



# REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

---

Volume 7 - nº 2 - Tomo II (L/V) - jul.-dez. 2015

---



**Elaborado no 2º Semestre 2015**



# REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

---

Volume 7 - nº 2 - Tomo II (L/V) - 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](http://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.





**Laís Soares Monteiro**

O ACESSO À ÁGUA ALÉM DA ESCASSEZ: A EFICÁCIA DE SEU TRATAMENTO JURÍDICO ATUAL NO CONTEXTO DE CRISE ..... 787

**Laura Maria Hypolito Pentagna**

ANÁLISE CRÍTICA DA IMPOSIÇÃO LEGAL DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS ..... 807

**Lêda Teresa dos Santos Teixeira Pinto**

A APLICABILIDADE DAS MODALIDADES DE ABUSO DE DIREITO NO DIREITO PRIVADO .....824

**Lucas Losada Benevides**

RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS PELA PRÁTICA DE ATOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..... 840

**Luiz Felipe Peixoto Freijanes**

ALGUNS ASPECTOS SOBRE A CONTROVERTIDA CONSTITUCIONALIDADE DO INTERROGATÓRIO POR MEIO DA VIDEOCONFERÊNCIA..... 855

**Luiz Felipe Ribeiro Gomes Capaverde**

O SURGIMENTO DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA ANTES DA CITAÇÃO EM EXECUÇÃO FISCAL POR VIOLAÇÃO DA ESTABILIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA..... 880

**Lydia Maria Cavalcanti de Vasconcelos**

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....903

**Maíra Almeida**

OS PRESSUPOSTOS HERMENÊUTICOS EM GADAMER E EM MACCORMICK ..... 922



**Maitê Camargo de Azevedo**

O DIREITO DOS ANIMAIS NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DE CONSIDERÁ-LOS COMO SUJEITO DE DIREITOS ..... 938

**Manoela Lima Costa Ferreira**

A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PENAL E RESGATE DO ESTADO SOCIAL ..... 958

**Marcella Augusta Costa da Costa**

REFORMA DO SISTEMA CARCERÁRIO PARA A DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL....973

**Marcelle Gandara Esteves Vidal Simões**

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL: ANÁLISE SOBRE AS CONTROVÉRSIAS EXISTENTES QUANTO AOS REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO ..... 986

**Marcus Vinicius Vieira Miguel**

COISA JULGADA PROGRESSIVA: O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO TRÂNSITO EM JULGADO DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA NÃO IMPUGNADOS ..... 1003

**Maria Fernanda Tovar Cardoso da Silva**

DIREITO DE AUTOR E SOCIEDADE: PARÂMETROS PARA UMA PONDERAÇÃO DE INTERESSES CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS ..... 1021

**Mariana Lessa Silva**

O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR DE CRÉDITO ..... 1037

**Mariana Tavares Barbosa**

A ADOÇÃO DA FIGURA DO “JUIZ SEM ROSTO” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O CONFRONTO ENTRE A SEGURANÇA DOS MAGISTRADOS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ..... 1051

**Mariane Furtado Cardoso**

O TRATAMENTO DADO AOS SERIAL KILLERS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ..... 1067

**Mariane Vargas da Silva**

ATIVISMO NA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E A FIGURA DO “ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL” ..... 1084



**Marianny Santos de Souza**

O IMPACTO DA FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DE RETIRADA NO REGIME DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS SIMPLIFICADAS..... 1104

**Michel Rangel Cury**

ROYALTIES DO PETRÓLEO: DIREITO ADQUIRIDO, O NOVO REGIME DE PARTICIPAÇÃO E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 12.734/2012..... 1119

**Monica de Souza Alves Silva**

ESTADO DE EXECUÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS EM FACE DA NÃO APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL ..... 1137

**Natasha Raeder de Carvalho Martins Costa**

POSSIBILIDADE DE ULTRATIVIDADE E RETROATIVIDADE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAIS BENÉFICO AO RÉU ..... 1152

**Nelson Mendes da Silva**

A IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO ..... 1175

**Núbia de Miranda Friás Oliveira**

A LEGITIMIDADE ATIVA NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL POR AFEIÇÃO ..... 1194

**Paloma da Silva Martins**

O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POST MORTEM..... 1211

**Paula Barbosa Rodrigues**

A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS: O QUE DEVE PREVALECER? ..... 1229

**Paula do Amaral Ferraz Rodrigues**

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA PRISÃO EM FLAGRANTE: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO IMEDIATA?..... 1243

**Priscila Teixeira Moraes dos Santos**

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE REPARAÇÃO MORAL EM CASO DE ADULTÉRIO .... 1259



**Rachel Azulay**

PARTO ANÔNIMO E O DIREITO À VIDA E À HERANÇA GENÉTICA ..... 1277

**Rafael Condé Tostes**

O MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO: PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM CHOQUE COM O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO ..... 1296

**Rafaella Cardoso Dutra Marcilio**

A TEORIA CONCRETISTA NO MANDADO DE INJUNÇÃO VIOLA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES? ..... 1315

**Rafaella Ferreira Pitta Mathiezen**

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES HOMOA-FETIVAS..... 1335

**Raquel Simas Miranda**

AS TUTELAS PROVISÓRIAS SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 1350

**Raquel Szlachta de Albuquerque**

CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS COMO MAUS ANTECEDENTES: A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL E A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS AO ESQUECIMENTO E AO NOVO RECOMEÇO ..... 1364

**Rayla Henriques Ladeira**

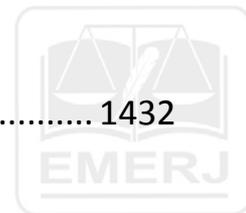
A ANÁLISE QUANTO AO MOMENTO PARA O OFERECIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO À LUZ DAS MUDANÇAS PROCESSUAIS DA LEI N. 11.719/2008 ..... 1381

**Reinaldo de Assunção Romão**

A EFICÁCIA DA SENTENÇA PENAL NO JUÍZO CÍVEL - (IN)DEPENDÊNCIA DAS JURISDIÇÕES FRENTE ÀS DECISÕES NAS ESFERAS PENAL E CIVIL - E SEU CONFRONTO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL ..... 1398

**Renata Guimarães Guerra**

A INFRAÇÃO BAGATELAR IMPRÓPIA NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA: A ANÁLISE DA DESNECESSIDADE DA PENA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER ..... 1413



**Roberta Torres Aldigueri Goulart**

A TEORIA SOCIOLÓGICA DA POSSE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO ..... 1432

**Sabrina Antonio Antunes**

A INCONSTITUCIONALIDADE NA SUCESSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL..... 1448

**Sabrina da Silva Xavier de Lucena**

A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE UNIFORMIZAÇÃO E ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO..... 1464

**Sinara Ayd Pereira José**

ABANDONO AFETIVO E O AFETO COMO DIREITO A SER TUTELADO ..... 1481

**Sonia Hermont Jahara**

A IMPORTÂNCIA DA VISITA ÍNTIMA NOS PRESÍDIOS FEMININOS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO E RESTABELECIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA ..... 1500

**Thaise Genuino de Souza**

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: ASPECTOS CONTROVERTIDOS QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.079/2004..... 1514

**Thiago Silva de Castro Tostes**

COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DE PRISÕES EM FLAGRANTE: UMA ANÁLISE À LUZ DAS GARANTIAS DO PRESO E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA ..... 1528

**Vanessa Amorim Lacerda Duarte Dias**

VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS REDES SOCIAIS..... 1542

**Vanessa Nogueira Fuscaldo**

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTOS GRATUITOS.....1558

**Vanessa Siqueira Ribeiro**

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS E PATRIMONIAIS COMO EVIDÊNCIA DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO ..... 1571

**Victor de Souza Miceli**

APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A AGENTES POLÍTICOS E OS FOROS POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....1594



## O ACESSO À ÁGUA ALÉM DA ESCASSEZ: A EFICÁCIA DE SEU TRATAMENTO JURÍDICO ATUAL NO CON- TEXTO DE CRISE

Laís Soares Monteiro

Graduada pela Universidade Federal Flumi-  
nense. Advogada.

**Resumo:** O direito ao acesso à água enfrenta grande ameaça nos dias atuais frente ao contexto de escassez hídrica. Muito embora o Brasil seja um país abundante em relação a tais recursos, o acesso à água potável resta comprometido como consequência de degradações ambientais e legislações flexíveis. O presente trabalho busca abordar a eficácia da proteção jurídica atual ao direito ao acesso à água, enquadrando-o no contexto de escassez.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Ambiental. Direitos Fundamentais. Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais. Acesso à Água.

**Sumário:** Introdução. 1. O tratamento jurídico conferido ao acesso à água. 2. A relação entre a flexibilização da proteção ambiental, a crise hídrica e suas consequências econômicas e sociais. 3. A necessidade de atualizações legislativas mais eficazes face ao contexto de restrição dos recursos hídricos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a necessidade de readequação do ordenamento jurídico diante da mudança de condições de disponibilidade dos recursos hídricos e do cenário de crise global das águas, com vistas a dar maior efetividade ao acesso à água a todos os indivíduos. Busca-se mostrar que a escassez de água traz consequências jurídicas, sociais e econômicas que necessitam de uma releitura em razão da mudança de um contexto de abundância do recurso, para o de insuficiência desses.

Para isso, serão abordadas as posições dos doutrinadores a respeito do tema, verificando, ainda, as soluções encontradas pela jurisprudência para averiguar a necessidade de readequação do ordenamento jurídico para que a parcela mais vulnerável da população não se veja alijada do acesso à água, direito fundamental assegurado constitucionalmente.



O acesso à água, inegavelmente, configura-se um direito de máxima e primeira necessidade exatamente por viabilizar o exercício de todos os demais direitos, em especial, o da vida. Atualmente, esse direito enfrenta um grande obstáculo ante a escassez do recurso, que forma um cenário de crise global em que um enorme número de pessoas se encontram alijadas desse direito de primeira ordem.

Muito embora o Brasil aparentemente se encontre numa situação positiva no que tange a disponibilidade de recursos hídricos, por deter grande parcela da reserva de água doce mundial, a distribuição desses recursos é feita de maneira desigual por razões ambientais, geográficas, políticas, jurídicas e econômicas, o que acaba por acarretar um quadro de privação e baixa qualidade das águas em determinadas regiões que afeta as populações e implica aumento de suas condições de miserabilidade.

Diante da escassez que atualmente afeta determinadas áreas do território brasileiro, há potencial vulnerabilidade daqueles que nelas habitam, pelo que se torna imperiosa a adequação do ordenamento jurídico para a efetiva proteção do direito ao acesso à água e de todos os que dele decorrem.

No primeiro capítulo, buscar-se-á retratar a forma como o ordenamento jurídico brasileiro regula a proteção ao direito fundamental do acesso à água atualmente, verificando institutos dos ramos do direito público e privado, mostrando, ainda, que a malversação dos recursos hídricos pode ser apontada como um dos principais fatores para a atual restrição.

Segue-se no segundo capítulo a apontar as implicações jurídica, econômica e social decorrentes do contexto fático de crise hídrica, bem como o risco à garantia do acesso universal à água enquanto direito fundamental, sem o qual quaisquer outros direitos, por maior efetividade que possuam não teriam condição de ser desenvolvidos.

O terceiro capítulo, por sua vez, busca evidenciar a necessidade de uma garantia jurídica mais efetiva em relação à proteção do direito fundamental à água, através de atualizações

legislativas mais eficazes em face do momento de restrição, mormente quando se verifica que todo o ordenamento foi projetado e pensado em contexto histórico diverso.

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

## **1- O TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO AO ACESSO À ÁGUA**

A água, nas suas múltiplas finalidades, funções e essencialidade enseja um tratamento abrangente por parte do ordenamento jurídico. Em decorrência de sua natureza, características como as formas de disponibilidade, estados físicos, influenciam e modificam o seu regime, acarretando múltiplas implicações.

Com efeito, a ideia de abundância dos recursos hídricos, foi, durante muito tempo, a tônica da legislação brasileira, uma vez que o país concentra 13,7% dos recursos hídricos disponíveis (água doce) no mundo<sup>1</sup>, o que levou à sensação de que o recurso seria infindável. Assim, a regulamentação dos recursos hídricos teve teor privatista, com o Código Civil de 1916 e o Código de Águas (Dec. n. 24. 643/1934)<sup>2</sup>.

Os dois diplomas, entretanto, possuíam fundamentos diversos<sup>3</sup>. O Código Civil de 1916 baseou-se nos aspectos do direito de vizinhança, nas construções dos aquedutos e propriedade de nascentes, tomando a água como um bem de caráter eminentemente privado.

O Código de águas abordou os recursos hídricos com vistas ao seu uso pela coletividade, dado o contexto histórico em que foi editado o diploma (Era Vargas), em que se busca-

---

<sup>1</sup>CORTE, Thaís Dalla; PORTANOVA, Rogério Silva. *A evolução no tratamento jurídico das águas: direito humano e patrimônio comum da humanidade*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=35817bda28b111aa>. Acesso em: 11 mar. 2015, p. 15.

<sup>2</sup> D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Água juridicamente sustentável*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

<sup>3</sup>CORTE, Thaís Dalla; PORTANOVA, Rogério Silva. op. cit., p. 15.



va um “aproveitamento industrial das águas, voltado primordialmente para a energia hidráulica”<sup>4</sup>.

Com o advento da Constituição de 1988, esse paradigma ganhou novos contornos, principalmente por força da divisão de competências em matéria de águas, refletindo, conforme Clarissa D’Isep, “a ideia de gestão descentralizada, noção inerente ao Estado Federal.”<sup>5</sup>

Ademais, o art. 225, CRFB estabeleceu como natureza jurídica do meio ambiente a de bem público de uso comum do povo, conceito que abrange a água enquanto bem jurídico, por força do art. 3º da Lei 6.938/1981 (instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente), que determina que as águas interiores, superficiais e subterrâneas, bem como o mar territorial são recursos ambientais<sup>6</sup>.

Nesse ensejo, regulamentando o art. 21, XIX da Constituição Federal, foi editada a Lei 9.344/1997 que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, e atribuiu tom publicista ao regime jurídico do recurso, através da disciplina de seu uso mediante regime de concessão de outorga e da cobrança por esse uso.

Com o advento do Código Civil de 2002, apesar do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, e a conseqüente despatrimonialização, não houve mudança efetiva no tratamento dispensado aos recursos hídricos comparativamente ao diploma civil revogado, uma vez que não deu destaque a sua natureza de bem de uso comum, ou à natureza de bem de gestão conforme exigiria a sua natureza<sup>7</sup>.

Entretanto, verifica-se o crescimento da consciência da possibilidade de esgotamento dos recursos hídricos, assim como o contexto crescente de crise hídrica mundial, conforme

<sup>4</sup>HENKE, 2013; ANTUNES, 2002, p. 582; GUIMARÃES, 2007, p. 54, apud CORTE, Thaís Dalla; PORTANOVA, Rogério Silva. *A evolução no tratamento jurídico das águas: direito humano e patrimônio comum da humanidade*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=35817bda28b111aa>. Acesso em: 11 mar. 2015, p. 15.

<sup>5</sup>CORTE, Thaís Dalla; PORTANOVA, Rogério Silva. *A evolução no tratamento jurídico das águas: direito humano e patrimônio comum da humanidade*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=35817bda28b111aa>. Acesso em: 11 mar. 2015, p. 116.

<sup>6</sup>Ibid., p. 124.

<sup>7</sup>D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. op. cit., p. 61.

posteriormente apontado no Relatório de Desenvolvimento Humano (2006), do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), publicado pela ONU<sup>8</sup>.

Torna-se, portanto, uma necessidade enfatizar o caráter público das águas, de modo a protegê-las e tornar seguro o seu acesso por todos, já que se configura como bem essencial à saúde e à vida, em observância ao princípio norte de todo ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB).

Nesse ensejo, O Conselho Nacional de Recursos Hídricos aprovou em 30 de janeiro de 2006 o Plano Nacional de Recursos Hídricos<sup>9</sup>, cujo objetivo geral constitui-se em:

[...] estabelecer um pacto nacional para a definição de diretrizes e políticas públicas voltadas para a melhoria da oferta de água, em quantidade e qualidade, gerenciando as demandas e considerando ser a água um elemento estruturante para a implementação das políticas setoriais, sob a ótica do desenvolvimento sustentável e da inclusão social.

Assim, por força do cotejo entre o art. 225 da Constituição Federal e do art. 3º da Lei n. 6.938/81, e, tendo em vista a essencialidade do acesso à água para a vida humana digna, é possível afirmar que, atualmente, o direito à água potável goza de status jurídico de direito fundamental<sup>10</sup>.

Em relação às consequências jurídicas desse tratamento, esclarece Clarissa D'Isep:

A natureza da água de bem de uso comum do povo implica seu acesso equitativo, em quantidade e qualidade e, em regra, gratuito, pois essencial à vida. Sendo essencial ao equilíbrio ecológico, impõe-se sua gestão sustentável, com vistas à salvaguarda do recurso para as futuras gerações, cabendo ao Poder Público e à coletividade a sua gestão.

---

<sup>8</sup>PNUD, Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento. *Resumo do Relatório do Desenvolvimento Humano 2006. Água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água*. Disponível: [http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2006\\_portu\\_guese\\_summary.pdf](http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2006_portu_guese_summary.pdf). Acesso em: 11 mar. 2015., p 15.

<sup>9</sup>BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.ministeriodomeioambiente.gov.br/agua/recursos-hidricos/plano-nacional-de-recursos-hidricos>. Acesso em: 04 jul. 2015.

