtenção de vantagem ilícita não significa que venha a ser uma vantagem patrimonial, apesar do que apresenta Fernando Capez. Por não se tratar de crime contra o patrimônio, a vantagem poderá ser qualquer vantagem obtida pelo agente, desde que seja ilícita. Ainda assim, é equivocado pensar que o agente sempre obterá ganho pessoal com a instalação das vulnerabilidades.

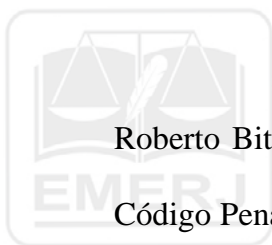
Na figura de equiparação do §1º do dispositivo existe outro equívoco do legislador. Conforme visto, o sujeito passivo desse crime é a sociedade, pois aquele que “produz, oferece, distribui, vende ou difunde” o dispositivo ou programa para que seja praticada a conduta descrita no *caput* não atinge apenas uma pessoa, mas pode atingir qualquer pessoa, é indeterminado.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci³⁸ aponta que o delito pode não ser autonomamente punido, já que o art. 154-B do Código Penal, também inserido pela Lei n. 12.737/2012, exige a representação da vítima do crime, exceto se o crime for cometido contra a Administração Pública direta ou indireta. Desse modo, se o agente produzir programa para que se invada dispositivo informático que não seja da Administração, o crime é de ação pública condicionada e não poderei puni-lo se não estiver atrelado a um crime do *caput*.

Assim, se a intenção do legislador com o §1º foi transformar em condutas típicas o que, normalmente, só seria alcançado por concurso de pessoas – como nos lembra Cezar

37 CAPEZ, op. cit., p. 347.

38 NUCCI, op. cit., p. 815.



Roberto Bitencourt³⁹ –, independentemente da aplicação do art. 154-A *caput* c/c art. 29, do Código Penal, essa intenção cai por terra com a necessidade de representação pelo art. 154-B, do Código Penal. O fato não deixará de ser típico, mas tornar-se-á impunível, pois não há quem possa representá-lo.

Para que possa haver de fato a punição dos agentes que cometem a conduta do art. 154-A, §1º, mas não incidem no *caput*, tampouco atuam em concurso de agentes, é necessário que se abra uma exceção à previsão do art. 154-B, CP, e tal crime se torne de ação penal pública incondicionada. Aliás, nada mais justo, pois se atinge à coletividade, apenas ao Ministério Público deve caber a decisão pela persecução penal.

Há ainda uma hipótese de aumento de pena do §4º para o caso do §3º do art. 154-A, em que se pune um pós-fato, normalmente impunível. Segundo Cezar Roberto Bitencourt⁴⁰, “contrariando princípios básicos do direito penal da culpabilidade, ignora-se o conflito aparente de normas e pune-se, cumulativamente, o crime-meio e crime-fim”, que seria um “aproveitamento do resultado da conduta criminosa”. Comercializar o produto de um crime é natural, conforme o próprio autor aponta, e haveria uma punição do pós-fato com risco de *bis in idem*. O mesmo quando houver a transmissão gratuita a terceiros.

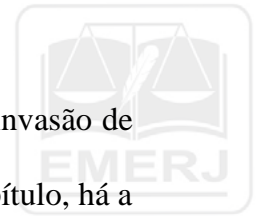
Aqui o legislador exagera no seu viés punitivo. A partir do momento que o agente invadiu o dispositivo informático, obteve conteúdo de comunicações privadas, segredos informações sigilosas, o crime se consumou. O fato de divulgar, comercializar ou transmitir a terceiros esses dados e informações deveria ser considerado pós-fato impunível.

Entretanto, Cleber Masson⁴¹ discorda, entendendo que o exaurimento da conduta justifica o aumento de pena previsto. Data vênia, o exaurimento do crime não deve ser punido mais gravemente, questão normalmente aplicada a diversos outros crimes, como no caso de furto, em que posterior comercialização do produto não traz nenhuma consequência.

39 BITENCOURT, op. cit., p. 684.

40 BITENCOURT, op. cit. p. 687.

41 MASSON, op. cit., p. 318.



Apesar das críticas, acerta o legislador quando traz a previsão do crime de invasão de dispositivo informático como crime autônomo. Conforme será visto no próximo capítulo, há a necessidade de prever tal crime, diante das questões atuais e aumento de invasão e vulnerabilidade dos dispositivos.

3. DEBATE SOBRE A NECESSIDADE DE NOVAS PREVISÕES LEGAIS

Conforme visto, o tipo penal do art. 154-A, CP apresenta certas falhas. Além disso, deve ser analisado que o art. 154-A, CP é apenas um tipo penal específico para os crimes virtuais, no caso o crime virtual próprio, mas que por si só não exaure a possibilidade normativa.

A *internet* não é mais dispensável pela sociedade. Não há como voltar atrás em um mundo sem o uso cotidiano e globalizado da rede. Nessa linha, o doutrinador Rogério Greco cita os ensinamentos de Cinta Castillo Jimenez⁴²:

A internet pressupõe um sonho para seus usuários e um pesadelo para os práticos do direito. (...) todo conjunto de atividades sociais precisa de uma regulamentação. As legislações nacionais avançam com muito atraso no que diz respeito as novas tecnologias. Isso faz com que sejam dificultosas as respostas legais a numerosos litígios que podem suscitar as operações na *internet*.

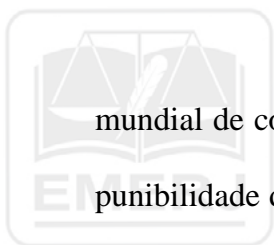
O meio virtual cria novos delitos, mas também incrementa outros. Segundo Lucrecio Delgado⁴³, há nos crimes informáticos “celeridade e distância no tempo e no espaço”, não é necessária a presença física nem temporal, a ação pode ser preparada, temos “a facilidade de encobrimento”, pois é muito simples se encobrir os fatos, e a “dificuldade probatória”, já que é fácil fazer desaparecer de forma fraudulenta as atividades após sua realização.

Adenele Garcia Carneiro⁴⁴ aponta diversos crimes cometidos por meio da rede

42 JIMENEZ, apud GRECO, op. cit., p. 469.

43 DELGADO, apud GRECO, op. cit., p. 470.

44 CARNEIRO, Adenele Garcia. Crimes Virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abril 2012. Disponível em: Disponível em: <<http://www.ambito->



mundial de computadores, previstos no Código Penal, mas quando cometidos pela *internet*, a punibilidade de tais crimes resta prejudicada pela identificação dos agentes que o cometeram, “uma vez que a produção de provas que evidenciem a configuração do crime e a adequação dessa modalidade de crime praticado em âmbito virtual com os crimes em espécie já previstos em lei é precária”.

O crime de furto vem previsto no art. 155, CP, e o tipo penal prevê “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. Por se tratar de espécie de crime patrimonial, a doutrina majoritária entende que deve haver “lesão a interesse economicamente apreciável”⁴⁵.

Nesse sentido é a subtração de cartões de crédito. Não possuindo valor econômico sozinho – seria insignificante seu valor intrínseco – tampouco valor moral, o furto de cartão de crédito é fato atípico. Guilherme de Souza Nucci⁴⁶ aponta que será caso de crime de bagatela, e que a administradora ou banco repõe o cartão ao cliente sem nenhum custo, em regra, diferentemente do que ocorre nos casos de talões de cheque⁴⁷.

Sabe-se que com o furto de um cartão de crédito diversas fraudes podem ser praticadas, principalmente por meio da rede mundial de computadores, e isso pode levar à uma perda patrimonial imensa à vítima e também à administradora do cartão de crédito. Guilherme de Souza Nucci⁴⁸ entende que nesse caso o estelionato restará configurado.

Seguindo nessa linha, há os crimes de estelionato e de furto mediante fraude praticados por meio virtual, seja por cartões furtados/roubados ou clonados, ou por meio de captação ilegal de senhas. Apesar de o tipo penal não ser específico e estar previsto no Código Penal, aqui também visualiza-se uma maior vulnerabilidade das vítimas.

As compras pela *internet*, as transações eletrônicas dos bancos vieram para facilitar a

juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17>. Acesso em: 16 set. 2015.

45 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*, Volume 3. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

46 NUCCI, op. cit., p. 827.

47 No mesmo sentido, MASSON, op. cit., p. 340-341.

48 NUCCI, op. cit., p. 827.



vida de todos, mas também trazem diversos problemas quando o sistema tem uma dificuldade muito maior de saber quem está do outro lado do dispositivo. Com o uso de senhas e cartões de outrem, a verificação se torna falha. O agente se passa pelo titular da conta, pelo titular do cartão, e há uma dificuldade muito grande de se provar o crime descobrir seu autor.

Nesse sentido, Fernando Capez⁴⁹ aponta que a *internet* tornou-se um meio muito comum de furto de valores de instituições financeiras. O crime é consumado, segundo o autor, no momento em que os valores são transferidos para a conta do agente, e o furto, nesse caso, é sempre qualificado, pois mediante fraude.

Desse modo, quando um agente se utiliza de dados e informações de outrem, como cartões de banco e/ou de crédito, e pratica estelionatos, furtos mediante fraude, por meio da *internet*, também comete crime mais grave por conta da vulnerabilidade da vítima. Sabe-se que os crimes não são novos nesses casos, apenas as formas de os praticá-los. No entanto, não há, a princípio, a necessidade de prever novos tipos, mas sim de buscar uma resposta eficaz com a legislação atual, inclusive com a responsabilização civil e pagamento de indenização pelos agentes.

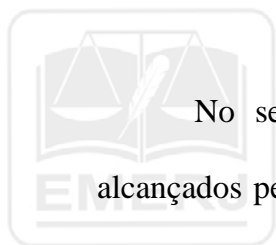
Ainda, há os crimes que são praticados por diversos meios, dentre eles, o meio cibernético. Diariamente ofensas são proferidas contra as pessoas em redes sociais, *blogs*, comentários em diversos *sites*, que caracterizam os crimes de calúnia, difamação e injúria. As pessoas que praticam tais crimes muitas vezes estão acobertadas por um véu de anonimato e as vítimas desses crimes estão cada vez mais expostas.

A respeito disso, Aline Gabriela Pescaroli Casado⁵⁰ fala do *cyber bullying*:

O núcleo central do *cyber bullying* está circunscrito à honra do indivíduo mas também pode atingir ainda outros bens tais como a paz de espírito, a tranquilidade espiritual como é o caso de crimes cometidos através de meios eletrônicos que esteja coadunada com o delito de ameaça, descrito no artigo 147 do Código Penal.

49 CAPEZ, op. cit, p. 352-353.

50 CASADO, Aline Gabriela Pescaroli. *Cyber bullying*: violência virtual e o enquadramento penal no Brasil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10882>. Acesso em 16 set 2015.



No seu entendimento, todos os crimes cibernéticos de *cyberbullyng* podem ser alcançados pela lei penal em vigor, recebendo a resposta firme do Estado-juiz. Esses crimes estão já expressamente previstos no Código Penal, artigos 138 a 140, e que se encaixam perfeitamente à descrição.

Ao comentar o crime de difamação, Cezar Roberto Bitencourt⁵¹ entende que a publicidade da difamação é mais desvaliosa do que a simples imputação, porque causa mais danosidade. Partindo desse entendimento, pode-se fazer uma correspondência à difamação praticada por meio da *internet*, que já leva a um dano muito maior às vítimas quando publicado em *sites*, redes sociais.

A solução, tanto para a difamação, quanto para os demais crimes virtuais impróprios – como o estelionato e furto mediante fraude – não passa por uma punição estatal maior no âmbito do direito penal. O direito civil prevê que a responsabilidade será conforme a extensão do dano⁵², portanto, o julgador poderá analisar a vulnerabilidade da vítima e a maior danosidade da conduta do agente na seara cível.

Por fim, deve-se analisar a previsão de novos crimes virtuais próprios. Em seu trabalho, Adenele Garcia Carneiro⁵³ defende que o *spam* – envio de *e-mails* indesejáveis – deve ser criminalizado por conta dos danos materiais e morais que causa, já que muitas vezes são propagandas indesejáveis ou pior, vírus. Atenta-se que a vítima de um *spam* tem invadida sua privacidade e autodeterminação, por receber *e-mails* os quais não consegue impedir.

Há projetos de lei que buscaram criminalizar o *spam*, como o PL 169/2007, mas que, no entanto, não foram aprovados. Apesar da ideia, o *spam* não parece ser uma questão que deva ser criminalizada. A sua danosidade pode ser resolvida em âmbito da responsabilidade civil, sem que se envolva o direito penal. A exceção ficaria no caso de o *spam* esconder um

51 BITENCOURT, op. cit., 2014, p. 581.

52 BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406/2002. Art. 944: A indenização mede-se pela extensão do dano. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

53 CARNEIRO, op. cit., p. 1.



código malicioso para que com isso houvesse a prática do crime do art. 154-A, CP, exorbitando a esfera do dano moral.

Atente-se que o direito penal deve obedecer ao princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, de modo que só atua quando os demais ramos do direito não forem capazes de dar a devida tutela aos bens jurídicos. Segundo Cezar Roberto Bitencourt⁵⁴, a criminalização de uma conduta é legítima quando meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico, se não, a criminalização é inadequada.

No entanto, segundo o autor⁵⁵, o legislador caminha no sentido contrário, com abuso da criminalização e penalização "em franca contradição com o princípio em exame, levando a descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força diante da "inflação legislativa" reinante nos ordenamentos positivos".

O projeto de novo Código prevê crimes cibernéticos mais específicos, como sabotagem informática e dano a dados informatizados⁵⁶, mas o legislador já previu diversos crimes no Código Penal e em leis especiais, como o apresentado neste trabalho. Portanto, a previsão de novos tipos legais para os crimes virtuais próprios e impróprios deve passar pela análise do princípio da intervenção mínima, buscando-se evitar um viés punitivista.

CONCLUSÃO

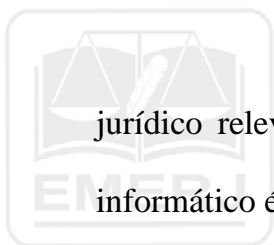
Os crimes virtuais próprios e impróprios são hoje um desafio ao legislador e operador do Direito. Não se pode negar que há uma maior vulnerabilidade da vítima quando os crimes são praticados mediante a *internet*, sejam crimes próprios ou impróprios.

A Lei n. 12.737 trouxe grandes benefícios à proteção do meio virtual, protegendo bem

54 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*, V. 1. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

55 *Ibid.*, p. 14.

56 O projeto do novo Código Penal pode ser visualizado no *site* do Senado Federal. PL 236/2012. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>> Acesso em 17 out 2015.



jurídico relevante que é a liberdade individual, a intimidade, a privacidade. O dispositivo informático é, finalmente, protegido diante de quem pretenda invadi-lo indevidamente.

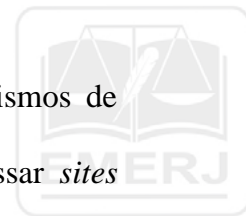
No entanto, o tipo penal apresenta diversas falhas em sua redação, conforme apresentado. Assim, deve-se pensar em rediscutir a previsão do crime de invasão do dispositivo informático e solucionar as questões apontadas, sem, contudo, extirpá-lo do ordenamento jurídico, já que representa grande avanço no combate às violações de *tablets*, computadores, celulares multifuncionais etc.

No tocante aos demais crimes cometidos pelo meio virtual, a previsão que já existe no Código Penal mostra-se suficiente para a punição de quem os comete. Os denominados crimes virtuais impróprios nada mais são do que crimes comuns que ganham mais espaço e destaque com a utilização de dispositivos informáticos e, mormente, a *internet*.

Ainda que haja uma vulnerabilidade da vítima maior, conforme destacado, não há necessidade de trazer nesses casos uma nova punição. Trata-se de efetivamente responsabilizar os agentes que cometeram tais crimes e ampliar os meios investigativos para viabilizar essa punição. Ademais, a responsabilidade civil é inerente à tais condutas, cabendo às outras esferas do direito também a sua parte, sob pena de se violar o princípio do direito penal como *ultima ratio*.

Toda a discussão aqui apresentada não impede que surjam novas questões a serem analisadas para a configuração ou não de novos tipos penais. No âmbito da informática sempre há algo novo, que vem a surpreender a todos, de modo que não está excluída a necessidade de se proteger bem jurídico de igual relevância futuramente, como foi feito diante do vácuo normativo que existia antes da lei debatida no presente trabalho. Apesar disso, diante das previsões normativas atuais, o Código Penal com os artigos 154-A, 154-B, tutela o que há de mais relevante em âmbito de crimes virtuais próprios.

Em termos preventivos, a sociedade deve se conscientizar que as pessoas físicas e



jurídicas devem se proteger ante ataques virtuais. As pessoas físicas com mecanismos de segurança, que, sabe-se, não são totalmente eficazes, mas ajudam, evitando acessar *sites* desconhecidos, clicar em *links* inseguros, e principalmente saber em quais *sites* há segurança para a compra *online*. As pessoas jurídicas necessitam de verdadeira segurança para a proteção dos dados dos consumidores, bloqueando o acesso por *firewall*, e diversos outros mecanismos.

As pessoas jurídicas também precisam ser mais transparentes quanto aos ataques que sofrem. Os crimes cibernéticos são subnotificados⁵⁷, pois não há obrigação legal na notificação. Há projeto de lei para que isso se torne obrigatório, mas independentemente de qualquer obrigação legal, trata-se de boa fé das empresas e questão de segurança no meio cibernético.

Com o crime de invasão de dispositivo informático, soluciona-se muitas questões antes não respondidas pelo direito penal. Assim, deve-se buscar a segurança nos meios virtuais, responsabilizando os autores dos crimes virtuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei 2848/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mar. de 2015.

_____. Código Civil. Lei n. 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 out. de 2015

_____. PLS 236/2012. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 17 out. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*, V. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁷ MATSUURA, Sérgio e JANSEN, Thiago. JORNAL O GLOBO, Caderno Sociedade, Rio de Janeiro: Editora O Globo. 17 ago 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/empresas-brasileiras-alvos-de-hackers-se-omitem-sobre-ataques-17203285>>. Acesso em: 17 out. 2015.