<sup>10</sup>D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. op. cit. p. 125.



Nesse ensejo, no Brasil, Zulmar Fachin e Deise Marcelino Silva advogam a tese de que seria o direito do acesso à água potável um direito fundamental de sexta geração<sup>11</sup>. Esclarecem que esta compreensão exigiria mudanças nas condutas tanto por parte do Estado quanto por parte dos particulares.

De acordo com os autores, o legislador estaria comprometido a dar prioridade à proteção e a promoção desse direito, exigindo atuação vinculada à sua juridicidade. Acrescentam que no âmbito da Administração Pública, estariam os Chefes do Executivo obrigados a implementar Políticas Públicas visando a sua efetivação, e que o Judiciário, na análise dos micro e macro conflitos levados à sua composição, deverá preservar a máxima efetividade do acesso à água potável.

Na esteira de tal entendimento, consagra o Código Penal, em seu artigo 271<sup>12</sup>, o crime de corrupção ou poluição de água potável, que prescreve pena de reclusão de dois a cinco anos para casos de corrupção ou poluição de água potável de uso comum ou particular tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde.

Entretanto, a perspectiva do direito de águas em específico se mostra insuficiente para a compreensão da atual condição jurídica dos recursos hídricos no país, uma vez que se trata de bem extremamente complexo e inserido em relações de interdependência, porquanto seja integrante de ecossistemas.

Destarte, é indispensável analisar a legislação ambiental pelo aspecto global, uma vez que a poluição, a degradação e o dano ao meio ambiente afetam qualitativamente e quantitativamente os recursos hídricos no território nacional.

Atualmente, diversos ecossistemas sofreram diminuição no seu regime de proteção jurídico, em especial no tocante às explorações irregulares, cujos danos, pelo Código Florestal

---

<sup>11</sup>FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 30 nov. 2015. p. 5.

<sup>12</sup>BRASIL. Decreto-Lei n 2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm). Acesso em: 20 set. 2015.

revogado (Lei n. 4.771/65<sup>13</sup>), deveriam ser reparados, sob pena da aplicação das sanções cabíveis.

Com o advento do Novo Código Florestal (Lei n. 12651/12<sup>14</sup>) em 25 de maio de 2012, anistiaram-se tais explorações irregulares praticadas até o advento do Decreto 6514/08<sup>15</sup>, editado em 22 de julho de 2008, sendo possível, ainda, o uso dessas áreas para a agropecuária.

Cumpre citar, ainda, com olhar mais voltado à proteção dos corpos d'água, que houve drástico retrocesso no que toca à sua proteção jurídica, uma vez que as áreas a serem preservadas nos biomas como as matas ciliares, o entorno de lagos, das nascentes e olhos d'água perenes foram extremamente reduzidas, na contramão do que recomendou a comunidade científica quando da elaboração do projeto de Lei do Novo Código<sup>16</sup>.

## **2- A RELAÇÃO ENTRE FLEXIBILIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL, A CRISE HÍDRICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS E SOCIAIS**

A flexibilização do sistema de proteção dos corpos hídricos, bem como de proteção à Floresta Amazônica tem inegável impacto na qualidade e na escassez dos recursos hídricos verificados nas regiões, centro- oeste, sul e sudeste do Brasil.

Como bem retrata o Documentário “A Lei da Água”<sup>17</sup>, a redução da proteção das matas dos entornos dos corpos d'água é responsável pela queda na qualidade da água e pelo aumento do custo de abastecimento das cidades à medida em que as águas passam carregando

---

<sup>13</sup>BRASIL. Lei nº 4.771 de 15 de setembro de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm). Acesso em: 04 jul. 2015.

<sup>14</sup> \_\_\_\_\_. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm). Acesso em: 04 jul. 2015.

<sup>15</sup> \_\_\_\_\_. Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm). Acesso em: 04 jul. 2015.

<sup>16</sup> A LEI da água. Direção: André D'Elia. Produção: Cinedelia, em coprodução com O2 Filmes, Brasil, 2014, 1 DVD.

<sup>17</sup> Ibid.

sedimentos e impurezas em decorrência dos fenômenos da eutrofização e erosão hídrica, encarecendo a sua purificação para consumo humano e para a geração de energia elétrica.

Conforme mostra documento elaborado pelo Grupo de Trabalho do Código Florestal – SBCP/ ABC<sup>18</sup>, em esclarecimento acerca do fenômeno de erosão hídrica, apontam-se como custos para além das propriedades rurais:

[...] a necessidade de manutenção de estradas vicinais e rurais e de canais de irrigação, o aumento no custo de tratamento de água para consumo humano, a perda de capacidade de armazenamento de água em reservatórios para a produção de energia elétrica e irrigação, a menor recarga de aquíferos como reservatórios naturais de água para diferentes fins e pelas emissões adicionais de carbono para a atmosfera provenientes do manejo do solo hoje considerado indevido.

Ademais, o aumento do desmatamento no Bioma Amazônico acaba por provocar decréscimo de irrigação em diversas regiões do país, em razão da afetação do fenômeno dos Rios Voadores<sup>19</sup>, que se consubstanciam em cursos de água atmosféricos, formados por massas de ar carregadas de vapor de água, impulsionados pelos ventos que, ao se encontrarem com a Cordilheira dos Andes, trazem umidade da Bacia Amazônica para as regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul brasileiros.

Com o desmatamento e a diminuição do número de árvores, decresce a retenção do vapor d'água, de maneira que a hidratação de tais regiões resta prejudicada. O impacto é de irrefutável preocupação. Ausente o recurso mais básico para a vida, seja humana, animal ou vegetal, restam inviabilizadas todas as atividades.

Nesse contexto, demonstra o pesquisador Antônio Nobre, do Centro de Ciência do Sistema Terrestre, parte do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), que a estiagem

---

<sup>18</sup>Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Academia Brasileira de Ciências. *O Código Florestal e a Ciência: Contribuições para o Diálogo / Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Academia Brasileira de Ciências; coordenação, José Antonio Aleixo da Silva; organização Grupo de Trabalho do Código Florestal. 2. ed. rev. – São Paulo : SBPC, 2012., p. 65.*

<sup>19</sup> EXPEDIÇÃO Rios Voadores. <http://riosvoadores.com.br/o-projeto/fenomeno-dos-rios-voadores/> . Acesso em: 01 set 2015.

sentida principalmente no estado de São Paulo durante o ano de 2015, estaria indiretamente relacionada ao desmatamento do bioma Amazônico<sup>20</sup>:

Como a grande floresta presta um rol determinante de serviços para a estabilidade do clima local, regional e global, sua ruptura física significa levar a “grande guerreira” à derrota nesses papéis, a exemplo da ruptura do calcanhar de Aquiles, que o fez perder a guerra.

Alerta, ainda, que o desmatamento<sup>21</sup> acumulado naquele bioma remonta à vultosa soma de 762.979 km<sup>2</sup> de floresta, prejudicando o regime de chuvas porquanto que o ar que passa sobre as florestas densas é capaz de produzir o dobro de chuvas que aquele que passa por áreas desmatadas.

Destarte, tem-se que resta ameaçada a segurança hídrica necessária para desenvolvimento saudável da economia e da população brasileira, e conforme aponta o Relatório de Desenvolvimento Humano (2006), do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)<sup>22</sup>. A negação do acesso à água é um forte limitador das potencialidades humanas, o que acarreta, também a negação de sua dignidade:

A água está presente em todos os aspectos do desenvolvimento humano. Quando as pessoas vêem negado o seu acesso à água potável no lar ou quando não têm acesso à água enquanto recurso produtivo, as suas escolhas e liberdades são limitadas pela doença, pobreza e vulnerabilidade. A água dá vida a tudo, incluindo o desenvolvimento humano e a liberdade humana.

Aponta, ainda, o Relatório citado que os efeitos da escassez da água tende a atingir com maior força as populações carentes e minorias, como pequenos agricultores e mulheres, que acabam por ter seu direito ao acesso à água de qualidade e saneamento básico tolhido em prol de grupos politicamente mais fortes, o que se verificou em países que atravessam escassez crônica de recursos hídricos, como Indonésia, Filipinas e Quênia, em que “as pessoas que

---

<sup>20</sup> NOBRE. Antonio Donato. *O futuro climático da Amazônia: relatório de avaliação científica* / Antonio Donato Nobre. –São José dos Campos, SP: ARA: CCST-INPE: INPA, 2014., p. 25.

<sup>21</sup> Ibid., p.23.

<sup>22</sup> PNUD, Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento. op. cit., p.10.



vivem nos bairros degradados (...) pagam 5 a 10 vezes mais por água e por unidade do que as que vivem nas zonas de elevado rendimento das suas próprias cidades.”<sup>23</sup>

A escassez afeta, ainda, o setor industrial, que demanda água como insumo, transporte e até mesmo na produção de energia - grande parte da energia elétrica brasileira advém das Usinas Hidroelétricas- uma vez que tem impacto no custo e no acesso desta, o que eleva o custo da atividade produtiva, encarecendo a aquisição dos bens da vida pelos consumidores, o que pode gerar impacto na economia do país.

Não há que se olvidar, ainda, as consequências concernentes à quebra de safra das culturas agrícolas, impulsionando os preços de tais produtos no mercado brasileiro, obstaculizando ainda mais o acesso das famílias a estes. Conforme aponta o Boletim Legislativo nº 27 do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal<sup>24</sup>, “a elevação desses preços pode ampliar os índices de insegurança alimentar e nutricional leve, moderada e grave no País.”

Durante o fim do ano de 2014 e o início do ano de 2015, a região sudeste brasileira, a mais populosa, sofreu os efeitos do colapso hídrico. Os reservatórios chegaram a níveis críticos, operando abaixo da capacidade.

No Estado de São Paulo, foi necessário utilizar a área do chamado volume morto<sup>25</sup>, do Sistema Cantareira, que abastece a grande São Paulo. O volume de água fica abaixo das represas, necessitando ser bombeado para consumo da população, o que nunca havia sido feito antes.

---

<sup>23</sup> Ibid., p. 16.

<sup>24</sup> CERQUEIRA, G. A. et al. *A Crise Hídrica e suas Consequências*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2015 (Boletim Legislativo nº 27, de 2015). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 16 abr. 2015., p. 27.

<sup>25</sup> MARANHÃO, Fabiana; RAMALHOSO, Wellington. Tratamento inadequado do volume morto traz riscos, entenda. *Uol*. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/04/25/tratamento-inadequado-do-volume-morto-traz-riscos-entenda.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

A água proveniente desse volume morto, entretanto, é de qualidade discutível, porquanto podem estar depositados no fundo do reservatório metais pesados que a tornariam imprópria ao consumo humano, que o tratamento comum não seria capaz de eliminar<sup>26</sup>.

O quadro descrito é agravado por diminutos investimentos em tratamento da água já utilizada, bem como pela sensação de inesgotabilidade dos recursos hídricos por parte da população, o que faz com que o consumo consciente não encontre estímulos.

No caso de São Paulo, o que reflete, em grande escala o que acontece em todo o país, a chamada água de reuso, que poderia, portanto, ser uma saída viável a curto prazo na região resta afastada.

Citando, ainda, o Estado de São Paulo, conforme afirma Lobel<sup>27</sup> houve, mediante a redução dos lucros da Sabesp, empresa responsável pelo saneamento básico e fornecimento de água, o corte de mais da metade dos investimentos em tratamento de esgoto.

Inegáveis, portanto, as implicações econômicas e sociais decorrentes da escassez de água, que, por sua vez, está intimamente ligada ao desmatamento e ao retrocesso da proteção jurídica dispensada aos entornos dos corpos d'água.

No âmbito jurídico, temos impactos inegáveis, no que toca a efetividade do ordenamento atual.

Diante da fragilização das proteções ambientais a corpos d'água por ocasião da aprovação do Novo Código Florestal, buscou o Ministério Público Federal a declaração de inconstitucionalidade dos novos dispositivos, em sede de controle abstrato de constitucionalidade

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup>LOBEL, Fabrício. Sabesp cortará mais da metade de seus investimentos em esgoto. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1611040-sabesp-vai-cortar-mais-da-metade-de-seus-investimentos-em-esgoto.shtml>. Acesso em: 02 set.2015.



perante Supremo Tribunal Federal<sup>28</sup>, ante a flagrante violação ao princípio da vedação ao re-trocesso.

Assim, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 4901 (ADI 4901), por exemplo, questiona-se o art. 12 e seus parágrafos 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, que determinam a redução da reserva legal em razão da existência de terras indígenas e unidades de conservação no território municipal e a dispensa de constituição de reserva legal por empreendimentos de abastecimento público de água, tratamento de esgoto, exploração de energia elétrica e implantação ou ampliação de ferrovias e rodovias, o que tem relação direta com a crise enfrentada.

### **3- A NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÕES LEGISLATIVAS MAIS EFICAZES FACE AO CONTEXTO DE RESTRIÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS**

Os efeitos da escassez dos recursos hídricos são plurais, acarretam consequências políticas, jurídicas e sociais relevantes e que demandam atuação efetiva do Estado, em seus Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Fica claro que uma legislação obsoleta e excessivamente flexível tem o condão re-crudescer o cenário crítico, restando imperativa a necessidade de revisão dos mecanismos adotados para a proteção, a fiscalização e regulamentação do uso das águas no Brasil, face à chamada crise hídrica e ao contexto de escassez dos recursos hídricos.

A ausência de segurança hídrica suficiente para o desenvolvimento da vida acarreta violações de direitos inadmissíveis na ordem jurídica.

Conforme aponta o relatório de Desenvolvimento Humano (2006), do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)<sup>29</sup>, a chamada insegurança da água seria traz violações aos princípios da isonomia à medida em que os cidadãos passam a ter acesso desi-

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal de Notícias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228842#>. Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>29</sup> PNUD, Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento, op cit., p. 12.

igual e injusto aos recursos hídricos de qualidade, e da dignidade da pessoa humana, uma vez que se trata de recurso insubstituível e de primeiríssima necessidade para a vida humana, compondo o mínimo essencial.

Pensar o acesso à água como uma necessidade humana mínima implica pensar um direito fundamental, dentro da perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana que se consubstancia como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, III, da Constituição Federal<sup>30</sup>, pelo que deve ser garantida a sua máxima efetividade.

Em relação à teoria dos direitos fundamentais, é preciso observar que o direito ao acesso a água, além de consubstanciar-se em um dos aspectos da dignidade humana, está contido no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da Constituição Federal), e como tal, em razão de sua dimensão objetiva, vincula toda a ordem jurídica que lhe deve garantir a regulamentação para a ampliação da eficácia de sua normatividade.

Conforme entendem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>31</sup>, os direitos fundamentais, no que diz respeito à sua dimensão objetiva, se consubstanciam como a base do ordenamento jurídico, filtrando e vinculando todo o direito positivo.

Nesse sentido, afirmam os constitucionalistas:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Impende verificar, frente aos sintomas da crise de escassez de recursos hídricos, pelos quais colaborou e teve papel significativo a flexibilização das proteções dos corpos hídricos por ocasião da aprovação do novo Código Florestal, resta clara a negativa de vigência e a

---

<sup>30</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>31</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2013., p. 167.



violação, *prima facie*, dos princípios da dignidade da pessoa humana e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em franco e indesejável retrocesso.

Neste aspecto, andou o legislador na contramão do que buscou o Constituinte, quando da elaboração da Carta Maior brasileira, porquanto o atual sistema jurídico traz proteção deficiente aos bens jurídicos tutelados, porquanto, conforme salientado no documentário “A Lei Da Água”<sup>32</sup>, os corpos hídricos se encontram legalmente adequados, mas vulneráveis do ponto de vista fático, em evidente descompasso.

Nesse aspecto, buscam Zulmar Fachin e Deise Silva<sup>33</sup> ver consagrado como direito autônomo de sexta dimensão dos direitos fundamentais, o direito ao acesso à água, sem que isso se consubstancie em negação dos demais direitos de outras dimensões já conquistados e consolidados.

Defendem que os direitos fundamentais surgem em de razão novas necessidades humanas, de transformações sociais, econômicas e técnicas, e que “(...)a escassez de água potável no mundo, sua má-distribuição, seu uso desregrado e a poluição em suas mais diversas formas geraram uma grave crise, a comprometer a subsistência da vida no Planeta”, merecendo maior destaque a sua proteção jurídica.

À guisa de exemplo, no que toca à positivação do acesso à água enquanto direito fundamental, temos as Constituições da Bolívia e do Equador, que trazem em seus textos tais previsões, no bojo do movimento do novo constitucionalismo latino-americano com a releitura dos institutos de acordo com os seus elementos culturais e peculiares, positivando regime de proteção mais forte e efetivo no que concerne o direito em debate.

Evidente, portanto, a necessidade de preservação ontológica do direito fundamental ao acesso à água, garantindo o exercício dos demais direitos constitucionalmente assegurados,

---

<sup>32</sup> A LEI da água. Direção: André D'Elia. op. cit.

<sup>33</sup> FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. op. cit. p.5.

e, ainda, dos direitos humanos, frente ao mínimo existencial que impõe o princípio da dignidade da pessoa humana.

Aponta o Relatório<sup>34</sup> de Desenvolvimento Humano (2006), do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD):

Assegurar que cada pessoa tenha acesso a pelo menos 20 litros de água potável e por dia para satisfazer as suas necessidades básicas é um requisito mínimo para respeitar o direito à água — e uma meta mínima para os governos. Os direitos humanos não são extras facultativos. Tal como não são uma disposição legal voluntária a abraçar ou abandonar segundo o capricho de cada governo. São obrigações vinculativas que reflectem valores universais e implicam responsabilidades por parte dos governos.

De outro giro, é imprescindível perceber que a regulamentação do regime jurídico das águas não se restringe tão somente a assegurar o seu acesso universal. O conceito de segurança hídrica que requer o direito fundamental do acesso à água passa necessariamente pela proteção jurídica eficiente dos ecossistemas que têm a função de prover o regular ciclo de águas no país. Caso contrário, as promessas constitucionais concernentes ao acesso à água e os direitos decorrentes serão nada mais que letra morta, sendo-lhes negada a vigência necessária.

Do ponto de vista da legitimidade democrática, é preciso notar que o atual Código Florestal fora, ainda, rechaçado por grande parte da população brasileira, ocasião na qual foi lançada a campanha “Veta Dilma”<sup>35</sup>, que ganhou as ruas do país no ano de 2012, clamando pelo veto presidencial aos dispositivos que se considerou consagrar retrocessos ambientais, contando com a adesão de diversos setores da sociedade civil.

Para a construção de um sistema ambiental eficiente na proteção aos recursos hídricos é necessária a análise dos obstáculos de maneira holística, com visão global para fazer jus a integração dos ecossistemas.

---

<sup>34</sup>PNUD, Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento, op cit., p. 12.

<sup>35</sup>COSTA, Octavio; TORRES, Izabelle; NINACIO, Adriana. Veta, Dilma. Disponível em: [http://www.istoe.com.br/reportagens/202576\\_VETA+DILMA](http://www.istoe.com.br/reportagens/202576_VETA+DILMA). Acesso em: 16 set. 2015.

Deve ser respeitada a complexidade da organização dos recursos hídricos no sistema pátrio, diante da elaboração do sistema jurídico-normativo de proteção aos recursos hídricos sob pena de se sustentar um sistema falho e sanar sempre consequências, não causas de um problema estrutural.

Conforme aponta Luciana Lanna<sup>36</sup>, “as Políticas de Recursos Hídricos, de Saneamento Básico e de Resíduos devem ser implementadas de maneira integrada.”

Aponta o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento<sup>37</sup> um plano de ação global que traz quatro pilares fundamentais para o controle do déficit de acesso à água.

Em primeiro lugar, estabelece que é necessário “Converter a água num direito humano — e fazer com que seja cumprido.”, ultrapassando as meras promessas constitucionais; em segundo lugar, o desenvolvimento de estratégias nacionais para a água e o saneamento, dentre elas: a redução do número de pessoas sem acesso à água, estratégias de redução da pobreza e fiscalização dos fornecedores de água. Estabelece como terceiro pilar a criação de planos nacionais através da ajuda internacional e em quarto lugar um plano de ação conjunto internacional.

Diante do quadro traçado, resta verificar que é forçosa a admissão de que o aparato normativo atual não é o ideal, não se mostra adequado para o momento de crise dos recursos hídricos, mormente no que diz respeito à regulamentação dos corpos d’água e seus entornos pelo Código Florestal.

Ademais, de acordo com as palavras de Thaís Corte e Rogério Portanova<sup>38</sup>, acerca da previsão constitucional do direito de águas:

[...] na Constituição Federal de 1988, apesar do direito à água não se encontrar (formalmente) positivado como fundamental, a partir da conjugação de sua exegese

<sup>36</sup>LANNA, Luciana. *A crise hídrica brasileira e a falta de planejamento*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI216277,101048A+crise+hidrica+brasileira+e+a+falta+de+planejamento>. Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>37</sup> PNUD, Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento, op cit., p. 18.

<sup>38</sup> CORTE, Thaís Dalla; PORTANOVA, Rogério Silva. op. cit. p.24.

com a Lei nº. 6.938/81, pode-se interpretá-lo (materialmente) como tal. Nesse contexto, sobressalta-se o caráter da água como bem ambiental público e de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida – o qual se relaciona, inclusive, com a equidade intergeracional. Também, é nessa senda que o Brasil tem se posicionado em âmbito internacional visando ao reconhecimento e à implementação do direito de acesso à água e ao saneamento básico como direito humano.

É imperativa, portanto, a maior efetividade das promessas constitucionais, seja no plano infraconstitucional, em relação aos legisladores, seja em relação aos demais poderes, na efetivação de políticas públicas eficientes em relação à gestão da água e a sua garantia a todos de maneira igualitária e universal.

Assim, impõe-se a ação estatal consubstanciada na reforma dos textos normativos para a sua adaptação ao novo contexto brasileiro, de modo que sejam seguros os direitos constitucionalmente previstos das gerações presentes e futuras.

## CONCLUSÃO

Atualmente, o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro ao direito de acesso à água, compreendido no conceito do meio ambiente ecologicamente equilibrado é o de direito fundamental, consagrado assim no art. 225, da Constituição Federal. Ademais, em razão de ser um aspecto indispensável, um mínimo essencial, está compreendido no princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, o contexto atual de possibilidade de esgotamento dos recursos hídricos, que é também um fenômeno mundial, demanda análise da legislação protetora dos recursos hídricos de maneira global, porquanto seja a água recurso inserido em ecossistemas, sendo certo que a degradação, a poluição e os danos causados trazem consequências de ordem qualitativa e quantitativa aos corpos hídricos.

A diminuição do regime de proteção jurídica aos ecossistemas sensíveis, chancelada pelo Novo Código Florestal, e conseqüentemente dos corpos d'água, dessa forma, tem grande influência na diminuição na qualidade e quantidade da água e o aumento do custo de abaste-



cimento hídrico nas cidades, afetando toda a população de diversas maneiras, sendo um exemplo a crise hídrica enfrentada pelo Estado de São Paulo no ano de 2015.

Tais fenômenos acarretam impactos econômicos, sociais e jurídicos relevantes, de modo que se trata de um fator de limitação das potencialidades humanas, afetando a dignidade, o que implica reconhecer violação frontal a direitos fundamentais.

É imperioso verificar que não se pode tutelar juridicamente situações de ausência de segurança hídrica, que tornariam as proteções constitucionais em vãs promessas na contramão do que determina a teoria dos direitos fundamentais, no seu aspecto da máxima efetividade.

É forçoso admitir, assim, que o atual aparato jurídico-normativo não é adequado para enfrentamento do cenário de crise e escassez hídricas, especialmente no aspecto da proteção jurídica deficiente.

A efetivação do direito fundamental de acesso à água como meio ambiente equilibrado demanda proteção jurídica hábil dos ecossistemas que funcionam como provedores do ciclo de águas. É necessária a análise dos obstáculos de maneira integrada, com observância à complexidade que demanda a organização dos recursos hídricos no sistema pátrio.

O cumprimento dos mandamentos constitucionais, portanto, e o resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil vincula os três poderes do Estado, condicionando a efetivação de políticas públicas, legislação e decisões judiciais em torno da proteção jurídica efetiva, o que demanda um novo olhar sobre a questão posta.

## REFERÊNCIAS

A LEI da água. Direção: André D'Elia. Produção: Cinedelia, em coprodução com O2 Filmes, Brasil, 2014, 1 DVD.

ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS (ABC). A crise da água e o desenvolvimento nacional: um desafio multidisciplinar. Disponível em: [http://www.abc.org.br/article.php3?id\\_article=480](http://www.abc.org.br/article.php3?id_article=480). Acesso em: 11 mar. 2015.



BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm). Acesso em: 04 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n 2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm). Acesso em: 20 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.771 de 15 de setembro de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm). Acesso em: 04 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.433 de 8 de janeiro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm). Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm). Acesso em: 04 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.ministeriodomeioambiente.gov.br/agua/recursos-hidricos/plano-nacional-de-recursos-hidricos>. Acesso em: 04 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Portal de Notícias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228842#>. Acesso em: 16 set. 2015.

CERQUEIRA, G. A. et al. *A Crise Hídrica e suas Consequências*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2015 (Boletim Legislativo nº 27, de 2015). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 16 abr. 2015.

CORTE, Thaís Dalla; PORTANOVA, Rogério Silva. *A evolução no tratamento jurídico das águas: direito humano e patrimônio comum da humanidade*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=35817bda28b111aa>. Acesso em: 11 mar. 2015.

COSTA, Octavio; TORRES, Isabelle; NINACIO, Adriana. Veta, Dilma. Disponível em: [http://www.istoe.com.br/reportagens/202576\\_VETA+DILMA](http://www.istoe.com.br/reportagens/202576_VETA+DILMA). Acesso em: 16 set. 2015.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Água juridicamente sustentável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

EXPEDIÇÃO Rios Voadores. <http://riosvoadores.com.br/o-projeto/fenomeno-dos-rios-voadores/>. Acesso em: 01 set. 2015.



FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 30 nov. 2015.

HENKE, 2013; ANTUNES, 2002, p. 582; GUIMARÃES, 2007, p. 54, apud CORTE, Thaís Dalla; PORTANOVA, Rogério Silva. *A evolução no tratamento jurídico das águas: direito humano e patrimônio comum da humanidade*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=35817bda28b111aa>. Acesso em: 11 mar. 2015.

LANNA, Luciana. *A crise hídrica brasileira e a falta de planejamento*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI216277,101048A+crise+hidrica+brasileira+e+a+falta+de+planejamento>. Acesso em: 16 set. 2015.

LOBEL, Fabrício. Sabesp cortará mais da metade de seus investimentos em esgoto. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1611040-sabesp-vai-cortar-mais-da-metade-de-seus-investimentos-em-esgoto.shtml>. Acesso em: 02 set. 2015.

MARANHÃO, Fabiana; RAMALHOSO, Wellington. Tratamento inadequado do volume morto traz riscos, entenda. *Uol*. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/04/25/tratamento-inadequado-do-volume-morto-traz-riscos-entenda.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2013.

NOBRE. Antonio Donato. *O futuro climático da Amazônia: relatório de avaliação científica* / Antonio Donato Nobre. –São José dos Campos, SP: ARA: CCST-INPE: INPA, 2014.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Rio + 20*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/temas-agua/>. Acesso em: 11 mar. 2015.

PNUD, Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento. *Resumo do Relatório do Desenvolvimento Humano 2006. Água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água*. Disponível em [http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2006\\_portuguese\\_summary.pdf](http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2006_portuguese_summary.pdf). Acesso em: 11 mar. 2015

SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA. Academia Brasileira de Ciências. *O Código Florestal e a Ciência: Contribuições para o Diálogo / Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência*, Academia Brasileira de Ciências; coordenação, José Antonio Aleixo da Silva; organização Grupo de Trabalho do Código Florestal. 2. ed. rev. – São Paulo : SBPC, 2012.

## ANÁLISE CRÍTICA DA IMPOSIÇÃO LEGAL DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS

Laura Maria Hypolito Pentagna

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Advogada. Pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

**Resumo:** As relações amorosas travadas com pessoas idosas sempre foi foco de proteção do nosso legislador, a fim de se coibir casamentos motivados, especialmente, por interesses patrimoniais. Com a evolução da sociedade e da Medicina, a expectativa de vida vem apresentando um quadro de crescimento vertiginoso e, cada vez mais, os idosos têm se tornado mais ativos, social, profissional e afetivamente. Diante desse quadro fático, o presente estudo tem por finalidade demonstrar que o artigo 1.641, II, do Código Civil, ao impor o regime de separação de bens aos nubentes septuagenários, está em absoluto descompasso não apenas com as demais regras civilistas acerca da capacidade civil, do casamento e da união estável, mas, sobretudo, com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Direito Constitucional. Direito Privado. Regime Legal de Separação de Bens. Maiores de 70 anos. Incapacidade Presumida. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Boa-fé. Princípio da Isonomia.

**Sumário:** Introdução. 1. Breve Histórico, a *Mens Legis* e a Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2. A Presunção de Incapacidade dos Maiores de 70 Anos. 3. O Caso dos Maiores de 70 Anos que Vivem em União Estável e o Princípio da Isonomia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico pretende discutir acerca da validade, ou mesmo da constitucionalidade, da imposição legal aos nubentes septuagenários do regime de separação total dos bens, tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem como a sistemática adotada pelo Código Civil de 2002 para estabelecer restrição à liberdade de escolha do regime de bens que regerá o casamento.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, sobretudo aquelas mais vanguardistas, que estudam e enxergam o Direito Civil sob a



ótica constitucional, de forma a garantir maior eficácia aos direitos e princípios insculpidos na Carta Magna, mas também em todo o ordenamento jurídico.

O tema, apesar de não ser um dos mais acalorados na doutrina e jurisprudência, provoca indignação aos afetados pela norma impositiva-restritiva do art. 1.641, II, CC, bem assim aos estudiosos do assunto, seja pela presunção de que os septuagenários não possuiriam capacidade de se autodeterminar e gerir seu patrimônio, seja pela distorção que causa no ordenamento jurídico, frente aos direitos das pessoas que vivem ou pretendem viver em união estável, independentemente de sua idade.

Assim, o primeiro capítulo se presta a demonstrar que as eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais impõem que a dignidade da pessoa humana seja observada em toda e qualquer situação, inclusive pelo Legislativo, quando resolve editar normas restritivas de direitos – o que não se verifica no caso do art. 1.641, II, CC.

No segundo capítulo, buscar-se-á defender que tamanha restrição à autonomia da vontade somente se justifica quando o(s) nubente(s) não possui (possuem) plena capacidade de discernimento (a exemplo do que ocorre com os incapazes e os relativamente incapazes), ou como forma de sanção àqueles que não observaram o comando da lei no que tange às causas suspensivas do casamento, não sendo legítima, portanto, em razão da idade avançada do sujeito absolutamente capaz.

Ainda no final do segundo capítulo, buscar-se-á confirmar que a má-fé, de acordo com o sistema adotado Código Civil de 2002, não comporta presunção relativa, quanto mais absoluta, pelo que sempre deve ser comprovada, de forma que o legislador deve assumir postura responsável e congruente com o ordenamento jurídico brasileiro.

Já no terceiro e último capítulo, a questão abordada será a flagrante violação à isonomia que o art. 1.641, II, CC, proporciona, criando situações discrepantes, em que sujeitos que vivem em união estável – instituto que, em tese, seria menos abrangente que o



casamento – possuam mais direitos e mais proteção do que aqueles que resolveram se casar, ainda que após os setenta anos.

A presente pesquisa se valerá especialmente da metodologia bibliográfica, haja vista o tema envolver a ponderação de princípios, sem, contudo, abandonar as metodologias qualitativa e exploratória.

## **1. BREVE HISTÓRICO, A *MENS LEGIS* E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A imposição do regime de separação de bens aos idosos surgiu no Código Civil de 1916, em seu art. 258, parágrafo único, inciso II. Note-se que a essa época a lei ainda fazia diferença entre homens e mulheres, de sorte que o referido artigo dizia que o regime de separação de bens seria obrigatório no casamento de homens maiores de sessenta anos ou no de mulheres maiores de cinquenta anos<sup>1</sup>.

A imposição permaneceu no Código Civil de 2002, que apenas inovou quanto à fixação de uma mesma idade tanto para homens, quanto para mulheres, caindo por terra, pois, a discriminação entre os sexos e passando-se a se coadunar com o espírito da Constituição de 1988. Assim, de acordo com a redação original do inciso II do art. 1.641 do novel Código, o regime da separação de bens seria obrigatório no casamento da pessoa maior de sessenta anos<sup>2</sup>. Não obstante, em 2010, essa idade foi aumentada para setenta anos, pela Lei 12.344/10<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BRASIL, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

<sup>2</sup> BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

<sup>3</sup>BRASIL, Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.



Cediço é que a *mens legis* de tal imposição é evitar o chamado “golpe do baú”, em que pessoas de má-fé se casariam com idosos apenas com fim de virem a ser beneficiadas com a morte do cônjuge idoso, seja na condição de meeiro(a), seja na condição de herdeiro(a).

Destarte, como esse golpe se tornou recorrente na sociedade brasileira, legítimo, pois, que o Legislativo atuasse na tentativa de coibir, ou evitar, sua ocorrência. A questão que se põe, contudo, é saber se o meio escolhido (impor aos nubentes idosos o regime de separação de bens) é o mais adequado ou tem sido hábil a alcançar seu intento – questão essa que se pretende responder no decorrer do presente artigo.

A primeira ponderação a ser feita é no que tange às eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais, sobretudo do super princípio da dignidade da pessoa humana. De modo geral, pode-se dizer que a eficácia vertical dos direitos fundamentais impõe que eles sejam observados e respeitados nas relações travadas entre o Estado e os particulares; enquanto que a eficácia horizontal é relativa às relações interpessoais.

Nesse sentido, no que tange à atuação do Legislativo, a eficácia horizontal deve ser observada pelo Legislativo quando da criação de leis, de forma que deve-se ter em mente que a norma a ser criada dê aplicabilidade aos princípios fundamentais nas relações entre os particulares. Já a eficácia vertical, esta se verifica no momento seguinte, quando da edição de leis, momento em que se estabelece uma relação entre o Estado, criador da norma, e o particular, que deverá agir conforme a lei promulgada. Mister, portanto, que o a atuação do Legislativo pautar-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana – erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito pelo art. 1º, III, da Constituição da República<sup>4</sup>, e consagrada pela doutrina como princípio supra constitucional–, de forma que crie normas capazes de dar maior efetividade a tal princípio, mormente quando se tratar de norma restritiva de direito(s).

---

<sup>4</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) >. Acesso em: 8 abr. 2015.