_____. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*, V. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNEIRO, Adeneele Garcia. *Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17>. Acesso em 11 mar 2015.

CASADO, Aline Gabriela Pescaroli. *Cyber bullying: violência virtual e o enquadramento penal no Brasil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10882>. Acesso em 16 set 2015.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

G1. Rio de Janeiro: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/10/stenio-garcia-e-mulher-registram-queixa-por-fotos-intimas-divulgadas.html>>. Acesso em: 17 out. 2015

MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado: parte especial*. V. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MATSUURA, Sérgio e JANSEN, Thiago. JORNAL O GLOBO, Caderno Sociedade, Rio de Janeiro: Editora O Globo. 17 ago 2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/empresas-brasileiras-alvos-de-hackers-se-omitem-sobre-ataques-17203285>>. Acesso em: 17 out. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Luis Regis. *Comentários ao Código Penal: jurisprudência: conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TECHTUDO: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2014/05/symantec-fabricante-do-norton-cre-que-antivirus-esta-morto-entenda.html>>. Acesso em: 2 de set. de 2015.



A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS: OBJEÇÕES E DESAFIOS

Karen Regina Silva de Oliveira

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

Resumo: A deficiente atuação do Poder Público na proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais, dentre outros fatores, tem gerado a intervenção cada vez mais crescente do Poder Judiciário nessa seara. Contudo, como a realização de tais direitos ocorre, principalmente, através de políticas públicas, a atuação dos magistrados tem sido muito questionada, de forma que são muitas as dificuldades enfrentadas na proteção desses direitos. O objetivo desse trabalho é analisar algumas das principais críticas a essa intervenção, bem como uma vez constatada a sua importância, abordar os desafios enfrentados pelos magistrados em tal âmbito.

Palavras-chave:

Direitos sociais, econômicos, e culturais. Tutela judicial. Objeções. Desafios.

Sumário: Introdução. 1. Os direitos sociais, econômicos, e culturais. 2. Críticas à tutela judicial dos direitos sociais, econômicos e culturais. 3. Os desafios na proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a proteção judicial dos direitos sociais, econômicos, e culturais. Tais direitos são enunciados em diversas Constituições pelo mundo afora, bem como em instrumentos jurídicos internacionais. Contudo, embora positivados, apenas recentemente passou-se a considerar a possibilidade de exigi-los na esfera judicial.

Uma das principais razões para a justiciabilidade de tais direitos é a deficiente atuação do Poder Público, que se revela inerte na garantia de muitos direitos. Desse modo, é de extrema relevância analisar o tema, bem como alguns dos limites e desafios a superar, a exemplo da capacidade técnica do Poder Judiciário e a escassez de recursos públicos.



O Brasil, em especial, é um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção desses direitos¹, o que se constata diante do grande aumento no número de demandas com tal objeto. Ademais, é possível afirmar que esse fenômeno se revela cada vez mais acentuado nos países pobres e menos desenvolvidos, nos quais a população encontra no Poder Judiciário uma saída para a garantia de seus direitos mais básicos.

Diante dos altos índices de desigualdade, a proteção judicial dos direitos sociais, econômicos e culturais visa garantir igualdade material, melhores condições de vida, e assegurar o bem estar da população. Isto é, a tutela judicial tornou-se um meio essencial para a concretização de tais direitos. Todavia, o seu enfrentamento pelo Poder Judiciário ainda é uma questão muito controversa, diante das inúmeras críticas que se apresentam e também dos desafios a serem superados para a sua efetiva tutela.

Inicia-se o primeiro capítulo com uma análise conceitual dos direitos sociais, econômicos e culturais, destacando algumas de suas características, e também um pouco de sua trajetória histórica até os dias atuais.

Em um segundo capítulo, segue-se ponderando a respeito das principais críticas existentes à justiciabilidade desses direitos, com o intuito de demonstrar que elas podem ser superadas, de modo que o Poder Judiciário seja considerado uma alternativa legítima para a sua proteção.

Por fim, uma vez constatada a necessidade de atuação do Judiciário, o terceiro capítulo destina-se a analisar quais são os principais desafios e limitações enfrentados pelo Poder Judiciário nessa tarefa.

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

¹ SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 05 mar 2015. p. 1.



1. OS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS

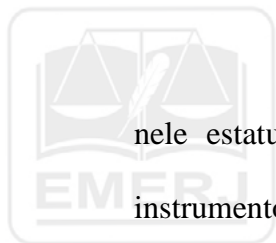
Os direitos sociais, econômicos e culturais encontram-se inseridos na categoria dos direitos humanos, podendo, portanto, ser classificados como direitos inerentes a toda e qualquer pessoa. Mormente após as inúmeras barbáries praticadas durante a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos assumem um papel muito relevante no cenário internacional: era preciso positivar certas garantias com o objetivo de que tais horrores não voltassem a se repetir, ou fossem, ao menos, desestimulados.

É nesse contexto, que surge, no ano de 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos, que passa a enunciar inúmeros direitos intrínsecos à pessoa humana. Embora não tivesse caráter cogente, haja vista que se tratava apenas de uma enunciação de direitos, até hoje, essa declaração é tida como um importantíssimo divisor de águas no tema da proteção dos direitos humanos, já que se estatua com ela um importante limite ético de atuação para os Estados.²

A essa Declaração, seguiram-se inúmeros outros instrumentos, no âmbito internacional, dentro dos quais merece destaque o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

A despeito das diferenças entre os dois Pactos, dentre as quais cabe ressaltar aqui a que consiste no fato de que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966) não possui um Protocolo Facultativo, o que o dota de um menor grau de coercibilidade, tendo em vista que o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos permite que sejam realizadas denúncias de violações dos direitos

² CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinicius. *Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade*. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/261>. Acesso em: 20 ago 2015. p. 71.



nele estatuídos, o que é essencial destacar, é que, pela primeira vez na história, um instrumento internacional disciplinava, especificamente, os direitos sociais, econômicos e culturais, sendo, portanto, um efetivo marco.

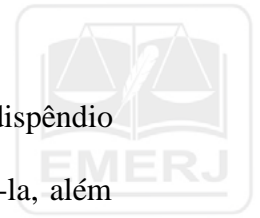
A partir da previsão internacional, seguiu-se um aumento no número de países que passavam a reconhecer tais direitos no âmbito interno, tendo muitos, rapidamente, previsto em suas Constituições. No entanto, fato é que ainda hoje os direitos sociais, econômicos e culturais encontram reais e inúmeros obstáculos em sua proteção e efetivação.

É justamente a ausência de garantia, ou ainda uma garantia deficiente desses direitos, que tem levado o Poder Judiciário de vários países do mundo a adentrar em uma seara que, tradicionalmente, é afeita aos Poderes Executivo e Legislativo. Em verdade, a tutela judicial de tais direitos parece ser uma verdadeira tendência mundial, sendo o Brasil um dos países que mais se destaca em tal aspecto. Todavia, ainda permanecem inúmeras objeções a essa proteção realizada no âmbito dos Tribunais.

2. CRÍTICAS À TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS

A primeira crítica que merece destaque tem relação com a natureza dos direitos sociais, econômicos e culturais³. Tendo em vista que a implementação desses direitos está, na maior parte das vezes, relacionada ao desenvolvimento e efetivação de políticas públicas estatuídas no âmbito do Poder Legislativo e a serem implementadas no âmbito do Poder Executivo, têm-se questionado a justiciabilidade desses direitos.

³ ABRAMOVICH, Víctor. *Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: instrumentos e aliados*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a09v2n2.pdf>. Acesso em: 07 mar 2015. p. 189.



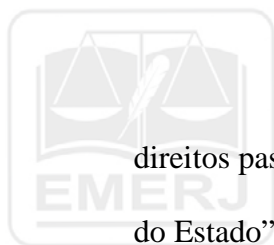
A oposição está centrada no fato de que tal tarefa demanda, obviamente, o dispêndio de recursos, e que o Poder Judiciário não seria tecnicamente preparado para realizá-la, além do fato de que o Poder Judiciário não apresenta tal função típica.

Dentro de uma classificação feita pela doutrina⁴, em que os direitos humanos são divididos em gerações, ou ainda em dimensões de direitos, os direitos em questão estariam enquadrados na segunda geração, em contraposição à primeira geração, de direitos civis e políticos. De acordo com essa distinção, a primeira geração de direitos se caracterizaria por demandar abstenções por parte do Estado, como por exemplo a de não interferir na liberdade de ir e vir de seus cidadãos, enquanto a segunda geração de direitos teria como nota marcante, a necessidade de atuação positiva do Estado para garantir o bem estar social.

Ocorre que, tal objeção baseia-se em uma distinção notadamente teórica. Por um lado, é certo que os direitos sociais, econômicos e culturais se destacam por demandar do Estado obrigações positivas, a serem realizadas a partir de recursos do erário público, como por exemplo, o fornecimento do serviço público de saúde. No entanto, por outro lado, não se pode olvidar que tal característica também se encontra presente no que diz respeito aos direitos civis e políticos.