Não é o que se verifica, porém, no art. 1.641, II, do CC, em que o legislador não atentou para o fato de que, ao impor o regime de separação de bens ao septuagenário, irrestritamente, acabou por presumir sua incapacidade de gerir seu patrimônio, bem como de discernir a índole das pessoas com quem se relacionam, violando flagrantemente a dignidade dos idosos.

Ora, a sociedade de hoje vive um quadro em que a expectativa de vida aumenta cada vez mais, o que fez (e faz) com que os idosos tenham se tornado parcela significativa e crescente da população. Não raro, encontram-se septuagenários em plena atividade física, intelectual, profissional, acadêmica e (por que não?), também, amorosa e afetiva. Nesse contexto, tal intervenção do Estado na vida do idoso não se justifica por si só.

A dignidade da pessoa humana é princípio que permeia todo o Direito de Família, conforme bem salienta Rolf Madaleno<sup>5</sup>, *in verbis*:

De acordo com o artigo 230 da Constituição Federal, têm a família, a sociedade e o Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurar sua participação na comunidade, defender sua dignidade e bem-estar e garantir-lhes o direito à vida. Pertinente à inserção do idoso no âmbito de proteção fundamental de sua dignidade humana, não sendo do desconhecimento público que as pessoas de mais idade têm sido vítimas da omissão de seus familiares, da sociedade e do Estado. [...]

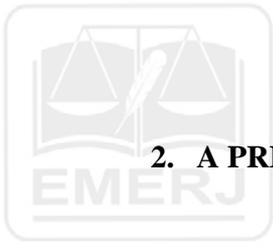
[...]

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos.

Destarte, cristalina se mostra a violação à dignidade da pessoa humana dos maiores de setenta anos ante a obrigatoriedade do regime de separação de bens caso venham a se casar, tendo em vista que o único critério adotado foi o etário, revelando, pois, o caráter preconceituoso do legislador e, portanto, da norma.

---

<sup>5</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 45/46.



## 2. A PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE DOS MAIORES DE 70 ANOS

Como dito alhures, a violação que o art. 1.641, II, causa à dignidade dos septuagenários se deve ao fato de discriminar seu tratamento única e exclusivamente com base no critério etário, o que não ocorre com as outras duas hipóteses de imposição do regime de separação de bens. Explica-se.

O artigo 1641 do Código Civil traz as hipóteses em que a lei impõe aos nubentes o regime de separação de bens<sup>6</sup>:

Art. 1.641. É obrigatório o regime de separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

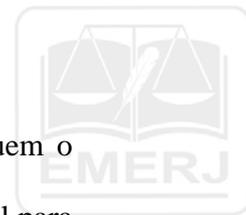
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Da análise de tal dispositivo, é possível perceber que o inciso II, que trata dos septuagenários, destoa da lógica do artigo. Isso, porque fica claro que a imposição do regime de separação de bens se justifica na medida em que os nubentes estão descumprindo determinações legais – seja não respeitando as causas de suspensão para o casamento (art. 1.523, CC), seja ignorando a necessidade de suprimento judicial de consentimento dos pais ou responsáveis (arts. 1.517; 1.519; e 1.634, II, todos do CC – hipótese em que os nubentes possuem entre 16 e 17 anos) –, de sorte que o simples atingimento de determinada idade por um dos noivos, ou ambos, não pode lhes servir como punição.

Determinar, pura e simplesmente, que o maior de 70 anos é obrigado a casar-se sob o regime de separação de bens é presumir-lhe a incapacidade total não só para administrar seu patrimônio, mas, sobretudo, para discernir acerca da integridade com quem se relaciona, pressupondo, dessa forma, que os idosos, com toda sua experiência de vida, não possuem condições de gerir sua vida afetiva.

---

<sup>6</sup> BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 10 jun. 2015.



Note-se, que se um ou ambos os noivos são menores civilmente, mas possuem o consentimento de seus pais ou responsáveis, ou ainda quando contam com o aval judicial para o casamento, eles poderão escolher livremente o regime de bens que regerá o casamento, o que é um contrassenso.

Ora, através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro é possível se concluir facilmente que o legislador sempre pressupõe a incapacidade relativa dessas pessoas (jovens de 16 a 18 anos), considerando que são sujeitos em formação, cujo discernimento ainda não está de todo completo, portanto. E, no mais das vezes, tampouco possuem experiência de vida capaz de suprir o *déficit* que ainda possuem (naturalmente, pela própria idade) no que tange ao seu amadurecimento pessoal e psicológico.

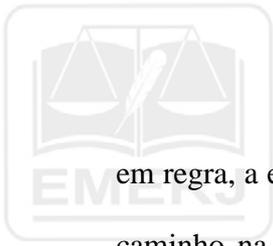
Não obstante, no que tange aos menores em idade núbil, andou melhor o legislador na medida em que previu hipóteses nas quais o regime de separação de bens não lhes seria cogente. Trata-se dos seguintes casos: (i) celebração de pacto antenupcial, submetido à aprovação dos pais e/ou responsáveis pelo(s) menor(es), em consonância com o art. 1.654 do CC; ou (ii) requerimento justificado, ao juiz, de dispensa de aplicação das causas suspensivas para celebração do casamento, comprovando-se a ausência de prejuízo caso o regime de bens venha a ser outro que não o de separação, de acordo com o art. 1.523, p. único, do CC<sup>7</sup>.

Note-se que tais dispositivos pretendem abrandar o rigor da lei para o casamento dos menores núbis, conferindo-lhes alternativas legais para exercerem sua liberdade de escolha do regime de bens que mais se coaduna com a vida conjugal que pretendem ter, privilegiando, assim, a autonomia da vontade.

Sob esse prisma, pois, mais desarrazoada soa a imposição legal do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, uma vez que, esses sim, já atingiram a maioridade há tempos e não dependem de consentimento de quem quer que seja para se casarem, e mais:

---

<sup>7</sup>FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. *Coleção Sinopses para Concursos: Direito Civil – Família e Sucessões*. Coord. GARCIA, Leonardo de Madeiros. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 211.



em regra, a essa altura da vida, já passaram por todo o tipo de situação, já trilharam um longo caminho na vida profissional, formaram suas famílias, criaram seus filhos e estão a ver o crescimento de seus netos.

Prever para aqueles que a própria lei define como relativamente incapaz uma saída legal para a imposição do regime de separação de bens e não conceder o mesmo mecanismo para os maiores de setenta anos é reforçar a ideia de que o legislador os enxerga como absolutamente incapazes, revelando uma postural altamente preconceituosa e que vai de encontro com a proteção integral a que fazem *jus*.

O idoso deve ser visto pela sociedade, no mínimo, como uma pessoa que traz consigo uma longa bagagem; merece o respeito e a consideração como qualquer outro sujeito de direitos e, porque não, até mais.

Não foi por acaso que a Constituição Federal dispensou aos idosos um artigo exclusivo (art. 230), determinando que a família, a sociedade e também o Estado devem lhes assegurar a participação na comunidade, defender sua dignidade e bem-estar e lhes garantir o direito à vida<sup>8</sup>.

Assim também o Estatuto do Idoso<sup>9</sup> o fez, sobretudo nos arts. 2º, 3º e 4º. Veja-se:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (...)

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei. (...)

---

<sup>8</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

<sup>9</sup> BRASIL, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em 10 jun. 2015.



Da análise de todo o arcabouço jurídico ora apresentado, é de se concluir que, como dito alhures, o critério unicamente etário não é o bastante para justificar a negativa à liberdade de escolha do regime de bens aos nubentes septuagenários que estejam gozando plenamente de suas faculdades mentais, sob pena de se violar frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, já abordado em capítulo anterior.

Nesse sentido, o Enunciado 125 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Ademais, a respeito da presunção (também) de má-fé, há que se observar que ela tampouco se coaduna com o sistema do ordenamento jurídico pátrio. Sabe-se que o princípio da boa-fé é o que vige no direito brasileiro, de forma que busca seu fundamento no dever de confiança. E, segundo Maria Helena Diniz<sup>10</sup>, sob o seu viés objetivo, a boa-fé “impõe deveres de lealdade e respeito à confiança recíproca entre as partes de uma relação jurídica”.

Nesse passo, a ilustre jurista, seguindo o entendimento esposado por Christiano Chaves de Farias, aponta que “a constatação do abuso passa, obrigatoriamente, pelo reconhecimento do uso antifuncional do direito aferido objetivamente, com base no conflito entre a sua finalidade própria e a atuação concreta da parte”<sup>11</sup> – é dizer, enquanto a boa-fé é a conduta esperada das partes e, por isso mesmo, presumida, a má-fé deve ser provada diante do contexto fático do caso concreto.

Destarte, se o legislador pretende mesmo manter sua postura protetiva quanto aos idosos, de forma a coibir o famigerado “golpe do baú”, deve adotar medidas que, em primeiro

---

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59.

<sup>11</sup>Ibid., p. 59.



lugar assegurem a dignidade do nubente idoso, antes de pressupor sua incapacidade e, conjuntamente, a má-fé daquele que com o septuagenário pretende se casar – a exemplo do que fez com os menores em idade núbil (conforme arts. 1.654 e 1.523, p. único, do CC, já explanados).

### **3. O CASO DOS MAIORES DE 70 ANOS QUE VIVEM EM UNIÃO ESTÁVEL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Na trilha de demonstrar o quão desarrazoada é a imposição legal do regime de bens àqueles maiores de 70 anos que pretendem se casar, é preciso analisar a situação dos septuagenários que vivem em união estável.

Sabe-se que, no silêncio dos companheiros, vigorará na união estável a regra geral do regime de bens, qual seja, o da comunhão parcial. Ou seja, se os companheiros não manifestarem expressamente sua vontade, através de um contrato de convivência, por exemplo, que pretendem adotar determinado regime de bens, a lei diz que a união estável será regida pelo regime de comunhão parcial de bens, vide art. 1.725 do Código Civil<sup>12</sup>:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Note-se que o artigo não faz qualquer ressalva quanto à idade dos companheiros, sendo, ao contrário, taxativo – salvo estipulação em contrário, vigorará o regime de comunhão parcial de bens. Desta sorte, possível concluir que a idade dos companheiros não interfere no regime de bens da união estável, pelo que plenamente válido que pessoas maiores de 70 anos que decidam viver em união estável tenham-na regida pelo regime de comunhão parcial.

Não obstante, já é possível encontrar decisões que são verdadeiras aberrações jurídicas, nas quais se entendeu que como no casamento com um maior de 70 anos o regime

---

<sup>12</sup> BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.



de separação de bens é obrigatório, no caso de uma união estável nas mesmas circunstâncias, o regime de separação de bens também deveria ser cogente. Esse já foi, inclusive, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em um caso levado a seu exame. A propósito, veja-se a ementa do REsp 1.403.419/MG, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 11/11/14<sup>13</sup>:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. COMPROVAÇÃO. BENFEITORIA E CONSTRUÇÃO INCLUÍDAS NA PARTILHA. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento.
2. No regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem pública.
3. Rever as conclusões das instâncias ordinárias no sentido de que devidamente comprovado o esforço da autora na construção e realização de benfeitorias no terreno de propriedade exclusiva do recorrente, impondo-se a partilha, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.
4. Recurso especial não provido.

A decisão supra, a pretexto de conferir isonomia, acabou por causar uma distorção da legislação, pois tal posicionamento não se coaduna com as normas que regulam a união estável. Sabe-se, ademais, que segundo o postulado de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei<sup>14</sup>, só é possível restringir a liberdade dos indivíduos através da lei e, nesse caso, a lei não faz qualquer restrição à autonomia da vontade aos conviventes septuagenários, pelo que não cabe ao interprete e aplicador do direito fazê-la.

A respeito, veja-se o comentário de Maria Berenice Dias<sup>15</sup>:

<sup>13</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.403.419, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 11 de novembro de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41008993&num\\_registro=201303047576&data=20141114&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41008993&num_registro=201303047576&data=20141114&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 16 set. 2015.

<sup>14</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, inciso II. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 16 set. 2015.

<sup>15</sup> DIAS, op. cit., p. 297.



Na união estável também foi adotado o regime da comunhão parcial. Os companheiros podem optar por outro regime via contrato de convivência, nada mais do que um pacto antenupcial, com acentuadas vantagens. Apesar de não imposta à união estável o injustificável regime da separação obrigatória de bens, de tal façanha encarregou-se a justiça, que passou a subtrair efeitos patrimoniais à união estável constituída por quem tem mais de 70 anos.

E segue a jurista<sup>16</sup>:

[...] na união estável, plena é a liberdade dos companheiros para estabelecerem, em contrato escrito, tudo o que desejarem. Somente no silêncio dos conviventes é que se aplica o regime da comunhão parcial (CC, 1.725). No momento em que a Constituição Federal concedeu o mesmo status ao casamento e à união estável, não há como dar tratamento mais benéfico a qualquer das entidades familiares. Assim, é necessário reconhecer como inconstitucionais limitações à liberdade de decidir questões patrimoniais no casamento (CC, 1.641), sem que exista qualquer restrição na união estável. Não há como chegar a outra conclusão. Mas esta não é a posição do STJ, que impõe a mesma regra restritiva à união estável.

Tratam-se, pois, de decisões *contra legem*, que, sob o pretexto de conferir isonomia aos casos, acabam por criar restrições não impostas pela lei, afrontando diretamente o imperativo constitucional que diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”<sup>17</sup>.

Sabe-se que em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, as decisões *contra legem* devem ser evitadas, somente sendo admitidas quando a visarem proporcionar maior proteção a um direito ou garantia já resguardado do sujeito. Ora, em sendo assim, não se pode admitir como legítima uma decisão que ignora e vai de encontro com o comando legal, sobretudo quando se presta a restringir (ou, no caso, aniquilar) direitos conferidos por lei e, especialmente, pela Constituição da República (art. 5º, II)<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Ibid., p. 301.

<sup>17</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, inciso II. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 16 set. 2015.

<sup>18</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 16 set. 2015.



Interessante notar que a Constituição da República (art.226, §3º)<sup>19</sup> dispõe que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento (o que foi feito pelo art.1.726 do CC<sup>20</sup> e pela Lei nº 9.278/96, em seu art.8º<sup>21</sup>), dando a ideia de que a união estável seria uma preparação para o casamento.

Nesse sentido, torna-se estranho constatar que um instituto jurídico que, em tese, seria menos abrangente que o casamento possa conferir aos sujeitos, que a ele se submetem, uma maior proteção, pelo menos no que se refere ao regime de bens.

Idêntica conclusão chegou o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado acerca da união estável – decisão essa que se encontra publicada no Informativo de nº 563 (maio/2015)<sup>22</sup> –, onde concluiu que o contrato de convivência celebrado entre companheiros “não pode conceder mais benefícios à união estável do que ao casamento, pois o legislador constitucional, apesar de reconhecer os dois institutos como entidade familiar e lhes conferir proteção, não os colocou no mesmo patamar, pois expressamente dispôs que a lei facilitará a conversão daquele neste (§ 3º do art. 226 da CF)”

Nesse quadro, a legislação civilista gera, quanto aos septuagenários, um “contra fluxo” à determinação constitucional de que a lei deva facilitar a conversão da união estável em casamento, já que para essas pessoas (maiores de 70 anos) é mais interessante estabelecer uma união estável do que se casar, subvertendo, pois, a ordem natural dos acontecimentos.

Há que se ressaltar, ainda, o princípio da isonomia, consagrado pela Carta Magna/88 em seu art. 5º, *caput*<sup>23</sup>, o qual possui uma dimensão formal e outra material. E, sob o aspecto

---

<sup>19</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 16 set. 2015.

<sup>20</sup> BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>21</sup> BRASIL, Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/LEIS/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L9278.htm)>. Acesso em 16 set. 2015.

<sup>22</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Inf. nº 563, período de 29 de maio a 14 de junho de 2015, REsp 1.383.624-MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 2/6/2015, DJe 12/6/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em 29 nov. 2015.

<sup>23</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 16 set. 2015.



material, o princípio da isonomia garante que deve-se “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”<sup>24</sup>.

Ora, evidente que, de acordo com a legislação em vigor, duas pessoas maiores de setenta anos, uma que decida se casar e outra que opte por viver em união estável, apesar de serem iguais quanto à faixa etária e quanto à vontade de constituírem nova relação amorosa, afetiva e familiar, não possuem o tratamento isonômico garantido constitucionalmente. Pois, no primeiro caso, a lei imporá o regime de separação de bens para o casamento, enquanto que aquele que optar pela união estável estará livre para escolher seu regime de bens (ou não, caso em que vigorá o da comunhão parcial, como dito) – o que não pode ser tolerado.

Destarte, flagrante a violação à isonomia que o art.1.641, II, do CC, proporciona, já que acarreta situações discrepantes, em que sujeitos que vivem, em união estável possuem mais direitos e mais proteção do que aqueles que resolvem se casar, ainda que após os setenta anos.

## CONCLUSÃO.

O regime obrigatório de separação de bens surgiu ainda na vigência do Código Civil de 1916 (art. 258, II) e persiste ainda hoje no ordenamento brasileiro, conforme art.1.641, II, do Novo Código Civil.

A *mens legis* do instituto seria a de evitar golpes a pessoas idosas e seus patrimônios por sujeitos de má-fé, que se casariam com essas pessoas apenas com o intuito de adquirir o *status* de herdeiro e, assim, participar da partilha dos bens do *de cuius*.