Destaque-se ainda que, há certos direitos civis e políticos que parecem, por sua natureza, requerer do Estado mais obrigações negativas do que positivas – a exemplo da garantia de certas liberdades como a de ir e vir e a liberdade de imprensa –, mas que demandam “intensa atividade estatal para evitar que agentes do próprio Estado, ou particulares, interfiram nessa liberdade, de tal modo que a contrapartida pelo exercício desses

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang apud ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte. *Tutela individual e coletiva dos direitos sociais: breves notas sobre as relações entre direito material e processo*. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06075_06109.pdf. Acesso em: 21 ago 2015. p. 6085.



direitos passa a ser o cumprimento de funções de polícia, segurança, defesa e justiça, por parte do Estado”.⁵

Isto é, a proteção dos direitos civis e políticos também envolve gastos, e demanda a realização de uma série de obrigações positivas, sendo que, em relação à sua proteção judicial nenhuma objeção é levantada. Pelo contrário, sua tutela judicial é mais do que consagrada.⁶

Da mesma maneira, também se pode identificar no âmbito de implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais uma série de obrigações negativas a serem observadas⁷, de modo que não faz sentido obstaculizar a proteção judicial desses direitos apenas com base em tal distinção teórica. A este fato, acrescente-se ainda o fenômeno da socialização dos institutos jurídicos de Direito Privado que imbuiu de inegável aspecto social muitos direitos civis e políticos, a exemplo do direito de propriedade, e do direito do consumidor, no que tange à liberdade de contratar⁸, fazendo com que surgissem, necessariamente, uma série de obrigações estatais positivas a serem observadas no que tange a esses direitos.

Outra objeção à plena justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais, e que, em certa medida encontra-se ligada com a primeira, é a de que tais direitos estariam consagrados em normas programáticas, que instituiriam apenas um guia de conduta para o aplicador do direito, mas que não seriam dotadas de aplicabilidade imediata.

Em verdade, o real problema está na vagueza e abertura da maioria das normas que enunciam direitos dessa natureza⁹. Isso porque sejam essas normas estatuídas na Constituição de um país, sejam elas normas infraconstitucionais, se forem bem delimitadas, no sentido definir o âmbito da tutela jurisdicional a ser entregue pelo Judiciário – como é o caso de

⁵ ABRAMOVICH, op. cit. p. 189.

⁶ SARMENTO. op. cit. p. 1.

⁷ ABRAMOVICH. op. cit. p. 191.

⁸ Ibid. p. 192.

⁹ SARMENTO. op. cit. p. 13.



normas que enunciam as especificidades de benefícios previdenciários, por exemplo –, não parece existir qualquer impedimento ao seu controle judicial, sob esse aspecto.

Contudo, considerando que a maioria das normas que consagram direitos sociais, econômicos e culturais, possuem natureza principiológica, excluídos os países nos quais é vedada a tutela judicial desses direitos, fato é que tal argumento, hoje, encontra-se vencido, de modo que foi deixado de lado esse suposto entrave formal, para levar mais em consideração aspectos substantivos relacionados à própria essencialidade desses direitos, como verdadeiros direitos fundamentais que são¹⁰.

No Brasil, o reconhecimento da possibilidade de proteção judicial dos direitos sociais, econômicos e culturais, veio apenas após a Constituição Federal de 1988, e após o reconhecimento de que a Constituição seria verdadeira norma jurídica,¹¹ Entretanto, em outros países essa importante via de proteção já vinha se desenvolvendo, o que demonstra que essa segunda objeção realmente pode ser superada.

Outra crítica frequentemente apresentada em relação ao controle judicial dos direitos sociais, econômicos e culturais é de que ele seria antidemocrático¹², haja vista que seria realizado por um poder que não é eleito pelo voto popular. Nesse raciocínio, os membros do Poder Judiciário não possuiriam legitimidade para se substituir aos Poderes Legislativo e Executivo na tarefa de proteger e promover esses direitos.

Primeiramente, cabe enfatizar, nesse ponto, que as circunstâncias que levaram a uma maior atuação do Judiciário nessa seara estão diretamente relacionadas a uma crise das instituições democráticas de representação¹³, que resultaram em uma maior busca e

¹⁰ SARMENTO. op. cit. p. 13.

¹¹ BARROSO, apud SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 05 mar 2015. p. 12.

¹² SARMENTO. op. cit. p. 6.

¹³ ABRAMOVICH. op. cit. p. 204.



confiabilidade no Poder Judiciário para solucionar questões que deveriam ser dirimidas pelos demais Poderes.

Com base nessa dessa premissa, a pergunta, então, deve ser se, nesse cenário, e diante da atuação deficiente dos demais Poderes, seria legítimo conferir aos magistrados tal tarefa, e não apenas se, na teoria, é possível ao Poder Judiciário atuar em demandas dessa espécie¹⁴. É importante levar em consideração o contexto em que vivemos, sob pena de colocar em risco a efetiva proteção de direitos que são muito caros à população.

Ademais, partindo da ideia de que “a democracia pressupõe também a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos, de molde a permitir que cada um forme livremente as suas opiniões e participe dos diálogos políticos travados na esfera pública”¹⁵ quando o Poder Judiciário atua com o intuito de proteger direitos básicos, no que devem ser incluídos os direitos sociais, econômicos e culturais, está claramente garantindo a supremacia e os interesses do povo. Nesse sentido, é possível afirmar que, na conjuntura atual, a necessidade de se outorgar proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais confere uma maior legitimação para que o Judiciário atue nesse âmbito.

Finalmente, é preciso destacar que essa justificativa atua, inclusive, para afastar uma outra objeção comumente feita a essa atuação: a alegação do doutrina da separação de poderes como impedimento ao controle judicial desses direitos¹⁶.

De fato, a missão do Poder Judiciário não consiste na formulação e implementação de políticas públicas destinadas à população, e por isso, em sua intervenção, os magistrados jamais devem perder de vista tal modelo¹⁷. Contudo, defender que a separação de poderes impede o Judiciário de atuar na garantia desses direitos, sobretudo no caso de proteção de

¹⁴ Ibid. p. 205.

¹⁵ SARMENTO. op. cit. p. 9.

¹⁶ LANGFORD, Malcolm. *Judicialização dos direitos econômicos, sociais, e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica*. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/11/1000112-judicializacao-dos-direitos-economicos-sociais-e-culturais-no-ambito-nacional-uma-analise-socio-juridica>. Acesso em: 19 ago 2015. p. 107.

¹⁷ SARMENTO. op. cit. p. 30.



direitos das minorias e dos mais necessitados, é uma afirmação que vai contra o próprio funcionamento da democracia, já que nela se pressupõe a garantia dos direitos de todos. No caso de tutela dos direitos das minorias, a atuação do Poder Judiciário está inserida no âmbito do que a teoria constitucional chama de função contramajoritária¹⁸, e, atualmente, tem se revelado extremamente necessária diante das omissões dos demais Poderes.

Ademais, se os Tribunais se ativerem à aplicar o direito vigente, estarão apenas exercendo sua função típica, ainda que isso implique em um papel criativo¹⁹. Nas palavras de Luís Roberto Barroso²⁰:

A despeito de algum grau de subversão ao princípio da separação de Poderes, trata-se de uma inevitabilidade, a ser debitada à complexidade e ao pluralismo da vida contemporânea. (...) Evidentemente, como é próprio, não se trata do exercício de voluntarismo judicial, mas, sim, de extrair do sistema constitucional e legal a melhor solução.

Por tal razão, forçoso é reconhecer que o princípio da separação de poderes no campo da proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais não é um impedimento, mas sim um importante limite a ser observado na atuação do magistrado.

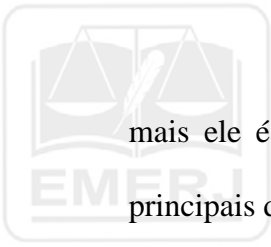
3. OS DESAFIOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS

Ultrapassadas as objeções mais comuns feitas à sindicabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais, reconhecido que, na conjuntura atual, principalmente de países mais pobres é impossível manter o Judiciário alheio a tais demandas, e, constatado que cada vez

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 21 nov 2015. p. 15.

¹⁹ SARMENTO. op. cit. p. 13.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: [ww.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf). Acesso em: 19 set 2015. p. 17.



mais ele é acionado para a resolução de conflitos dessa ordem ²¹, é preciso adentrar nos principais desafios enfrentados pelos juízes na proteção desses direitos.

A primeira dificuldade que se apresenta é relacionada ao que se cunhou chamar de “reserva do possível”²², ideia consagrada no âmbito da Corte Constitucional da Alemanha, e, hoje, amplamente difundida no Brasil. Embora não exista um consenso em relação ao seu significado, é possível afirmar, a partir dela, que o Estado, em matéria de implementação de políticas públicas e de realização direitos sociais, econômicos e culturais, está sempre limitado ao orçamento público.

De fato, a disponibilidade de recursos públicos é uma importante referência a ser considerada, pois coloca em jogo a própria capacidade do Estado de obedecer a ordem judicial exarada. Além disso, haja vista que as decisões judiciais nesse âmbito são verdadeiras alocações de recursos²³, não raro, uma decisão que entregue a tutela jurisdicional com vistas a proteger um direito social, por exemplo, estará também, ao mesmo tempo, comprometendo a garantia de outros direitos fundamentais. Ou seja, muitas vezes, os magistrados se veem obrigados a escolher entre duas pretensões igualmente legítimas. Essa é uma das principais dificuldades atinentes à tutela dos direitos em questão.

Desse modo, a limitação imposta pelo orçamento público, bem como pelas prioridades estabelecidas pelas autoridades políticas em relação a ele, deve ser um importante parâmetro a ser considerado pelos magistrado, mas jamais um óbice à intervenção do Judiciário neste campo. Nessa linha, segundo Cunha e Scarpi ²⁴:

Se a reserva do possível é incontestável como dado de realidade, ela não pode servir como justificativa para que se mantenha a própria realidade. A promessa constitucional de garantia dos direitos fundamentais exige de modo claro e objetivo ações econômicas, políticas, administrativas e jurídicas de mudança da realidade para a realização daqueles direitos. Essa exigência se impõe a todos, mas principalmente ao Estado como condutor e indutor da ordem social. Logo, não pode o Estado esconder-se atrás da realidade que deve enfrentar, sob pena de sumária inconstitucionalidade e

²¹ LANGFORD. op. cit. p. 102..

²² SARMENTO. op. cit. p. 10.

²³ Ibid. p. 30.

²⁴ CUNHA; SCARPI. op. cit. p. 83.



perda de legitimidade.

Adicione-se a isso que a alegação de escassez de recursos orçamentários é matéria de prova, cujo ônus deve recair sobre o Estado²⁵, porquanto se é ele que se encontra em poder de dados relativos ao orçamento – tais como estatísticas e relatórios técnicos –, e também em poder de outros documentos essenciais para compreender esse orçamento²⁶, é ele que possui melhores condições de produzir as provas necessárias ao deslinde da demanda.

Nesse raciocínio, cabe ao juiz, com base nos elementos de prova carreados aos autos, analisar a razoabilidade da concessão da pretensão autoral, e verificar, em contraposição, os recursos existentes²⁷, ou, ainda, que destinação tem sido dada a esses recursos, já que é essencial exigir uma justificação do porquê certas medidas foram adotadas, ou do porquê certas prioridades têm sido escolhidas, em detrimento da escolha por proteger aqueles direitos que se busca em juízo²⁸.

Tarefa extremamente complexa, o que faz com que um processo bem instruído seja indispensável. Essa necessidade, porém, traz consigo outra dificuldade, que também se revela fora do âmbito dos processos judiciais: o acesso a informações governamentais. Sejam elas pertinentes ao próprio orçamento, à políticas governamentais²⁹, ou, até mesmo, dados estatísticos, fato é que ainda falta muita transparência nesse campo, e isso acaba sendo um grande entrave para a tutela de uma série de direitos, já que se impede um real monitoramento dos gastos públicos. Como se já não bastasse o óbice no acesso aos dados do orçamento, há também dificuldade na própria compreensão do seu conteúdo, o que prejudica ainda mais esse controle.

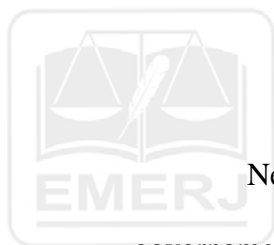
²⁵ SARMENTO. op. cit. p. 23.

²⁶ BLYBERG, Ann. *O caso da alocação indevida: direitos econômicos e sociais e orçamento público*. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/11/1000115-o-caso-da-alocacao-indevida-direitos-economicos-e-sociais-e-orcamento-publico>. Acesso em 19 ago 2015. p. 147.

²⁷ SARMENTO. op. cit. p. 22.

²⁸ CUNHA; SCARPI. op. cit. p. 83.

²⁹ BLYBERG. op. cit. p. 147.



Nesse contexto, tem sido de extrema relevância o trabalho de organizações não governamentais, em especial de direitos humanos,³⁰ no sentido de tornar o orçamento mais acessível e compreensível pela sociedade civil. Afinal o acesso a tais dados em poder do Poder Público não possui apenas a finalidade de instruir processos em que os direitos sociais, econômicos e culturais são questionados, mas colaboram, sobretudo, para uma efetiva prestação de contas por parte do governo.

Por fim, além da dificuldade acima mencionada, é inegável também, o fato de que o Poder Judiciário não é tecnicamente preparado para valorar ou realizar escolhas no âmbito da implementação de políticas públicas. Tal tarefa demanda uma série de conhecimentos que não estão presentes na formação dos magistrados, enquanto que, os Poderes Legislativo e Executivo possuem profissionais especificamente capacitados para tanto.³¹ É também por essa razão que, quanto maior for o número de informações de que o magistrado dispuser para formar o seu convencimento, maiores são as chances de se proteger adequadamente em juízo os direitos em jogo.

Apesar disso, ainda que se conte com um processo judicial muito bem instruído, outro desafio citado pela doutrina³², é justamente o de que o processo judicial, diante de seu limitado marco cognitivo, não é o meio mais adequado para a tutela judicial dos direitos sociais, econômicos e culturais. O processo judicial, “ [...] com seus prazos e formalidades, está longe de ser o ambiente mais propício para a análise de políticas públicas, por não proporcionar pleno acesso a miríade de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controvertidos”³³.

Tal fato, porém, não pode ser uma desculpa para impedir a judicialização dos direitos sociais, econômicos e culturais. Além da já citada ampliação no acesso a informações

³⁰ BLYBERG. op. cit. p. 146.

³¹ SARMENTO. op. cit. p. 31.

³² ABRAMOVICH, op. cit. p. 199.

³³ SARMENTO. op. cit. p. 33.



governamentais, instrumentos como as *class actions* do direito norte americano, as ações coletivas no direito brasileiro, e mecanismos como o *amicus curiae*, as audiências públicas, e o orçamento participativo³⁴, são exemplos de que sempre podem ser criados novos instrumentos, tanto de proteção desses direitos³⁵, quanto para auxiliar o juiz em seu processo de tomada de decisão.

CONCLUSÃO

A proteção judicial dos direitos sociais, econômicos e culturais, de modo destacado nos países com os maiores índices de desigualdade, e onde a atuação do governo na garantia de direitos se faz deficiente, ainda é um tema questionado recorrentemente.

Como apresentado, tal questionamento decorre, dentre outras razões, do fato de que a realização desses direitos se dá, principalmente, através de formulação e realização de políticas públicas, missão a que o Poder Judiciário não estaria destinado.

De fato, o Poder Judiciário pode não ser o mais indicado para atuar em tais questões; no entanto, diante do contexto atual, mantê-lo afastado, e adotar uma posição conservadora, que encare como verdadeiros limites as dificuldades aqui expostas, muitas das quais apresentam um caráter notadamente formalista, seria colocar em risco a proteção de direitos muito caros à população, sobretudo no caso das minorias e dos mais necessitados.

Na atual conjuntura de diversos países, então, é mais do que preciso que o Judiciário atue. Até mesmo porque também ocorre a via inversa: o acionamento cada vez maior do Judiciário para dirimir questões relacionadas aos direitos sociais, econômicos e culturais pode gerar um maior envolvimento e conscientização da população a respeito do tema, e até mesmo ser capaz de influenciar positivamente a atuação dos demais Poderes.

³⁴ BLYBERG. op. cit. p. 139.

³⁵ ABRAMOVICH, op. cit. p. 200.



Ademais, ao ser acionado sobre tais questões, o Judiciário pode exercer um importante papel fiscalizatório a respeito da destinação que tem sido dada aos recursos públicos, tendo em vista que seria essencial, ao menos em tese, que em tais processos o Poder Público justificasse porque optou por determinada prioridade – a exemplo da construção de um estádio de futebol – , em detrimento da proteção daqueles direitos que se busca em juízo.

Sem dúvida, ainda existem inúmeros desafios a serem enfrentados, porém, diante da deficiente atuação dos demais Poderes, também é possível afirmar que a tutela judicial surge como uma possibilidade mais do que legítima.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. *Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: instrumentos e aliados*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a09v2n2.pdf>. Acesso em: 07 mar 2015.

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte. *Tutela individual e coletiva dos direitos sociais: breves notas sobre as relações entre direito material e processo*. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06075_06109.pdf. Acesso em: 21 ago 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 21 nov 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf. Acesso em: 19 set 2015.

BARROSO, apud SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protacao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 05 mar 2015.

BLYBERG, Ann. *O caso da alocação indevida: direitos econômicos e sociais e orçamento público*. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/11/1000115-o-caso-da->



alocacao-indevida-direitos-economicos-e-sociais-e-orcamento-publico. Acesso em 19 ago 2015.

CUNHA, José Ricardo Ferreira, SCARPI, Vinicius. *Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade*. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/261>. Acesso em: 20 ago 2015.

LANGFORD, Malcolm. *Judicialização dos direitos econômicos, sociais, e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica*. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/11/1000112-judicializacao-dos-direitos-economicos-sociais-e-culturais-no-ambito-nacional-uma-analise-socio-juridica>. Acesso em: 19 ago 2015.

NAHID, Maria Laura Timponi. *Efetivação judicial dos direitos sociais*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11883. Acesso em 06 mar 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang apud ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte. *Tutela individual e coletiva dos direitos sociais: breves notas sobre as relações entre direito material e processo*. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06075_06109.pdf. Acesso em: 21 ago 2015.