Não obstante, conforme explanado, a norma não vem alcançando seu objetivo. A razão não é uma só, pois, além de existirem outros meios de se efetivar o referido golpe,

---

<sup>24</sup> Conceito desenvolvido por Aristóteles, na Grécia Antiga.

muitas vezes, o casamento com pessoa maior de setenta não se dá por interesse patrimonial, mas por pura vontade das partes de constituírem uma nova vida, ou mesmo de formalizarem uma união estável que já perdurava há algum, ou muito, tempo. Ademais, o próprio ordenamento jurídico possui lacunas que permitem que a união por interesse com pessoa maior de 70 anos possa vir a acontecer legitimamente, como é o caso da união estável, que, como analisado alhures, será regida pelo regime de comunhão parcial dos bens, ainda que um, ou ambos, dos nubentes tenha mais de setenta anos.

De outro lado, há ainda o fato de a imposição legal presumir incapacidade do idoso para gerir não só seu patrimônio, mas, sobretudo, sua vida sentimental e afetiva, violando, dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana. Quadro, esse, que se agrava se comparado com a situação do casamento de menores núbeis, pois, esses sim, possuem sua incapacidade relativa taxativamente reconhecida pela própria lei e, ainda assim, o legislador lhes conferiu a possibilidade de que o regime de separação legal não lhes fosse aplicado (exceções ao art. 1.641, I e III, do CC), a exemplo do que ocorre com os artigos 1.654 e 1.523, p. único, do CC, analisados no segundo capítulo.

Outra distorção que gera é no que tange à comparação com os septuagenários que vivem em união estável, já que, no caso de falecimento do maior de setenta anos, o(a) companheiro(a) terá direito à meação dos bens adquiridos na constância da união, enquanto que se tiverem sido casados sob a égide do regime de separação legal, então o cônjuge sobrevivente só virá a receber a herança se não houverem ascendentes e/ou descendentes, conforme interpretação literal do art. 1.829, CC/02.

E, no que tange a esse último ponto, há que se ressaltar que a edição da súmula 377 do STJ buscou abrandar o rigor do art. 1.829 do CC ao determinar que, havendo bens adquiridos na constância do casamento celebrado sob o regime da separação legal, o acervo deve ser dividido, ficando a sua metade com o cônjuge sobrevivente e a outra parte devendo



ser repartida com os demais herdeiros, a fim de se evitar o seu (dos demais herdeiros) enriquecimento sem causa. Entendeu a jurisprudência que nesses casos presume-se o esforço comum do casal, ante o fato de terem partilhado suas vidas durante o casamento e levando-se em conta o princípio da solidariedade que deve regê-lo.

Não obstante a súmula 377 do STJ resolva a iniquidade da questão sucessória, ela não tem o condão de afastar as demais incongruências com as normas civilistas (em especial os arts. 1.654 e 1.523, p. único, do CC) e, muito menos, com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Destarte, mister reconhecer a absoluta inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC, pois além de violar os já referidos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, tampouco se coaduna com o princípio da proporcionalidade, seja no seu viés da vedação ao excesso, seja sob o prisma da proteção deficiente do Estado.

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm).

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm).

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/LEIS/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L9278.htm)>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. *Coleção Sinopses para Concursos: Direito Civil – Família e Sucessões*. Coord. GARCIA, Leonardo de Madeiros. JusPodivum: 2014

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013



## A APLICABILIDADE DAS MODALIDADES DE ABUSO DE DIREITO NO DIREITO PRIVADO

Lêda Teresa dos Santos Teixeira Pinto

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O atual Código Civil rompeu com a visão patrimonialista e individualista do Código anterior, passando a defender os valores voltados para a dignidade da pessoa humana emanados da Constituição de 1988, ocorrendo a chamada funcionalização do direito privado. Nesse contexto, ao lado do ato ilícito subjetivo, surgiu o ato ilícito objetivo, que a doutrina chama de abuso de direito. O presente trabalho visa a apresentar modalidades de abuso de direito e a sua aplicação pela jurisprudência pátria.

**Palavras-chaves:** Ato Ilícito. Ilícito Objetivo. Abuso de Direito. Modalidades.

**Sumário:** Introdução. 1. Mudança de abordagem do ato ilícito. 2. Contornos e modalidades do abuso de direito. 3. Aplicação das modalidades de Abuso de Direito. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a teoria do ato ilícito e as modalidades do abuso de direito, tendo como pano de fundo o movimento de constitucionalização do direito privado. Verifica-se que a reprimenda dos comportamentos abusivos não é tarefa fácil para o aplicador do direito tendo em vista que não se trata de violação da norma, mas sim, de uma análise casuística dos limites da conduta humana. Procura-se assim, investigar como tem sido aplicada tal teoria pelos Tribunais Superiores, para só então, entender sua importância na atual conjuntura jurídica.



Para a análise do tema, será utilizada a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, além da histórica. O conteúdo será abordado em três capítulos e uma conclusão.

No primeiro capítulo pretende-se justificar a alteração realizada pelo legislador com a mudança de paradigma ocorrida no ordenamento em razão da constitucionalização do direito privado.

Já no segundo capítulo procura-se aprofundar o estudo da teoria do abuso de direito, alicerçada no comportamento humano e apresentar as modalidades de abuso de direito: *venire contra factum proprium*; *supressio* e *surrectio*; *tu quoque*; *duty to mitigate the loss*; adimplemento substancial e violação positiva do contrato.

No terceiro capítulo objetiva-se investigar diversos casos concretos julgados pelos Tribunais Superiores, nos quais foram aplicadas as modalidades de abuso de direito acima mencionadas.

Por fim, conclui-se pela necessidade da releitura da teoria do ato ilícito com a consequente aplicação da teoria do abuso de direito em razão de uma resposta aos anseios da sociedade.

## 1. MUDANÇA DE ABORDAGEM DO ATO ILÍCITO

O direito civil sofreu drástica mudança ao longo dos anos. Anteriormente, sob a égide do Código Civil de 1916<sup>1</sup>, era suficiente entender a essência dos institutos jurídicos para poder aplicá-los. Atualmente, na vigência da Constituição de 1988<sup>2</sup>, isso não é mais suficiente, havendo que se perquirir não apenas a sua essência, como também para que serve o

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>2</sup> Idem. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 26 nov. 2015.



instituto. Verifica-se a preocupação teleológica dos institutos, ou seja, sua real finalidade para a sociedade. Nesse viés, pode-se afirmar que houve uma funcionalização do direito privado.

Cristiano Chaves<sup>3</sup>, ao se referir a grande mudança ocorrida no direito civil, cita a expressão “virada de Copérnico” utilizada por Luiz Edson Fachin, para enaltecer a nova fase do sistema jurídico. Assim, propõe um direito contemporâneo que leva em conta os anseios da nova sociedade.

Verifica-se que os valores que permearam o Código Civil de 1916<sup>4</sup> eram os mesmos do Código Francês de 1804 (Código de Napoleão) e o Código Alemão de 1896 (BGB), preocupados em resguardar o patrimônio privado e em considerar a pessoa individualmente. Com isso, retratam valores patrimonialistas e individualistas que refletem na autonomia das relações privadas. Parte da doutrina<sup>5</sup> chegava a afirmar que o Código Civil de 1916 era a Constituição do direito privado, pois as normas privadas não estavam na Constituição, essa apenas contemplava as matérias públicas. Mesmo assim, o referido Código Civil sobreviveu a seis Constituições.

Merece destaque os ensinamentos de Nelson Rosenvald<sup>6</sup> quando aprofunda o tema. Segundo ele, o Código Civil de 1916 seguia a ideologia individualista da era oitocentista, na qual prevalecia a total liberdade da vontade humana. Ademais, para que a liberdade econômica fosse plena, a legislação apreciava cada integrante de uma relação jurídica com um abstrato sujeito de direitos patrimoniais, titulares prévios de uma igualdade formal.

Nesta época vivia-se o chamado Estado Liberal, momento em que foram criados os “direitos de primeira geração”. Tais direitos exigiam do Estado uma conduta negativa, isto é,

---

<sup>3</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p 42.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.3.

<sup>6</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p 72.

uma omissão estatal em não invadir a esfera particular do indivíduo, fato este que reforça os preceitos do Código Civil de 1916.

Neste sentido, Rosenvald<sup>7</sup> afirma que o constitucionalismo e a codificação são contemporâneos do advento do Estado Liberal, cumprindo, cada um o seu papel. O constitucionalismo com a tarefa de limitar profundamente o Estado e a codificação que visava a assegurar o mais amplo espaço de autonomia ao cidadão dotado de patrimônio.

Contudo, diante de um novo regime, agora o Estado Social e Democrático de Direito, foi proclamada a Constituição de 1988<sup>8</sup>, que assegura o respeito dos direitos fundamentais do cidadão, além de garantir a participação popular no sistema político nacional.

De maneira inovadora, tal Constituição passa a regular não apenas o direito público, mas também o direito privado. O que parece uma simples modificação, na verdade, altera toda a essência do ordenamento jurídico. Os ideais mudaram e a cidadania ganhou destaque. A tábua de valores constitucionais passou a ser a dignidade da pessoa humana; a solidariedade social e a erradicação da pobreza; a liberdade e a igualdade. O foco da proteção desviou do patrimônio para a pessoa humana, caracterizando uma verdadeira mudança de valores.

Como é sabido, a norma de direito civil deve amoldar-se à norma constitucional, ou seja, esta é o fundamento de validade daquela. Assim, surgiu a necessidade de se elaborar um novo Código Civil, em razão da incompatibilidade de essência entre o Código Civil de 1916<sup>9</sup>, que primava por uma visão patrimonialista e individualista e, a Constituição de 1988, com sua visão personalista, dando atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

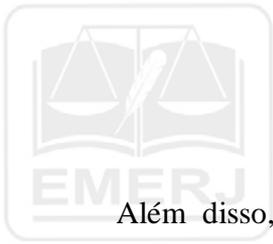
Nesse contexto, em 2002 é editado o segundo Código Civil Brasileiro, com valores emanados da Constituição de 1988, quais sejam, a socialidade, a eticidade e a operabilidade.

---

<sup>7</sup> Ibid., p 72.

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 26 nov. 2015.

<sup>9</sup> Idem. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2015.



Além disso, fez menção expressa ao princípio da função social, ao princípio da boa-fé objetiva e a teoria do abuso de direito, deixando clara a transformação no direito privado.

Coloca ainda, o ser humano em destaque, no centro do ordenamento jurídico, deixando para trás o indivíduo abstrato dos códigos liberais, e fazendo surgir uma pessoa em concreto, que deve ser examinada em suas múltiplas peculiaridades.

O enfoque do novo código é alcançar a pessoa como destinatária da norma, não havendo mais espaço para uma tutela jurídica baseada em juízo de plena subsunção, sendo preciso investigar as peculiaridades das pessoas que vivenciam a relação em concreto.

Segundo Nelson Rosenvald<sup>10</sup>, o Código Civil de 2002<sup>11</sup> deseja afastar toda forma de conceituação estéril, que não reveste de efetividade. O autor propõe a desvinculação da velha herança francesa, que preenchia o desenho da norma em todos os seus detalhes, com a prática da conceituação em exaustão, de forma a esconder a própria ignorância ou um temor de utilizar modelos com conceitos abertos e mutáveis.

O conteúdo da relação obrigacional continua dotado de vontade humana, porém agora, não se admite mais uma vontade livre, mas sim, integrada pelo princípio da boa-fé. Ressalta-se que com esta nova perspectiva, a postura de credor e devedor, que antes era antagonica, passa a ser convergente, em atitude colaborativa, rumo ao adimplemento e ao bem comum.

Importante perceber que a boa-fé se apresenta como um parâmetro de correção e honestidade nas relações obrigacionais, como norma de conduta, considerada como a imediata tradução de confiança, verdadeiro alicerce da convivência social.

---

<sup>10</sup> ROSENVALD, op. cit., p 73.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

Segundo Fernando Noronha, citado por Nelson Rosenvald<sup>12</sup>, a boa-fé se apresentaria com as funções interpretativas, integrativas e de controle. A primeira seria utilizada para compreender o sentido das interpretações contratuais; a segunda explicaria os deveres do comportamento do credor e devedor, ainda que não previsto expressamente no contrato ou na norma; a terceira impediria o exercício abusivo de direito nas relações obrigacionais, restando clara a ligação entre a boa-fé e a Teoria do abuso de direito.

Historicamente, verifica-se que a teoria do abuso de direito teve sua origem na chamada Teoria dos atos emulativos, *aemulatio*, que por sua vez, busca sua fonte no direito romano, com as questões relativas ao uso das águas. Na época, condenava-se o indivíduo que empreendia modificação em seu terreno, com a intenção de desviar o curso do rio e, com isso, prejudicar o seu vizinho, deixando-lhe sem água.

Somente na segunda metade do século XIX, na França, que se teve novamente a notícia sobre essa teoria, contemplando situações em que o indivíduo exerce determinado direito em desconformidade com os princípios do direito canônico (moral cristã), com a finalidade exclusiva de causar dano a outrem.

Destaca-se que em um primeiro momento, o direito individual é exercido em consonância com a norma jurídica, porém, como a intenção do indivíduo é de causar prejuízo a um terceiro, passa a avultar os princípios morais, o que também é condenado pelo Direito.

Miragem<sup>13</sup> afirma que o ambiente medieval favorecia esse tipo de construção teórica desta natureza, fazendo surgir o abuso subjetivo, por intermédio do qual, embora não desviado do preceito legal, o titular do direito lhe fraudava a finalidade.

A jurisprudência francesa controlava o exercício do direito subjetivo, impondo limites no caso concreto, como por exemplo, nos casos Lingard, Mercy e Locante, relativos a

---

<sup>12</sup> ROSENVALD, op. cit., p 93.

<sup>13</sup> MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 p.86.



fumos e maus cheiros de fábricas. O caso Grosheintz, que questionava as escavações no terreno do próprio titular que provocava desmoronamento do terreno do vizinho. E ainda, o caso mais emblemático e conhecido, Clément-Bayard, em que se discutia a utilidade do proprietário construir em seu terreno grande lanças (espigões) de ferro, com o objetivo de impedir o lançamento dos aeróstatos pelo seu vizinho.

Já no direito brasileiro o desenvolvimento da teoria do abuso de direito se inicia, em sede doutrinária, com a interpretação do artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916<sup>14</sup>, em que não se fazia distinção entre abuso e o ilícito, apontando à predominância do aspecto subjetivo outrora utilizado nos atos emulativos, com a intenção do agente em prejudicar o terceiro. Nesta época o ato ilícito possuía uma relação direta com a responsabilidade civil, surgindo com isso, o dever de indenizar.

Com o objetivo de adequar a nova ordem jurídica, o Código Civil de 2002 trouxe inúmeras inovações, dentre elas se destaca a nova configuração de ato ilícito, fulcrado agora, em duas cláusulas gerais de antijuridicidade, uma que considera a culpa subjetiva e a outra que não considera a culpa objetiva, esta última considerada a teoria do abuso do direito.

Verifica-se que a primeira cláusula é a de responsabilidade por culpa, contida no artigo 186 do novo Código<sup>15</sup> sendo muito similar a do artigo 159 do Código Civil de 1916<sup>16</sup>. A segunda, contida no artigo 187<sup>17</sup>, totalmente nova, enfatiza uma cláusula geral de ilicitude, de índole objetiva, realçando que a teoria do abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>15</sup> Idem. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>16</sup> Idem. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>17</sup> Idem. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

A nova concepção do ato ilícito pode ser dividida em duas espécies: o ato ilícito subjetivo, que contém a ilicitude anímica e o ato ilícito objetivo, que contempla uma ilicitude funcional. Acrescenta que o ilícito subjetivo é apriorístico, ou seja, previamente conhecido, pois decorre da violação de uma norma. Já o ilícito objetivo, é casuístico, pois somente com a análise do caso concreto pode-se verificar o comportamento desviante, sendo impossível prever todas as hipóteses e todas as soluções, sendo marcado por um conceito plástico.

Conclui-se que a mudança de abordagem do ato ilícito se deu no momento em que a nova codificação o dividiu, passando a contemplar a antiga vertente subjetiva e inovando com a vertente objetiva, esta última, que passou a ser reconhecida como a nova teoria do abuso de direito.

## 2. CONTORNOS E MODALIDADES DO ABUSO DE DIREITO

Tendo em vista que o abuso do direito, atualmente considerado, apresenta um conceito plástico, foi preciso que a doutrina criasse modelos visando a facilitar a análise do caso concreto.

Dentre as modalidades de abuso de direito, as mais conhecidas são: *venire contra factum proprium*; *supressio*; *surrectio*; *tu quoque*; *duty to mitigate the loss*; adimplemento substancial e violação positiva do contrato.

O *venire contra factum proprium*, nas lições de Cristiano Chaves<sup>18</sup>, é o abuso gerado por um comportamento contraditório, ou seja, o titular de um direito cria a expectativa de que aquele direito não será exercido e, de repente, o exerce. Por outro lado, a outra parte se vê surpreendida com a inesperada atitude do titular. Assim, esta modalidade aponta dois

---

<sup>18</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p 707.



momentos distintos, um da criação da expectativa e o outro, da realização do direito de forma repentina.

O principal fundamento para considerar esse comportamento contraditório em um ato abusivo está na ruptura do princípio da confiança entre as partes.

Um bom exemplo é o da venda de imóvel por cônjuge casado sem outorga. É sabido que tal ato pode ser anulado pelo conjugue que não anuiu a venda no prazo de 2 (dois) anos. Imagine que, a despeito de não ter anuído, esta pessoa receba o dinheiro na sua conta bancária, demonstrando o seu conhecimento a respeito da alienação. Estaria evidenciando um comportamento contraditório caso esta mesma pessoa ajuizasse uma ação anulatória da venda, demonstrando verdadeiro abuso de confiança, fato que não pode ser aceito pelo ordenamento jurídico.

Já a *supressio/surrecio*, são derivadas do sistema jurídico alemão, caracterizando-se como omissões qualificadas pelo transcurso do tempo. Na verdade, constituem o verso e o reverso de uma mesma moeda, a *supressio* é caracterizada pela supressão da possibilidade do titular exercer o direito e a *surrecio* a aquisição do direito por terceiro, no lugar do titular.

O exemplo consagrado na doutrina<sup>19</sup> está relacionado com o artigo 330 do Código Civil<sup>20</sup>. Diga-se que num contrato, devedor e credor ajustam o negócio, com pagamento da obrigação no domicílio do credor. No entanto, durante toda a relação, o credor, espontaneamente, vai ao endereço do devedor buscar a prestação. Assim, o pagamento feito de forma reiterada em outro local, faz presumir a renúncia do local previsto no contrato, sendo abuso de direito do credor exigir, após longo transcurso de tempo, o cumprimento da obrigação em seu domicílio, pois seu comportamento durante a execução do contrato foi invalidante da cláusula que estabelecia o local do pagamento.

---

<sup>19</sup> Ibid., p 714.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

A modalidade conhecida como *tu quoque*, segundo Cristiano Chaves<sup>21</sup>, refere-se à utilização de critérios valorativos distintos para reger situações jurídicas substancialmente idênticas. O que se busca é evitar que o indivíduo se beneficie da própria torpeza dentro de uma relação contratual. Aqui o direito é adquirido sem lealdade. Em sendo assim, o instituto age sobre os princípios da boa-fé e da justiça contratual, além de pretender resguardar o equilíbrio entre as prestações.

Para o autor, o *tu quoque*, muito se assemelha com a exceção do contrato não cumprido no campo obrigacional, porém, tem uma abrangência maior, podendo perfeitamente ser utilizado nas relações contratuais não abrangidas pela *exceptio*. Outrossim, verifica certa semelhança com o *venire contra factum proprium*, pois ambos geram a expectativa de condutas uniforme, alicerçadas na boa-fé objetiva. Contudo, no *tu quoque*, a conduta inicial é ilícita e a posterior é lícita. Diferente do *venire* que a conduta inicial é lícita e, posteriormente, em razão da ofensa a boa-fé, o ato é exercido em desconformidade com o direito.

O exemplo estaria na conduta dolosa do menor que oculta a sua menoridade e, posteriormente, dela pretende se aproveitar para afastar os efeitos da obrigação, caracterizando verdadeiro comportamento contradito.

O *duty to mitigate the loss*, ou seja, o dever de mitigar as próprias perdas irá configurar abuso de direito quando o comportamento do credor vier à prejudicar ou onerar o devedor. O credor deve atuar, sempre que necessário, para minorar os danos sofridos.

O exemplo clássico seria aquele em que o credor fica inerte, deixando acumular muitas prestações para ajuizar uma ação de despejo, ficando inviável, ao devedor, purgar a mora. O juiz pode invocar o *duty to mitigate the loss* e determinar a purga da mora de poucos meses.

---

<sup>21</sup> FARIAS, op. cit., p 717-719.



O adimplemento substancial é a modalidade em que se reconhece o abuso de direito em situações em que a rescisão contratual não se mostra razoável. Sua aplicação vem se efetivando com base nos conceitos de boa-fé objetiva, função contratual do contrato, vedação do enriquecimento sem causa e vedação ao abuso de direito.

Demonstrando a clara preocupação com o tema editou-se o Enunciados 361 decorrente da Jornada de Direito Civil:

O adimplemento substancial decorrente dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, banalizando a aplicação do artigo 475.

Por fim, a violação positiva do contrato, também conhecida como violação dos deveres anexos do contrato é aquela que invoca das partes uma atenção maior em relação ao contrato em seu sentido amplo, ou seja, devem respeitar não apenas os deveres contratuais principais, mas também, os deveres anexos do contrato, como o dever de informação, o dever de confiança, o dever de lealdade e outros.

Nas relações de consumo é recorrente a violação dos deveres anexos, principalmente no que diz respeito ao dever da informação adequada.

Como exemplo pode-se citar as primeiras vendas de televisões de plasma no mercado de consumo. Na ocasião, muitas Empresas deixaram de informar que a televisão de plasma só funcionaria perfeitamente para quem recebia o sinal digital. Com isso, quem recebia o sinal analógico, passou a ter sua imagem distorcida, havendo um nítido desrespeito aos deveres anexos do contrato.

As modalidades apresentadas não têm a pretensão de esgotar o tema, até porque, como se enfatizou anteriormente, o conceito de abuso do direito é plástico e casuístico, ou seja, o preceito normativo permite conjecturar diferentes hipóteses com diferentes soluções, que devem ser analisadas diante das peculiaridades do caso concreto.

### 3. APLICAÇÃO DAS MODALIDADES DE ABUSO DE DIREITO

Até o presente momento foram apresentados exemplos trazidos pela doutrina sobre as modalidades de abuso de direito. A partir de agora, procura-se analisar a aplicação pela jurisprudência pátria.

O primeiro julgado do Supremo Tribunal Federal que tratou sobre o *venire contra factum proprium* foi na década de 70, em uma separação judicial de um casal casado no Uruguai pelo regime de separação total. Ocorre que, quando pediram a averbação do casamento no Brasil, o fizeram sob o regime comum da época, ou seja, o regime da comunhão universal. No entanto, perante os credores, o casal se utilizava do regime da separação total, mas para requerer a separação judicial, invocaram o regime de comunhão universal. Diante deste comportamento contraditório, o judiciário não permitiu a utilização do regime da comunhão universal, conforme se verifica no Recurso Extraordinário nº 86.787, da lavra do Ministro Leitão de Abreu, cuja emenda se segue abaixo:

CASAMENTO. REGIME DE BENS. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 7, § 4º, DA LICC. 1) NUBENTES QUE, SEM IMPEDIMENTO PARA CASAR, CONTRAEM MATRIMONIO NO URUGUAI, (...) SEGUNDO A LEI LOCAL, PARA QUE INCIDA DETERMINADO REGIME DE BENS, QUANDO ESTE E ADMITIDO, TAMBÉM, PELA LEI BRASILEIRA. NO CASO, O MATRIMONIO EFETUOU-SE NO URUGUAI, ONDE O REGIME COMUM E O DA SEPARAÇÃO DE BENS, PARA QUE ESTE FOSSE O REGIME DO CASAMENTO, REGIME TAMBÉM ADMITIDO PELO NOSSO DIREITO. 3) INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO SEGUNDO O QUAL NÃO PODE A PARTE "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.<sup>22</sup>

No mesmo sentido, de reconhecer o abuso do direito de acordo com as peculiaridades do caso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a *surrectio* para um

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 86787. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+86787%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+86787%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bcw4x84>>. Acesso em: 16 set. 2015.



condômino que utilizava certa área comum do condomínio há mais de trinta anos, conforme ementa abaixo:

Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Condomínio. Área comum. Utilização. Exclusividade. Circunstâncias concretas. Uso prolongado. Autorização dos condôminos. Condições físicas de acesso. Expectativa dos proprietários. Princípio da boa-fé objetiva. (...) Diante das circunstâncias concretas dos autos, nos quais os proprietários de duas unidades condominiais fazem uso exclusivo de área de propriedade comum, que há mais de 30 anos só eram utilizadas pelos moradores das referidas unidades, pois eram os únicos com acesso ao local, e estavam autorizados por Assembléia condominial, tal situação deve ser mantida, por aplicação do princípio da boa-fé objetiva.<sup>23</sup>

Observa-se que ordinariamente a área comum do condomínio não pode ser usucapida, porém diante das peculiaridades do caso, em que os moradores já utilizavam a área há mais de 30 (trinta) anos e continham uma autorização dada em Assembleia condominial, o Tribunal achou por bem reconhecer que a situação devia ser mantida, invocando o Princípio da boa-fé objetiva, ocorrendo com isso, a perda da área pelo condomínio, ou seja, a *supressio*.

O Superior Tribunal de Justiça também reconhece o abuso de direito em situações que ocorram o adimplemento substancial. Nestes casos, costuma rejeitar o pedido de rescisão contratual, apenas permitindo a cobrança da dívida, por medida de justiça.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no Recurso Especial nº 272739, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, cuja emenda segue abaixo, não permitindo que o credor rescindisse o contrato de alienação fiduciária e pedisse a busca e apreensão do bem, frente ao inadimplemento mínimo por parte do devedor. Em outras palavras, como o contrato foi significativamente adimplido, não seria razoável, diante do não pagamento da última parcela, haver o rompimento do contrato, sendo configurada a quebra do princípio da confiança entre as partes, da função social do contrato e da boa-fé objetiva, restando nítido o abuso do direito no caso.

---

<sup>23</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 356821. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27356821%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27356821%27.suce.\)\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27356821%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27356821%27.suce.)))> Acesso em: 16 set. 2015.



ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.<sup>24</sup>

Diante dos julgados apresentados, identifica-se que os Tribunais Superiores vêm aplicando de forma positiva a teoria do abuso de direito, buscando coibir qualquer tipo de comportamentos que ultrapassem o limite do razoável e vá de encontro com a boa-fé, à função social e os bons costumes.

## CONCLUSÃO

Não resta dúvida de que a mudança de valores trazidos pela Constituição de 1988 demandou uma mudança na essência de todo o direito privado, que passou de uma perspectiva individualista e patrimonialista para uma perspectiva personalista.

Agora, com o ser humano em destaque, não mais o seu patrimônio, o desafio do novo Código Civil foi fazer a releitura dos institutos adequando-os aos novos tempos.

Além disso, foi necessária a criação de uma teoria que abarcasse situações, em princípio lícitas, mas que ultrapassavam manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, ou seja, era preciso conter o comportamento desviante. Foi então, que o legislador inovou e trouxe a teoria do abuso do direito expressamente em seu artigo 187 do novo Código Civil.

---

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 272739. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27272739%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27272739%27.suce.\)\)>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27272739%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27272739%27.suce.))>)>. Acesso em: 16 set. 2015.



Contudo, diante da impossibilidade de se prever todas as hipóteses de comportamentos desviantes e todas as soluções para coibi-lo, foi preciso utilizar-se de um conceito plástico, recaindo sua análise em cada caso concreto.

Com o objetivo de facilitar essa análise casuística, a doutrina criou as modalidades de abuso de direito conhecidas como: *venire contra factum proprium*; *supressio*; *surrectio*; *tu quoque*; *duty to mitigate the loss*; adimplemento substancial e violação positiva do contrato.

Nesse sentido a jurisprudência brasileira acompanhou as modificações ocorridas na essência do direito privado e respondeu aos anseios da sociedade, reconhecendo a teoria objetiva do abuso de direito e as modalidades trazidas pela doutrina, aplicando-as em suas decisões de forma a reprimir os comportamentos desviantes.

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 272739. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. REsp n. 356821. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 86787. Relator: Ministro Leito de Abreu. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.



GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E CIVIL DE PESSOAS  
JURÍDICAS PELA PRÁTICA DE ATOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA

Lucas Losada Benevides

Graduado pela Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo:** O trabalho enfoca a temática do combate à corrupção, cuja inserção no ordenamento jurídico pátrio ocorreu com o advento da Lei 12.846/13, sobretudo quanto à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

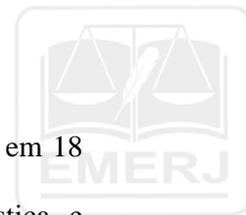
**Palavras-Chave:** Lei Anticorrupção. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Direito Administrativo. Processo Administrativo.

**Sumário:** Introdução. Noções Gerais. Atos Lesivos. Responsabilização e Procedimento. A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e a responsabilidade subjetiva das pessoas físicas, e suas respectivas sanções. A desconsideração da personalidade jurídica. Acordo de Leniência. Críticas. Prescrição das Infrações e das Ações de Ressarcimento. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO.

A temática da corrupção causa preocupação à população, tendo destaque nos meios de comunicação e em debates acadêmicos, principalmente quando se trata de recursos públicos destinados a políticas públicas para atender necessidades que são gerais. Trata-se da dimensão antirrepublicana da corrupção.

Considerado um fenômeno mundial, alguns países desenvolveram mecanismos de natureza legal prevendo procedimentos e punições eficientes como forma de combater a prática. Através de um regime de estrita legalidade, o que impõe a compreensão da contemplação do direito de defesa e demais garantias constitucionais, é possível às instituições democráticas o enfrentamento eficiente contra a obtenção de benefícios ilegais em detrimento da coletividade.



O Projeto de Lei nº. 6.826/2010, proposto pela Controladoria Geral da União em 18 de fevereiro 2010, encontrava-se sob análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, na Câmara dos Deputados. Remetido ao Senado Federal em 11.6.2013, o projeto foi deliberado e aprovado em tempo recorde para que, no início do mês subsequente daquele ano, fosse sancionada a Lei 12.846/13.

Em que pese à existência de jurisprudência atuante no combate à corrupção, a Lei 12.846/13 positivou mecanismos específicos para restringir a atuação de pessoas jurídicas corruptoras junto à administração, prevendo sanções patrimoniais societárias e, inclusive, pessoais daqueles que a integram, positivando, desse modo, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito administrativo.

O trabalho enfoca a temática do combate à corrupção, sobretudo quanto à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, bem como as peculiaridades do processo administrativo de responsabilização.

Pretende-se com o estudo fazer uma análise pontual da Lei 12.846/13, abordando suas inovações, seus pontos nebulosos e polêmicos, correlacionando os princípios constitucionais da Administração Pública com a busca pela efetividade que o diploma legal se propôs alcançar.

Busca-se analisar as sanções em face dos atos lesivos às licitações, e a não extensão dos efeitos à disciplina da Lei nº 8.666/1993, bem como a possibilidade da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, historicamente inserida no âmbito do direito privado, pela Administração Pública; a finalidade do acordo de leniência; o regime de independência de instâncias para fins de punibilidade, previsto nos arts. 3º, 18 e 30, e a possibilidade de dupla sanção pelo mesmo fato.



O presente estudo terá como base a metodologia bibliográfica, histórica, qualitativa e de investigação empírica, dedicando-se a compreensão dos aspectos inovadores relevantes da Lei 12.846/13.

## 1. NOÇÕES GERAIS. ATOS LESIVOS. RESPONSABILIZAÇÃO E PROCEDIMENTO.

O principal objetivo do legislador ao editar a Lei 12.846/13<sup>1</sup> foi punir pessoas jurídicas envolvidas em casos de corrupção. Anteriormente, apenas as pessoas físicas pertencentes à sociedade empresária que participasse de atos de corrupção na administração pública sofreriam sanções. Com o advento da nova lei, a própria pessoa jurídica receberá sanções civis e administrativas, podendo, inclusive, ser determinada sua dissolução compulsória.

Com o intuito de evitar a aferição de qualquer tipo de vantagem ilícita, estabeleceu a legislação que sempre que houver comprovado enriquecimento sem justa causa e em prejuízo do poder público, haverá a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, que responderá independentemente de seus dirigentes ou administradores, ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, sem prejuízo da responsabilização conjunta<sup>2</sup>, hipótese na qual o particular responderá subjetivamente.

O diploma traz, em seu art. 5º, um rol do que é considerado ato lesivo à administração pública merecedor de sanção. Nos termos do caput, constituem atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil,

<sup>1</sup> BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>2</sup> MAGALHÃES, João Marcelo Rego; Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013); Disponível em: <[ttp://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volume-xi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorrupcao-empresarial-rasileira-lei-n-12-846-2013?Itemid=592](http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volume-xi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorrupcao-empresarial-rasileira-lei-n-12-846-2013?Itemid=592)> Acesso em: 10 mar 2015. p. 27.



assim definidos: (i) a corrupção ativa; (ii) o financiamento de atos lesivos à administração pública; (iii) a utilização de pessoa interposta para a prática de atos lesivos; (iv) atos lesivos relacionados com licitações e contratos; (v) dificultar a investigação ou fiscalização da administração pública ou intervir em sua atuação.

O art. 6º, da Lei, traz as sanções administrativas de multa ou publicação extraordinária de decisão condenatória<sup>3</sup>, aplicáveis às pessoas jurídicas que pratiquem um dos atos elencados no rol do artigo antecedente, que podem ser impostas isolada ou cumulativamente, desde que por decisão fundamentada, sendo indispensável a manifestação jurídica da Advocacia Pública, ou do órgão de assistência judiciária do ente público. Haverá, ainda, a condenação para fins de ressarcimento ao erário público. Assim, a aplicação da multa e da publicação da decisão não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado<sup>4</sup>.

Entretanto, inexistente na legislação previsão expressa proibindo a pessoa jurídica sancionada pelas condutas previstas nos art. 5º de participar de futuras licitações e de contratar com o Poder Público.

Ensina João Marcelo Rego Magalhães<sup>5</sup>, que "uma pessoa jurídica condenada por ato lesivo à Administração Pública à suspensão ou interdição parcial de suas atividades na esfera judicial, não pode, sob o enfoque da moralidade e da eficiência administrativa, licitar ou contratar com o poder público, notadamente quando algumas de suas condutas lesivas são descritas como atentatórias justamente às licitações e aos contratos administrativos, conforme o inciso IV do art. 5º, da Lei 12.856/2013. Todavia, do ponto de vista do princípio da

---

<sup>3</sup> Em regra, será divulgado um resumo da sentença condenatória em jornal de grande circulação da respectiva localidade onde a prática da infração ocorreu.