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 05 mar 2015



APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, PREVISTA NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, COMO MEIO PARA EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Karina Correa Bargiona

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contempla no rol de direitos fundamentais, a liberdade. Igualmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê como direito humano de todo indivíduo, a sua liberdade. As mudanças na estrutura da sociedade e no ordenamento jurídico pátrio devem se adaptar às novas realidades apresentadas dentro do sistema carcerário brasileiro. É perceptível a superlotação do sistema carcerário brasileiro, seu aumento ao longo dos anos e a necessidade de uma solução constante e em respeito ao ordenamento jurídico pátrio, assegurando ao indivíduo a proteção de seus direitos fundamentais e principalmente a proteção e prevenção contra a tortura. A essência do trabalho é abordar a aplicação da audiência de custódia, inserida na Convenção Americana de Direitos Humanos, e, conseqüentemente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, buscando a efetivação do princípio fundamental da não tortura, prevenindo, portanto a prisão desnecessária.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Audiência de Custódia. ADI 5240. PL 554. ADPF 347. Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Tortura.

Sumário: Introdução. 1. Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Prevenção da Tortura. 2. Audiência de Custódia e a ADI 5240. 3. Correlação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Audiência de Custódia e a Efetivação da Proteção De Direitos Fundamentais. Conclusão. Referências.



INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata da aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente a aplicação da audiência de custódia nele prevista, como meio para efetivar o direito fundamental da não tortura, bem como para efetivar o direito à prevenção de prisão desnecessária.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a possibilitar a discussão da necessidade da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro e na atualidade carcerária brasileira, apresentando também, o modelo implementado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o direito fundamental de ninguém ser torturado, bem como não ser mantido preso, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, a atual panorama carcerário brasileiro é exatamente o oposto, sendo imperiosa a necessidade da implementação da audiência de custódia no Código de Processo Penal, de forma que deva ser observada por todos os magistrados.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, porém merece análise cuidadosa, uma vez que trata-se de um direito fundamental previsto na CRFB/88 e em um tratado internacional sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua repercussão na prevenção da tortura, sob a perspectiva de dentro do ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando as alterações legislativas feitas neste sentido.

No segundo capítulo, segue-se ponderando acerca da audiência de custódia, prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como acerca da ADI nº 5240 e do Projeto de Lei nº 554 de 2011, em trâmite no Senado Federal, que pretende regulamentá-la,



demonstrando, também, a implementação da aludida audiência nos Tribunais de Justiça do país, inclusive o pioneirismo do Estado de São Paulo.

O terceiro e último capítulo, será destinado a analisar a correlação entre a observância da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da audiência de custódia como um meio efetivo para proteção de direitos fundamentais, abordando, inclusive, a ADPF nº 347, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”.

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



1. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E A PREVENÇÃO DA TORTURA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada como um grande avanço e como um marco histórico no reconhecimento de obrigações internacionais no que concerne aos direitos humanos.

Tal avanço se deve ao parágrafo 2º do artigo 5º da CRFB/88 que determina: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”¹

Dessa forma, o Estado Brasileiro reconhece que os direitos e garantias previstos em tratados internacionais dos quais seja signatário não de ser reconhecidos e jamais excluídos, de forma aqueles direitos e garantias previstos nos tratados internacionais somam-se aos já previstos na CRFB/88, possuindo, portanto, status de direito fundamental.

Ainda, na CRFB/88 em seu artigo 5º, incisos III, XLIII e XLVII, a tortura é considerada crime inafiançável, constituindo um direito fundamental do ser humano de não ser torturado, sendo ainda, proibidas penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimentos e cruéis.

Na ordem internacional, o Brasil ratificou a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Protocolo Facultativo), pelo Decreto nº 40 de 15 de fevereiro de 1991.²

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, teve seu nascedouro no Sistema Regional Interamericano de proteção

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

² BRASIL. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.



dos direitos humanos, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.³

Em seu artigo 5º, alínea 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos há disposição expressa da proibição da tortura: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos, ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”⁴

Por fim, o Brasil editou a Lei nº 9.455/1977⁵ que tipifica penalmente a tortura, estabelecendo sanções severas para aqueles que a praticarem.

No entanto, apesar da existência de várias normas internas editadas e internacionais ratificadas, o Brasil é, ainda hoje, destaque no que diz respeito a não prevenção da tortura, existindo lacunas entre as normas e a sua aplicação prática.

Assim, segundo o relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁶, realizada no ano de 2012, verificou-se que a legislação nacional é amplamente ignorada, sendo essa a razão pela qual ainda existe grande número de denúncias e casos de tortura no Brasil.

Ademais, foi verificado durante as entrevistas realizadas pelo Subcomitê⁷ que muitos detentos não haviam sido informados devidamente acerca de seus direitos no momento de sua prisão, direito este fundamental contra a prisão arbitrária e contra a tortura.

Igualmente, foi verificada a existência de pessoas detidas por longos períodos em delegacias, em casos em que já havia sentença, tendo sido recomendado pelo Subcomitê⁸ que

³ BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

⁴ BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

⁵ BRASIL. Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

⁶ BRASIL. Relatório Visita ao Brasil Subcomitê de Prevenção à Tortura. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.

⁷ Ibidem. p. 16.



o uso de delegacias para detenção de pessoas por período prolongado é inapropriado e sujeita o detento à superlotação em celas, e o conseqüente tratamento desumano.

Segundo o Subcomitê⁹, os juízes, que deveriam sempre permanecer vigilantes quanto a quaisquer sinais de torturas ou de maus-tratos, devendo corrigir tais situações, raramente faziam perguntas aos detentos acerca do tratamento recebido durante a fase de investigação.

Sendo assim, foi recomendado pelo Subcomitê que os juízes fossem obrigados por lei a consultar todos os detidos acerca do tratamento recebido ao longo da investigação, de modo que devem registrar por escrito qualquer alegação de tortura e determinar imediatamente a realização de exame médico forense.

O Subcomitê¹⁰ recomendou, ainda, que os juízes não aceitem confissões, mormente se houver motivo razoável para acreditar que tenha esta sido obtida por meio de tortura, devendo, neste caso, ser notificado imediatamente a Polícia e/ou o Ministério Público a fim de iniciar investigação acerca da tortura noticiada.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, editou em 01 de abril de 2014 a Recomendação nº 49¹¹, fundamentada em tratados internacionais no combate direto ou indireto à tortura, na qual foi recomendado aos Tribunais que observem as diretrizes e normas do Protocolo de Istambul da ONU¹² – conjunto de diretrizes internacionais para avaliação de pessoas que alegam tortura e maus-tratos –, de forma que comuniquem as conclusões ao poder judicial e a qualquer outro órgão de investigação.

Além disso, a recomendação do Conselho Nacional de Justiça direciona-se também aos magistrados que receberem notícias concretas ou fundadas da prática de tortura, a fim de

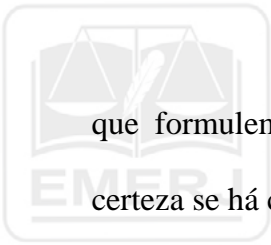
⁸ Ibidem. p. 17.

⁹ Ibidem. p. 9.

¹⁰ Ibidem. p. 10.

¹¹ BRASIL. Recomendação n. 49 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_49_01042014_03042014155230.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.

¹² ONU. Protocolo de Istambul. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/FP_8.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.



que formulem quesitos ao perito médico-legista ou a outro perito criminal para terem a certeza se há caracterização de tortura física, psíquica ou de execução sumária.

A recomendação do Conselho Nacional de Justiça teve como objetivo preencher a lacuna existente, conforme o Relatório do Subcomitê de 2012, consistente no desrespeito à legislação nacional e internacional existentes.

Portanto, verifica-se que existe legislação interna e internacional suficientes e adequadas para a prevenção da tortura no Brasil, sendo necessária a sua aplicação prática como forma de efetivar o direito fundamental, previsto na CRFB/88, que todo ser humano possui de não ser torturado.

Ademais, não ser torturado constitui um verdadeiro viés do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é valor supremo na ordem jurídica internacional, e deve orientar o constitucionalismo contemporâneo.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A ADI 5240

A audiência de custódia encontra-se prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 7º, alínea 5¹³, bem como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 9º, alínea 3¹⁴, sendo ambas as normas internacionais ratificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 1992.

Segundo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁵, a audiência de custódia se perfaz no momento da prisão, devendo o preso ser remetido de forma imediata à presença do juiz ou outra autoridade responsável, tendo est o direito a ser remetido a um julgamento em

¹³ BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, op. cit., nota n. 3.

¹⁴ BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 02 set. 2015.

¹⁵ BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, op. cit. 3.



um período razoável ou então posto em liberdade, sem prejuízo da continuação do processo, sendo necessário, em certos casos, o comparecimento em juízo.

Redação semelhante possui o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos¹⁶ acerca da audiência de custódia:

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Portanto, a denominada audiência de custódia pode ser definida como aquela em que o preso deve ser apresentado à presença do juiz, sem demora, sendo um direito fundamental do preso.