<sup>4</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Resumo Esquemático sobre a Lei 12.846/13 (Responsabilidade Administrativa e Civil das Pessoas Jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública). Disponível em: <[http://www.dizerodireito.com.br/2013/08/lei-128462013-responsabilizacao-das\\_6.html](http://www.dizerodireito.com.br/2013/08/lei-128462013-responsabilizacao-das_6.html)>. Acesso em 8 abr 2015. p. 1.

<sup>5</sup> MAGALHÃES, op. cit., p. 29-30.



legalidade administrativa, a pessoa jurídica condenada a qualquer sanção da citada Lei 12.856/2013, não fica impedida de licitar e contratar com o poder público" [...].

A competência para instauração do processo administrativo será da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que poderá delegar a instauração ou o julgamento para outro ente público, desde que sejam assegurados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A apuração da responsabilidade no âmbito administrativo deverá ser conduzida por uma comissão designada para este fim específico, e será composta por dois ou mais servidores estáveis. Concluído o processo no prazo máximo de 180 dias, será dada ciência ao Ministério Público para que apure eventuais delitos. As aplicações das sanções administrativas, portanto, não exclui eventual responsabilização penal.

Além da punição na esfera administrativa, a pessoa jurídica também poderá ser responsabilizada na esfera judicial. Assim, se esta praticar algum dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei 12.846/2013, o ente público prejudicado, ou o Ministério Público, deverá ajuizar ação judicial em face da pessoa jurídica infratora, que deverá adotar o rito da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), requerendo uma das punições previstas no rol do art. 19, da Lei Anticorrupção, sem prejuízo daquelas aplicáveis no âmbito administrativo.

## 2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica ganhou força a partir da década de 50, com a publicação do trabalho de Rolf Serick, professor da Faculdade de Direito de Heidelberg, na Alemanha, introduzido no Brasil por Rubens Requião, no seu Curso de Direito Comercial, de 1971.

Em síntese, a teoria da desconsideração sustenta o afastamento temporário da personalidade da pessoa jurídica, em caso de abuso ou fraude, para permitir que os credores lesados satisfaçam os seus créditos no patrimônio pessoal dos sócios ou administradores,

pautando-se no entendimento de que a própria personalidade jurídica é um atributo estabelecido pelo Direito para que sejam realizadas atividades econômicas e alcançados determinados resultados, viabilizando-se a segregação funcional do patrimônio dos sócios em relação ao patrimônio afeto à atividade.

Ensina Gilberto Gomes Bruschi<sup>6</sup> que:

A teoria da descon sideração da personalidade jurídica foi criada com a clara intenção de coibir o mau uso da pessoa jurídica, mas sem comprometer a sua existência. Visa sim a dois objetivos distintos: impedir a prática de fraudes e abusos de direito acobertados pela pessoa jurídica e resguardar os direitos e princípios inerentes a esse instituto.

Nesse sentido, o privilégio de utilizar a personalidade jurídica cessa quando esta é utilizada para que os seus sócios possam furtar-se ao cumprimento de contratos, ou ainda para justificar o erro, a fraude ou praticar o crime.

A teoria não consiste nem em destruir e nem em questionar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, mas sim reforçá-lo, buscando compatibilizar a importância da pessoa jurídica para o sistema econômico vigente, ao mesmo tempo em que coíbe fraude e abusos praticados por seu intermédio. Importante, portanto, é distinguir a descon sideração da personalidade jurídica com o fenômeno da despersonalização.

O emprego do instituto se dará no caso concreto, mediante cognição do juiz, para verificar o seu abuso. A regra, portanto, é da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, devendo apenas excepcionalmente ser descon siderada a sua personalidade para invasão do patrimônio dos sócios<sup>7</sup>.

Importante, ainda, é diferenciar o instituto da descon sideração do fenômeno da despersonalização. Nesse ponto, esclarece Pablo Stolze Gagliano que "a despersonalização, que traduz a própria extinção da personalidade jurídica, e o termo descon sideração, que se

---

<sup>6</sup> BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos Processuais da Descon sideração da Personalidade Jurídica. São Paulo. Ed. Saraiva. 2009. p. 3.

<sup>7</sup> FIGUEIREDO, Fábio Vieira, ALEXANDRIDIS, Georgios, FIGUEIREDO, Simone Diogo de Carvalho. Código de Defesa do Consumidor anotado – São Paulo: Saraiva, 2.011, p. 276



refere apenas ao seu superamento episódico, em função de fraude, abuso ou desvio de finalidade<sup>8</sup>”.

A primeira legislação brasileira a tratar o assunto foi a Lei n. 8.070/90, o Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente, a Lei n. 9.605/98, que trata dos Crimes Ambientais, o Código Civil de 2002 e a Lei Antitruste passaram a prever a possibilidade de aplicação do instituto, estabelecendo ao juiz a prerrogativa para admiti-la.

Entretanto, objetivando o combate a fraudes e conluíus em detrimento do Poder Público, em especial as relações contratuais e decorrentes de licitações, discute-se a possibilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública, e, consoante ensinamento de Ronny Chagas<sup>9</sup>, utilizada sempre de "forma excepcional, nos limites legais, não se perdendo de vista que a criação dessa instituição busca inspiração na vocação ao progresso social e econômico, e não no embuste e nas fraudes comerciais, deturpações provenientes de sua utilização indevida".

Assim, a ausência da previsão legal possibilitando a incidência da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo não é impedimento para sua utilização.

Compartilhando desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça admite a aplicação do instituto pela Administração Pública na hipótese em que "a constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93. A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de

<sup>8</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 270.

<sup>9</sup> CHAGAS, Ronny. Desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/desconsideracao-da-personalidade-juridica-pela-administracao-publica/>>. Acesso em 15 set. 2015.



rma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular<sup>10</sup>.

Há, ainda, precedente do Tribunal de Contas da União, admitindo a desconsideração no âmbito administrativo em situações de comprovada fraude. É o que se depreende da Súmula n. 108 do Tribunal<sup>11</sup>:

Em caso de fraude comprovada, é possível a responsabilização não só da empresa, mas também dos sócios, de fato ou de direito, a partir da desconsideração da personalidade jurídica da instituição empresarial.

Vale dizer que, no âmbito da Fazenda Pública, a Lei Complementar n. 104 de 2001, superou a discussão até então existente sobre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sem a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário, permitindo a autoridade administrativa utilizar o instituto para coibir atos ou negócios dissimulados.

O legislador inovou ao trazer expressamente, no art. 14 da Lei Anticorrupção<sup>12</sup>, a possibilidade do Poder Público realizar a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, autorizando a aplicação de sanções não apenas à pessoa jurídica, mas também aos seus sócios, sempre que utilizada com abuso de direito para encobrir a prática de atos ilícitos previstos na lei.

Trata-se de aplicação em âmbito administrativo da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica, prevista no art. 50, do Código Civil, e não aquela prevista no §5º, do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor, denominada Teoria Menor.

Desse modo, é preciso que haja prova do abuso e a verificação do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, sendo insuficiente a mera insolvência para fins de

---

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS. N. 15.166 BA. Relator Ministro Castro Moreira. 8 de setembro de 2003. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=419301&num\\_registro=200200942657&data=20030908&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=419301&num_registro=200200942657&data=20030908&formato=PDF). Acesso em: 16 de setembro de 2015. p.1.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. AC-1327-20/12-P. Relator Walton Alencar Rodrigues. 30 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em 16 de setembro de 2015.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2012. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 12 abr. 2015.



aplicação do instituto, devendo o Poder Público garantir a ampla defesa e o contraditório ao administrado.

### 3. ACORDO DE LENIÊNCIA. CRÍTICAS. PRESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES E DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO.

A Lei 12.846/2013, no seu art. 16, entretanto, permite a Pessoa Jurídica a celebração de acordo de leniência para abrandar a sua punição. Em verdade, trata-se de espécie de delação premiada, na medida em que, por meio dela, a administração pode buscar a identificação dos demais envolvidos, obter documentos e informações que comprovem o ilícito praticado.

Todavia, para se beneficiar do acordo é preciso que a Pessoa Jurídica observe três requisitos, quais sejam: (i) seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para apuração do ato ilícito; (ii) cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da propositura do acordo; (iii) admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais até seu encerramento.

Uma vez preenchidos todos os requisitos, o acordo de leniência, após celebrado em sigilo<sup>13</sup>, confere a Pessoa Jurídica alguns benefícios. Ficará, por exemplo, isenta da sanção de publicar a decisão condenatória em mídia de grande circulação<sup>14</sup>, permitirá o recebimento de subsídios, incentivos, subvenções, doações e empréstimos de órgãos ou entidades públicas e

<sup>13</sup> Tornar-se-á público após a efetivação do respectivo acordo, exceto se houver interesse das investigações e do processo administrativo.

<sup>14</sup>BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2012. Art. 6º, II. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>.



de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público<sup>15</sup>, bem como ter sua multa reduzida em até 2/3. Entretanto, não eximirá a Pessoa Jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Na hipótese do descumprimento do acordo pela Pessoa Jurídica, ensina Márcio André Lopes Cavalcante<sup>16</sup> que "o processo será reiniciado, ficando impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três anos) contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento".

O art. 17, da Lei 12.846/2013, permite, ainda, a aplicação do instituto no âmbito da Lei 8.666/93. Nesse sentido, vale a explanação de Fernando Moreno Machado<sup>17</sup>:

O acordo de leniência é medida excepcional que relativiza o princípio da indisponibilidade do interesse público e, como tal, deve ser acompanhado de intenso regramento. No caso da Lei 12.846/2013, as sanções previstas são exclusivamente pecuniárias e, para os fins a que se destina, o desconto arrecadatório pode compensar o aprofundamento de investigação a ser realizada pelos órgãos de controle. No entanto, ao permitir a celebração de acordo de leniência das hipóteses dos artigos 88 a 86, se está a abranger as penas de suspensão, impedimento e declaração de idoneidade, cuja razão de ser é bastante distinta das penas de multa e advertência.

Assim, o acordo de leniência é permitido para atenuar ou isentar as sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88, da Lei de Licitações e Contratos, viabilizando a apuração de atos ilícitos praticados.

Ainda em relação ao tema, perdeu o legislador a oportunidade de tornar o acordo de leniência mais atraente. É preciso verificar que inexistente qualquer benefício previsto para as Pessoas Físicas que cometem algum dos ilícitos tipificados na lei.

Embora os requisitos autorizativos para celebração do acordo de leniência devam ser observados pela Pessoa Jurídica, são, em verdade, materializados por pessoas físicas,

---

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2012. Art. 19, IV. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm)>.

<sup>16</sup> CAVALCANTE. op. cit., p. 8.

<sup>17</sup> MACHADO, Fernando Moreno. As sanções administrativas da lei de licitações e a desconsideração da personalidade jurídica. Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Apud DE CAMPOS, Patrícia Toledo; Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção; Disponível em: < [http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/pdf\\_10](http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/pdf_10)>. Acesso em: 10 março. 2015. p. 180.



notadamente seus dirigentes, sócios, administradores que possuem conhecimento das relações negociais e relacionais com o Poder Público.

Conforme ensina João Marcelo Rego Magalhães<sup>18</sup>, "dirigentes e administradores só serão punidos se tiverem o conhecimento do ato lesivo à Administração Pública, tendo em conta que a interpretação conjunta do caput do art. 2º, c/c §1º, do art. 3º não deixa dúvida de que o simples interesse ou benefício é motivo suficiente para aplicação de sanções, não tendo a norma, em momento algum, exigido a conduta lesiva. Assim sendo, a confissão de ato lesivo contra o poder público, normalmente também tipificado como ilícito penal, pode até trazer vantagens à pessoa jurídica, mas certamente trará consequências gravosas às pessoas físicas. Neste ponto, é curioso observar que, quando mais colaborar o dirigente ou administrador, mais reduzida ficará eventual sanção pecuniária a ser imputada à Pessoa Jurídica, e mais implicado ficará o delator na esfera penal".

Ressaltamos, entretanto, que quando da elaboração da Lei 12.529/2011<sup>19</sup>, a qual dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, o legislador elaborou significativo programa de leniência, previsto nos artigos 86 e 87, aplicável tanto às pessoas jurídicas quanto às físicas, possibilitando, em relação a estas, a extinção da punibilidade penal em caso do cumprimento do acordo.

Sobre o tema, importante reflexão do professor Thiago Marrara<sup>20</sup>:

Ora, que pessoa jurídica confessaria uma infração para obter uma redução obscura no valor da multa administrativa que se lhe aplicaria, para se sujeitar a uma dissolução compulsória e para permitir a punição de seus administradores? A ideia de inserir a leniência no processo administrativo para apuração de atos lesivos a Administração Pública se mostrou inovadora, mas uma análise mais profunda da Lei Anticorrupção infelizmente revela que as contrapartidas do mecanismo dialógico criado dificilmente redundarão em benefícios para o desejado combate à corrupção no país, uma vez que elas não geram atratividade suficiente. Para os que estavam preocupados, um alívio! Não será dessa vez que o Estado passará a colaborar com o "inimigo", mas não por falta de vontade sua.

<sup>18</sup> MAGALHÃES, op. cit., p. 35.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em 12 ago. 2015.

<sup>20</sup> MARRRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. Em Consultor Jurídico, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorruptao-permite-inimigo-vire-colega>>. Acesso 25 ago. 2015.



Assim, o acordo de leniência é um instrumento válido, permitindo que o poder público enfrente situações de dificuldade de obtenção de provas e elementos que permitam as consequências estabelecidas pelo ordenamento. Entretanto, ressalte-se que o legislador deixou de assinalar com algum tipo de benefício para que a pessoa física que participa de um ato de corrupção possa trazer informações e colaborar com a justiça.

Dispõe o art. 25, da Lei 12.846/2013, que prescrevem em cinco anos as infrações, contados da data da ciência da infração ou do dia em que tiver cessado – nas hipóteses de infração permanente e continuada. Vale dizer que tanto na esfera administrativa quanto na judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

O legislador adotou a prescrição quinquenal para ilícitos praticados contra a Administração Pública, semelhante ao previsto na Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União<sup>21</sup>, na Lei de Improbidade Administrativa<sup>22</sup>, e na Lei da Prescrição Administrativa<sup>23</sup>.

Entretanto, nada dispôs acerca do prazo em relação à reparação integral do dano, prevista no art. 6º, §3º, da Lei Anticorrupção, o que poderia levar-nos a crer erroneamente que este também prescreveria com o lapso temporal quinquenal.

A ação de reparação integral do dano é imprescritível, conforme se depreende da leitura do art. 37, §5º, da CRFB. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já assentou posicionamento<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Lei n. 8.112 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em 12 de ago. 2015.

<sup>22</sup> BRASIL. Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em 12 ago. 2015.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei n. 9.873 de 23 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9873.htm)>. Acesso em 12 ago. 2015.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.210 DF. Relatoria Min. Ricardo Lewandowski. 4 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26210%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+26210%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cza9j7w>>. Acesso em 18 ago. 2015.



A partir da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o país aprovou dezesseis novas normas para enfrentar a corrupção, incapazes, entretanto, de solucionar a questão. Um dos motivos é o fato dessas leis serem destinadas a punir mais as pessoas envolvidas, especialmente aquelas que exercem serviço ou função pública, do que as empresas e empreiteiras.

Com o surgimento da Lei 12.846, em 2013, a própria administração passou a ter condições de sancionar empresas que com ela se relacionam, seja aplicando multas, instituindo a perda de contratos públicos, bem como determinando seu fechamento, ainda que as empresas desconheçam o envolvimento dos seus funcionários em práticas corruptas.

Em 18 de março de 2015, a Presidente Dilma, através do Decreto 8.429, regulamentou, em âmbito federal, da Lei Anticorrupção. Dentre as principais inovações, está (i) a previsão da competência para instauração do Processo Administrativo de Responsabilização; (ii) o estabelecimento de punição nunca inferior ao valor da vantagem auferida de forma ilícita pela empresa; (iii) a competência da Controladoria Geral da União para celebrar o acordo de leniência; (iv) o dever da empresa de reparar integralmente o dano e de adotar ou aperfeiçoar programa de integridade, que deverá ser estruturado e aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica; e (v) a competência da Controladoria Geral da União para gerir o cadastro nacional de empresas inidôneas suspensas, e o cadastro nacional de empresas punidas, cujos dados serão fornecidos pelas entidades dos três poderes e das três esferas da federação.

Ainda existem pontos polêmicos que deverão ser solucionados tanto por nova regulamentação, como pela atuação do Poder Judiciário. É preciso que haja efetiva fiscalização pelas autoridades competentes para que seja possível coibir práticas corruptas que



tragam prejuízo ao erário público, e afrontam os princípios inerentes à Administração Pública, dentre eles a moralidade.

A aplicação da Lei Anticorrupção deve ocorrer cumulativamente com aquelas presentes na Lei de Licitações, de modo que o objetivo preventivo constante em ambos os ordenamentos seja efetivamente atingido.

## REFERÊNCIAS.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_Lei n. 8666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 12 de ago. 2015.

\_\_\_\_Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em 12 ago. 2015.

\_\_\_\_Lei n 8.112 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em 12 de ago. 2015.

\_\_\_\_Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em 12 ago. 2015.

\_\_\_\_Lei n. 9.873 de 23 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9873.htm)>. Acesso em 12 ago. 2015.