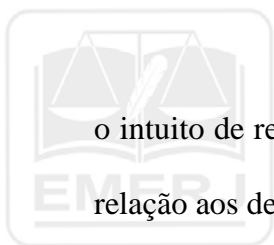
A Emenda Constitucional nº 45 de 2004¹⁷ acrescentou ao artigo 5º da CRFB o parágrafo 3º, determinando que os “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Contudo, os referidos tratados internacionais foram ratificados pelo Brasil em 1992, antes, portanto, da edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Assim, havia na doutrina e na jurisprudência a controvérsia acerca do status dos tratados internacionais que versassem sobre matéria relacionada a direitos humanos ratificados anteriormente à edição desta emenda.

De fato, os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, ainda que tratem sobre direito humanos, não podem ser comparados às normas constitucionais. Por outro lado, tal emenda à CRFB/88 teve

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, op. cit., nota n. 14.

¹⁷ BRASIL. Emenda Constitucional n. 54, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.



o intuito de ressaltar o caráter peculiar dos tratados internacionais sobre direitos humanos em relação aos demais tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal assentou o posicionamento de que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionada a direitos humanos possuem caráter infraconstitucional e supralegal. Destaca-se o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP¹⁸:

A premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade “A tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central” [CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 2003, p. 515].

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o Brasil vive um Estado Constitucional Cooperativo, que representa um Estado Constitucional que se disponibiliza como referência para outros Estados Constitucionais, no qual possui extrema importância o papel dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou em seu voto a premente necessidade de efetivar a proteção dos direitos humanos no plano interno e internacional objetivando que o Brasil adote uma postura mais adequada às realidades emergentes voltadas primordialmente à proteção do ser humano. Além de concluir que, a ratificação pelo Brasil de tratados internacionais sobre direitos humanos diante do seu caráter especial, culminou em

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466.343-1/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.



paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com aquela conflitante.

Sendo assim, a previsão da audiência de custódia em tratados internacionais sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil desde o ano de 1992, que possuem hierarquia supralegal, bem como através de uma interpretação teleológica de todo o ordenamento jurídico brasileiro – a CRFB/88 que consagra a regra e o direito fundamental de ninguém ser preso, exceto após o devido processo legal – verifica-se que a aludida audiência busca a máxima efetividade do direito fundamental de todos de não serem presos ilegalmente e desnecessariamente.

Neste viés de conferir máxima efetividade ao direito fundamental de todo cidadão de não ser arbitrariamente preso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento Conjunto nº 03¹⁹, na qual disciplinou o procedimento a ser seguido na condução da audiência de custódia.

Contra o Provimento Conjunto nº 03 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁰ pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil sob a alegação de violação aos artigos 5º, II e 22, I da CRFB/88.

Sustentou a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil que o referido Provimento Conjunto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possuía vício material, uma vez que ninguém seria obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão devido à lei, bem como padecia de vício formal, por ser da competência privativa da União para legislar sobre direito processual.

¹⁹ BRASIL. Provimento Conjunto n. 03 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5240&processo=5240>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5240/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 set. 2015.



Contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento em 20 de agosto de 2015, julgou improcedente o pedido da ação direta de inconstitucionalidade, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, que entendia que a ação deveria ser extinta e julgava procedente o mérito.

Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, através da relatoria do Ministro Luiz Fux, assentou o entendimento de que o aludido provimento editado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não trouxe qualquer inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, mas tão somente disciplinou o procedimento com as normas já vigentes, referindo-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos ratificados em 1992.

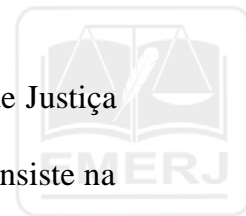
Dessa forma, o referido provimento teve como finalidade a aplicação da norma de direito fundamental sobre direitos humanos, posto que a despeito de não possuir aplicabilidade imediata, há a necessidade de regulamentação infraconstitucional.

Ressaltou o Ministro Luiz Fux que o referido provimento foi ato de autogestão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ainda, segundo o Ministro Luiz Fux, a audiência de custódia deveria ser denominada de ‘audiência de apresentação’, aludindo ao fato de que a pessoa detida deve ser imediatamente apresentada ao juiz, para que então seja decidida sobre a manutenção ou não da prisão.

Neste sentido, a regulamentação da audiência de custódia ou da audiência de apresentação, se revela um poder-dever do Poder Judiciário como forma de conferir aplicação imediata às normas de direitos fundamentais.

Tendo em vista a relevância que a audiência de custódia obteve face ao grande número de presos provisórios no Brasil, outros Estados da Federação estão implementando-a através do Projeto Audiência de Custódia²¹ do Conselho Nacional de Justiça.

²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tjssp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 02 set. 2015.



O Projeto Audiência de Custódia foi desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e com o Ministério da Justiça, e consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar dentro dos Tribunais de Justiça para que possam receber presos em flagrante, para uma primeira análise acerca do cabimento e da necessidade da manutenção da prisão ou da imposição de medidas alternativas à prisão, em até 24 (vinte e quatro) horas ser apresentado e entrevistado pelo Juiz, bem como ouvir o Ministério Público, a Defensoria Pública ou o advogado. O Juiz poderá, nesta oportunidade, avaliar a ocorrência de eventual tortura, maus-tratos ou outras irregularidades.

No Estado do Espírito Santo, após um mês de funcionamento do Projeto Audiência de Custódia, verificou-se que do total de 505 autos de prisão em flagrante, 317 pessoas foram liberadas após a audiência de custódia, ou seja, houve redução em 50,63%²² do número de presos provisórios.

Enquanto que nos Estados de São Paulo, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Paraná e Amazona, em que já implementadas as audiências de custódia, a redução do número de presos provisórios foi reduzida em cerca de 40% a 50%²³.

A audiência de custódia é também objeto do Projeto de Lei nº 554 de 2011²⁴ no Senado Federal, que visa a alterar a redação do parágrafo 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal²⁵ para dispor o seguinte:

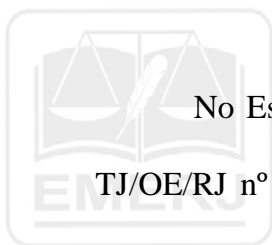
§1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79751-audiencias-de-custodia-no-es-reduzem-em-50-o-numero-de-presos-provisorios>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80086-audiencias-de-custodia-sao-implantadas-em-to-pelo-presidente-do-cnj>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²⁴ SENADO FERAL. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.



No Estado do Rio de Janeiro, a audiência de custódia é disciplinada pela Resolução TJ/OE/RJ nº 29 de 2015. Na resolução, não foi estabelecido prazo para a apresentação do preso, além de possibilitar a dispensa da aludida audiência em razão das condições pessoais do preso, sendo facultada a presença do membro do Ministério Público e do defensor do preso.

Merece destaque o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pela iniciativa em disciplinar a audiência de custódia. Contudo, verificam-se aspectos preocupantes na resolução.

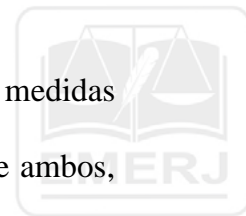
Um dos aspectos preocupantes é a ausência de previsão expressa de prazo para apresentação do preso. Ainda que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos disponha que o preso deva ser apresentado “sem demora” ao Juiz, fazendo-se uma comparação com outros Estados da federação que adotaram o prazo de 48 horas, percebe-se a possibilidade de discricionariedade do juiz para a manutenção cautelar do preso, em contradição com o ordenamento jurídico brasileiro, no qual vige o princípio de que ninguém será preso senão após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Outro aspecto preocupante consiste na previsão da possibilidade de dispensa da audiência de custódia. Gustavo Henrique Badaró²⁶ sustenta que a obrigatoriedade desta audiência reside na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de modo que as condições pessoais do preso podem justificar uma possível demora na realização desta, mas jamais dar ensejo a sua não realização.

Badaró²⁷ ainda se posiciona acerca da faculdade da presença do membro do Ministério Público e do defensor do preso, sustentando que a presença deste é fundamental para assegurar o respeito aos direitos do preso, como, por exemplo, o direito de permanecer calado,

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 16 set. 2015.

²⁷ *Ibidem*.



bem como a presença daquele é essencial, eis que não pode o Juiz de ofício decretar medidas cautelares na fase de investigação. Por fim, ressalta a obrigatoriedade da presença de ambos, membro do Ministério Público e do defensor do preso, previsto expressamente na CIDH.

No entanto, cumpre registrar alguns poucos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que determinaram a realização da audiência de custódia.

Contudo, o Projeto de Lei nº 554 de 2011 ainda encontra-se pendente de aprovação. Assim, não pode a pessoa presa em flagrante depender de norma futura para ter resguardado um direito fundamental já incorporado no ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 1992, que determina, expressamente, a apresentação pessoal do preso, sem demora, perante a autoridade judiciária.

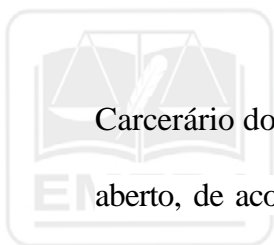
3. CORRELAÇÃO ENTRE A OBSERVÂNCIA DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça²⁸, o Brasil é o terceiro país com a maior população carcerária no mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos e China. O total de presos registrado pelo Conselho Nacional de Justiça em Maio de 2014 foi de aproximadamente 567 mil pessoas, desconsiderando aquelas cumprindo pena domiciliar, ou em regime aberto, ou semiaberto, ou não cumprindo pena por falta de vagas.

Dados do Conselho Nacional de Justiça ainda revelam o aumento do déficit de vagas nas penitenciárias brasileiras, cerca de 358 mil vagas. Assim, segundo ressaltou Guilherme Calmon²⁹, supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema

²⁸ OLIVEIRA, Mariana. *Total de pessoas presas no Brasil sobe para 715 mil*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/06/total-de-pessoas-presas-no-brasil-sobe-para-715-mil-diz-cnj.html>>. Acesso em: 16 set. 2015.

²⁹ Ibidem.



Carcerário do Conselho Nacional de Justiça, “se contarmos o número de mandados de prisão em aberto, de acordo com o Banco Nacional de Mandados de Prisão (373.991), a nossa população prisional saltaria para 1,089 milhão de pessoas”. Embora alarmantes os registros realizados pelo Conselho Nacional de Justiça acerca do número de encarcerados no Brasil, é possível constatar que não há redução nos índices de violência³⁰.

Nesse sentido, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou no Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental³¹ (ADPF nº 347), em que pede providências para a crise prisional vivida pelo Brasil, devendo ser reconhecida a violação a direitos fundamentais da população carcerária e determinada a adoção de providências no tratamento da questão prisional no país.

Na ADPF nº 347, o Relator Ministro Marco Aurélio destacou o fato de que o Supremo Tribunal Federal tem o papel de retirar as autoridades públicas do estado de inércia, de forma a provocar a realização de novas políticas públicas, aumentando a deliberação política e social acerca da matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas.

Assim, para o Ministro Marco Aurélio, o déficit prisional evidenciar a superlotação, “que pode ser a origem de todos os males”. Isto é, a superlotação sujeita o preso a condições de torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, falta de água potável, comida imprestável, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, além de deixa-lo suscetível ao domínio de organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas impostas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Por fim, segundo o Ministro, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais

³⁰ Debate na Emerj, 2015, Rio de Janeiro. Audiência de Custódia. Rio de Janeiro: Emerj, 2015. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23004>>. Acesso em: 16 set. 2015.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 16 set. 2015.



no tocante à dignidade, ou seja, “o quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente medida cautelar³² na ADPF nº 347, reconhecendo a violação a preceitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, e proibiu o Poder Executivo de contingenciar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) e determinou aos juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia a fim de viabilizar a apresentação do preso à autoridade judiciária, no prazo de até 24 horas do momento da prisão.

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu o voto do Ministro Relator e reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”³³, medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia em 1997, o qual possui três pressupostos³⁴: constatação de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais a afetar amplo número de pessoas; ausência de estrutura estatal que tende a agravar a situação e; necessidade de mudanças estruturais e de novas políticas públicas a fim de superar as violações aos direitos fundamentais.

Exatamente nesse sentido que o Ministro Ricardo Lewandowski posicionou-se acerca da crise prisional brasileira, sustentando que a permanente violação a direitos fundamentais enseja a intervenção do Poder Judiciário diante da incapacidade legislativa e administrativa em resolver o problema, ou sequer amenizá-lo.

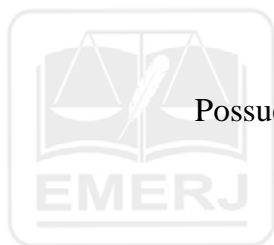
Segundo Daniel Sarmiento³⁵, em sua sustentação oral na ADPF nº 347, há a necessidade de o Supremo Tribunal Federal reconhecer, através de decisão vinculante, a obrigatoriedade das audiências de custódia, ressaltando que existe a possibilidade de anulação dos processos judiciais nos quais esta não foi aplicada.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 28 nov. 2015.

³⁵ GRILLO, Breno. *Estado de Coisas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/veja-sustentacao-oral-daniel-sarmiento-sistema-carcerario-stf?utm_source=divr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 16 set. 2015.



Possuem o mesmo entendimento Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa³⁶:

Podemos, assim, dizer que desde a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento brasileiro, ausente audiência de custódia (artigo 7º, 5), todas as prisões são ilegais, conforme decidiu recentemente, em Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública do RJ (defensor Eduardo Newton), o Desembargador Luiz Noronha Dantas (Habeas Corpus nº 0064910-46.2014.8.19.0000, Julgamento: 25/01/2015, Sexta Câmara Criminal).

Neste contexto, cumpre ressaltar que a realização da audiência de custódia não tem como objetivo, e sequer foi idealizada, com o intuito de relaxar todo e qualquer tipo de prisão, mas sim tem como essência a proteção do direito humano e fundamental que toda pessoa possui de ter resguardada sua liberdade pessoal.

Assim, a audiência de custódia é medida necessária, útil e vantajosa para o ordenamento jurídico, pois diminui o número de presos provisórios, controlando a superlotação carcerária, esta que culmina na colocação de réus primários ao lado de réus pertencentes a organizações criminosas.

Portanto, ainda que a audiência de custódia tenha obtido êxito em vários Estados da federação, cabe ressaltar que não se deve banalizar o instituto. Isso porque a audiência deve ser tratada como meio para efetivação da proteção do direito fundamental do preso (evitar ocorrência de torturas e maus-tratos). Logo, se após o contato com o juiz for verificada a legalidade da prisão, não sendo hipótese de relaxamento e, se requerida prisão preventiva ou aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão pelo Ministério Público, e ouvido o defensor, deverá o juiz decidir fundamentadamente, pela decretação da prisão preventiva ou pela aplicação de medida cautelar diversa da prisão.

³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 16 set. 2015.



CONCLUSÃO

A audiência de custódia assumiu importante destaque na sociedade jurídica nos últimos anos devido a sua forma de prevenir a prática de tortura de presos, e devido ao sucesso no relaxamento de prisões desnecessárias, além do arbitramento de fianças ou outras medidas cautelares diversas da prisão.

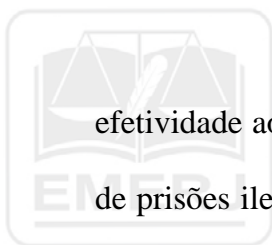
Ainda que prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, e ratificada pelo Brasil desde o ano de 1992, a audiência de custódia passou a ser noticiada devido à ação do Conselho Nacional de Justiça e ao pioneirismo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o primeiro Tribunal de Justiça do Brasil a regulamentá-la no ano de 2015.

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se acerca da legitimidade do Tribunal de Justiça de São Paulo em regulamentar a audiência de custódia, ponderando que esta possui fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo inovação. Isso porque considerou o Supremo Tribunal de Justiça que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos, a despeito de possuírem hierarquia supralegal aqueles ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004, possuem caráter especial em razão da máxima efetividade do direito fundamental.

Dessa forma, o conteúdo dos tratados internacionais sobre direitos humanos não constituem inovações no ordenamento jurídico brasileiro, mas a extensão da proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional.

Todavia, a audiência de custódia vem sendo muito criticada como uma forma do preso ser solto após a prática do delito. Porém, esta não é sua finalidade, que consiste, na verdade, em um meio para evitar a prática de torturas de presos e de prisões ilegais e desnecessárias.

Desta forma, conclui-se que com a implantação da audiência de custódia nos Estados através da campanha do Conselho Nacional de Justiça, as consequências serão: a máxima



efetividade aos direitos fundamentais previstos na CRFB/88; a prevenção à tortura; a redução de prisões ilegais ou desnecessárias e; a diminuição da população carcerária, tirando o Brasil do ranking de países com mais números de custodiados.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

_____. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 02 set. 2015.

_____. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

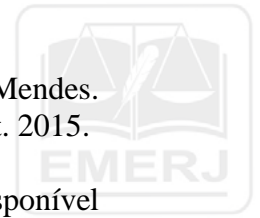
_____. Emenda Constitucional n. 54, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm>. Acesso em 07 abr. 2015.

_____. Provimento Conjunto n. 03 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5240&processo=5240>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Recomendação n. 49 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_49_01042014_03042014155230.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.

_____. Relatório Visita ao Brasil Subcomitê de Prevenção a Tortura. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wpcontent/uploads/2014/08/PM_relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.



_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5240/SP. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 16 set. 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 28 nov. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tjsp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79751-audiencias-de-custodia-no-es-reduzem-em-50-o-numero-de-presos-provisorios>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80086-audiencias-de-custodia-sao-implantadas-em-to-pelo-presidente-do-cnj>>. Acesso em: 02 set. 2015.

Debate na Emerj, 2015, Rio de Janeiro. Audiência de Custódia. Rio de Janeiro: Emerj, 2015. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23004>>. Acesso em: 16 set. 2015.

GRILLO, Breno. Estado de Coisas. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/veja-sustentacao-oral-daniel-sarmento-sistema-carcerariosf?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 16 set. 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 16 set. 2015.

OLIVEIRA, Mariana. Total de pessoas presas no Brasil sobe para 715 mil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/06/total-de-pessoas-presas-no-brasil-sobe-para-715-mil-diz-cnj.html>>. Acesso em: 16 set. 2015.

ONU. Protocolo de Istambul. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/FP_8.pdf>. Acesso em 07 abr. 2015.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 02 set. 2015.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br