\_\_\_\_Superior Tribunal de Justiça. RMS. N. 15.166 BA. Relator Ministro Castro Moreira. 8 de setembro de 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=419301&num\\_registro=200200942657&data=20030908&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=419301&num_registro=200200942657&data=20030908&formato=PDF)>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_Tribunal de Contas da União. AC-1327-20/12-P. Relator Walton Alencar Rodrigues. 30 de dezembro de 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_Supremo Tribunal Federal. MS 26.210 DF. Relatoria Min. Ricardo Lewandowski. 4 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLLA%2E+E+26210%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+26210%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cza9j7w>>. Acesso em: 18 ago. 2015.



BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Resumo Esquemático sobre a Lei 12.846/13 (Responsabilidade Administrativa e Civil das Pessoas Jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública). Disponível em: < [http://www.dizerodireito.com.br/2013/08/lei-128462013-responsabilizacao-das\\_6.html](http://www.dizerodireito.com.br/2013/08/lei-128462013-responsabilizacao-das_6.html)>. Acesso em 8 abr 2015.

CHAGAS, Ronny. Desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública. Disponível em: < <http://blog.ebeji.com.br/desconsideracao-da-personalidade-juridica-pela-administracao-publica/>>. Acesso em 15 set. 2015.

DE CAMPOS, Patrícia Toledo; Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção; Disponível em: < [http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/pdf\\_10](http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/pdf_10)>. Acesso em: 10 março. 2015.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira, ALEXANDRIDIS, Georgios, FIGUEIREDO, Simone Diogo de Carvalho. Código de Defesa do Consumidor anotado. São Paulo: ed. Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Fernando Moreno. As sanções administrativas da lei de licitações e a desconsideração da personalidade jurídica. Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Apud DE CAMPOS, Patrícia Toledo; Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção; Disponível em: < [http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/pdf\\_10](http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/pdf_10)>. Acesso em: 10 março. 2015.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego; Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013); Disponível em: < <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volume-xi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorrupcao-empresarial-rasileira-lei-n-12-846-2013?Itemid=592>> Acesso em: 10 mar 2015.

MARRRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. Em Consultor Jurídico, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>>. Acesso 25 ago. 2015.

MEDAUAR, Odete; Direito Administrativo Moderno. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



## ALGUNS ASPECTOS SOBRE A CONTROVERTIDA CONSTITUCIONALIDADE DO INTERROGATÓRIO POR MEIO DA VIDEOCONFERÊNCIA

Luiz Felipe Peixoto Freijanes

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Procurador do Município de Mangaratiba.

**Resumo:** A inovação trazida para o direito processual penal brasileiro pela Lei 11.900/2009, com a possibilidade de utilização do interrogatório por videoconferência trouxe uma série de discussões sobre a constitucionalidade da medida, seus limites de aplicabilidade, conflitos entre direitos fundamentais como os da ampla defesa, do devido processo legal, da publicidade, da identidade física do juiz, da eficiência, da celeridade e da economicidade, dentre outros. Esse trabalho destina-se a abordar alguns desses aspectos e verificar a compatibilidade com o ordenamento constitucional pátrio. Pretende-se estudar a harmonização desse recurso, com os direitos do réu no processo penal brasileiro, sob a ótica da constitucionalização do processo penal.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Direito Processual Penal Constitucional. Princípios. Lei da Videoconferência. Interrogatório. Exceção.

**Sumário:** Introdução. 1. Alguns princípios do Direito Processual Penal Constitucional. 1.1. O Princípio do devido Processo Legal. 1.2. Princípios do contraditório e da ampla defesa. 1.3. Princípio da Publicidade. 1.4. Princípio da Imediação e da Identidade Física do Juiz. 2. Alguns aspectos contrários. 3. Alguns aspectos favoráveis. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca sinalizar a adaptação da lei, até então em adaptação no cenário jurídico pátrio, demonstrando como a sua aplicação se coaduna aos princípios constitucionais aplicados no processo penal, dentre eles o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a publicidade e a Imediação, além dos aspectos controvertidos que envolvem a sua aplicação prática.



Nos dias atuais, diversas leis vêm sendo produzidas com a finalidade de tornar os procedimentos mais simples, evitar tramites burocráticos desnecessários e modernizar todo o aparato do Poder Judiciário para possibilitar resultados mais efetivos e céleres, compatíveis com a dinâmica das relações intersubjetivas.

Nesse contexto foi editada a Lei nº 11.900 de 8 de janeiro de 2009, a chamada lei da videoconferência, que veio a permitir a colheita do interrogatório do réu preso por meio da utilização do recurso da videoconferência.

A inovação trazida pela Lei da Videoconferência é a permissão de que o réu seja interrogado por meio da videoconferência em situações excepcionais, nas hipóteses legalmente previstas e desde que exista expressa fundamentação por parte do magistrado, admitindo assim, o legislador a utilização dessa ferramenta como medida excepcional, observando-se, para isso, determinados requisitos e formalidades previstos na própria lei.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, o presente estudo científico, tem por desígnio principal, a análise de algumas controvérsias que envolvem a constitucionalidade do interrogatório por meio da videoconferência, sendo apresentadas as posições doutrinárias mais respeitadas no cenário acadêmico, algumas delas favoráveis e outras contrárias à sua adoção como ferramenta do Direito, pautando-se por metodologias comparativa, jurídico-prospectiva, tópico-problemática e bibliográficas.

Ressalte-se que o presente estudo científico não pretende rechaçar a utilização da videoconferência, pretende-se destacar a utilização das ferramentas introduzidas no campo do Direito como mecanismo de garantia de acesso à Justiça e respeito à dignidade da pessoa humana, ampliando os direitos e garantias do réu, a fim de alcançar uma Justiça mais célere, humana e eficaz.

## **1. ALGUNS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL**



A Constituição da República de 1988 trouxe em seu bojo diversos princípios que devem ser respeitados pelo ordenamento jurídico pátrio, tanto no processo de elaboração e criação das normas jurídicas, quanto na sua aplicabilidade pelos juristas. É a denominada eficácia horizontal dos direitos constitucionais.

No Direito Processual Penal não poderia ser diferente, mormente quando em voga a defesa do direito à liberdade, este sim, garantido pelos princípios que serão analisados adiante.

### 1.1 – O Princípio do Devido Processo Legal

O *due process of law*, dogma constitucional, disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República de 1988: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>1</sup>

Tal princípio, em resumo, significa assegurar ao indivíduo a sua defesa em juízo, pressupondo a tramitação de um processo, seguindo a forma previamente estabelecida em lei. Seria então uma garantia ao justo processo. Mais que isso, seria então a busca pela efetividade do processo.

Representa a existência de um regulamento jurídico que garante às partes um processo justo, ou seja, a tramitação regular do processo, segundo as normas e regras estabelecidas em lei, em obediência a todos os requisitos necessários e fundamentais para a efetividade do processo e da jurisdição. Isso exige a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.<sup>2</sup>

O objetivo do princípio, nesse contexto, é a limitação da atuação estatal, ou seja, um instrumento de defesa contra as arbitrariedades do legislador e por sua vez de leis injustas.

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v.1., 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006., p. 57-58.

<sup>2</sup> FIORENZE, Juliana. *Videoconferência no Processo Penal Brasileiro – Interrogatório on-line*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p.187



Segundo Nery Junior, o conteúdo do princípio do devido processo legal compreende: direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação, direito a um rápido e público julgamento, direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais, direito ao procedimento contraditório, direito a plena igualdade entre acusação e defesa, direito de não ser acusado nem condenado com base em provas obtidas ilicitamente, direito à assistência judiciária gratuita e privilégio contra a auto-incriminação.<sup>3</sup>

Em sua concepção mais atual, o devido processo legal é uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista, que assegura tanto o direito de acesso ao Poder Judiciário, como o desenvolvimento processual de acordo com as normas previamente estabelecidas. Assim, se enfatizam os dois aspectos do devido processo: direito de acesso ao Poder Judiciário e tramitação regular do processo.<sup>4</sup>

O Direito Processual Penal constitucional hoje é uma garantia. Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade.<sup>5</sup>

O Direito Processual Penal deve, assim, para conformar-se com a filosofia garantista, ser lido como um sistema de garantias que encontre o perfeito equilíbrio entre a tutela dos interesses sociais – representados pelo *jus perseguendi* – e a tutela dos interesses individuais – representados pelo *status libertatis* do réu.<sup>6</sup>

## 1.2 – Princípios do contraditório e da ampla defesa

<sup>3</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37.

<sup>4</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, p. 145.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 271.

<sup>6</sup> FIORENZE, op. cit., p. 195.

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Na lição de Tourinho, em todo processo de tipo acusatório, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação a quem se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando assim possa ser condenado sem ser ouvido. Continua o ilustre doutrinador dizendo que a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa.<sup>7</sup>

Na visão de Pacelli, a doutrina mais moderna, além da visão tradicional do contraditório como a garantia de participação no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz, inclui, também a paridade de armas, ou princípio da *par conditio*, na busca de uma efetiva igualdade processual. Para este doutrinador, o princípio do contraditório constitui verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado.<sup>8</sup>

Conclui o autor, que o contraditório, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim, é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal. Afirma, ainda, que as decisões judiciais que tem como suporte a participação efetiva dos

---

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 46.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31.



interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão.<sup>9</sup>

É efetivamente do contraditório, que nasce o exercício da defesa, e é esse que garante aquele. Assim, o princípio da ampla defesa, colocado num plano constitucional, se apresenta como garantia da parte e do próprio exercício da jurisdição.<sup>10</sup>

Em suma, o contraditório implica: conhecimento claro e prévio da imputação; a faculdade de apresentar contra-alegações; a faculdade de acompanhar a produção da prova; poder de apresentar contraprova; a possibilidade de interposição de recursos; direito a juiz independente e imparcial; direito de excepcionar o juízo por suspeição, incompetência ou impedimento; direito a acusador público independente e direito à assistência de defesa técnica por advogado de sua escolha.<sup>11</sup>

A garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo, como oposição ou resistência, mas sim, principalmente, a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento do processo.<sup>12</sup>

Contudo, contraditório e direito de defesa são distintos, pelo menos no plano teórico. Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta, é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 32

<sup>10</sup> FIORENZE, op. cit., p. 197-198

<sup>11</sup> FIORENZE, op. cit., p. 200

<sup>12</sup> Ibid., p. 199-200

O princípio da plenitude de defesa, também denominado de ampla defesa, não pode sofrer qualquer restrição. O princípio é corolário direto do princípio de proteção dos inocentes.<sup>13</sup>

A garantia da ampla defesa apresenta-se sob dois aspectos: defesa técnica e autodefesa. A primeira é condição de paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório, e conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz. A segunda consiste em dois aspectos, o direito de audiência e o direito de presença. O direito de audiência assegura que o acusado possa influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante interrogatório. O direito de presença, de outro lado, manifesta-se pela possibilidade do acusado tomar posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas.<sup>14</sup>

A autodefesa, como integrante que é do devido processo criminal, é indisponível. Mas o seu exercício pode se concretizar ou não, conforme a vontade do acusado. A autodefesa compõe-se de dois aspectos: o direito de audiência e o direito de presença.<sup>15</sup>

A primeira expressão significa, ainda que sucintamente, o direito de ser ouvido por um juiz ou tribunal. O interrogatório traduz o momento processual em que o acusado será ouvido. A importância capital desse ato tornou-se indiscutível desde o momento em que a doutrina passou a concebê-lo como oportunidade para que o acusado apresente a sua versão sobre os fatos, detalhe sua defesa e, desse modo, possa influenciar dialética e contraditoriamente no julgamento final da causa.<sup>16</sup>

A ampla defesa e o contraditório exigem, portanto, a participação dos defensores de co-réus no interrogatório de todos os acusados.

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 201.

<sup>14</sup> HABER, Carolina Dzimidas. A produção da prova por videoconferencia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p.187-220, jan. 2010.

<sup>15</sup> FIORENZE, op. cit., p. 204.

<sup>16</sup> Ibid., p. 204.



O direito de presença, direito de estar presente durante todo o processo, pode ser garantido de duas formas: com a presença física direta na audiência, ou mediante os modernos meios de comunicação, videoconferência, por exemplo. Desde que assegurados todos os direitos e garantias fundamentais, tais como ampla defesa, contraditório e outros, nada pode servir de obstáculo para o uso das modernas tecnologias na Justiça.

A presença do acusado e a sua participação pessoal nos atos processuais constituem expressão concreta da autodefesa, que representa aspecto científico – ao lado da defesa técnica ou formal – do direito constitucional de defesa plena.

Por isso mesmo, a defesa técnica não torna prescindível a autodefesa. A defesa do réu exige uma composição dualística: deve haver tanto a autodefesa da parte, como a defesa técnica do profissional com capacidade postulatória.<sup>17</sup>

### **1.3 – Princípio da Publicidade**

É um princípio próprio do tipo acusatório, significando que os atos processuais são públicos. A essência de um sistema democrático é a publicidade do processo, seja ele civil ou criminal. Os atos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a fim de serem legitimados, devem se revestir da mais ampla publicidade.

No processo penal, o princípio da publicidade tem uma função primordial, qual seja, a de tornar transparente o exercício da jurisdição, assegurando, desse modo, a imparcialidade do juiz. A publicidade constitui, pois, uma defesa contra todo o excesso de poder e um forte controle sobre a atividade estatal.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Vide Brasil. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/06/1990 HC 67775-SP e Brasil. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 18/12/2006 HC 86.634/SP.

<sup>18</sup> FIORENZE, op. cit., p. 237.

No Direito Processual Penal brasileiro, existem basicamente duas regras constitucionais que incidem diretamente sobre a garantia da publicidade, bem como, uma regra processual, quais sejam: a Constituição federal, prevendo que os julgamentos serão públicos, daí falar-se em princípio da publicidade absoluta (artigo 93, inciso IX da CRFB/88), e, por outro lado, diz que poderá haver restrição à publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (artigo 5º, inciso LX da CRFB/88). O CPP, por sua vez, traz a regra da publicidade dos atos processuais, restringindo-a em alguns casos. (artigo 792 do CPP).

#### **1.4 – Princípios da Imediação e da Identidade Física do Juiz**

O princípio da imediação, na esteira do ato do interrogatório, é o princípio mais importante, tendo-se em conta que a videoconferência valoriza e enaltece este princípio.

Segundo o doutrinador português Figueiredo Dias, o princípio da imediação pode ser definido como “a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal, que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base de sua decisão”.<sup>19</sup>

Por este princípio, pode-se concluir que o juiz é o responsável pela direção do processo. Por ele, a atividade processual é exercida na presença dos participantes processuais, e, assim, oralmente.

Tendo em vista que as partes possuem como objetivo a produção de sua prova oralmente, existe a necessidade de que o juiz atue de forma imediata, colhendo a prova oral efetiva e pessoalmente.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1974. Edição Reimpressa. v. I., Coimbra: Coimbra, 2004., p. 232.

<sup>20</sup> FIORENZE, op. cit., p. 225



O objetivo do princípio da imediação é que o magistrado participe diretamente da produção da prova oral para que, posteriormente, tenha melhores condições de avaliá-la.

O processo penal, de estrutura acusatória, adota o sistema da oralidade nos julgamentos predominando a palavra falada em detrimento da palavra escrita. O princípio, ora em análise, está diretamente ligado a outro princípio, o da identidade física do juiz.

O princípio da identidade física do juiz foi introduzido no sistema processual penal brasileiro pelo advento da Lei 11.719/08, que alterou o artigo 399 do Código de Processo Penal (CPP). O parágrafo segundo do artigo 399 do CPP passou a contar com a seguinte redação: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Segundo Souza Neto, “o princípio da identidade física do juiz consiste na vinculação deste, que inicia a instrução, ao processo e ao julgamento da causa”.<sup>21</sup>

Num ordenamento jurídico em que vigora o sistema da livre apreciação da prova, o princípio da identidade física do juiz deve ser seu corolário, pois, só pelo contato direto com o réu, a vítima e as testemunhas, o juiz poderá formar melhor o seu livre convencimento.<sup>22</sup>

## 2. ALGUNS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

O fundamento da inconstitucionalidade, segundo preceitua Bechara, está na alegada violação do princípio da ampla defesa, cujo conteúdo abriga o direito à defesa técnica, o direito à prova, e o direito à autodefesa. O direito à autodefesa, por sua vez, engloba o direito do acusado à audiência ou de ser ouvido, o direito ao silêncio, o direito de entrevista com o defensor e, finalmente, o direito de presença, o qual implica o direito de estar presente nos atos processuais, de participar ativamente durante a sua realização e de entrevista, pessoalmente, com o Juiz de Direito, a fim de que este possa extrair suas valorações e impressões pessoais. O direito-dever do magistrado de conhecer e sentir pessoalmente o

<sup>21</sup> SOUZA NETO, José Laurindo. *Processo Penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 99.

<sup>22</sup> NOGUEIRA apud FIORENZE, op. cit., p.229



acusado e o direito deste ser ouvido pelo Juiz de Direito que irá julgá-lo estão inseridos nos princípios gerais da imediatez e da oralidade.<sup>23</sup>

Segundo Fiorenze, demonstrada a dimensão constitucional do princípio da ampla defesa, que se aplicada em seus exatos termos, inviabilizaria a adoção do sistema da videoconferência, que impede a presença física do acusado no ato processual.<sup>24</sup>

Entretanto, necessário se faz uma leitura menos estrita do princípio da ampla defesa, admitindo que o seu conteúdo sofra uma certa limitação, em razão da necessidade de preservação de outros valores com igual índole constitucional que porventura possa confrontar, respeitando-se, assim, o princípio da proporcionalidade.<sup>25</sup>

Para os contrários ao uso da videoconferência, não obstante a existência de fatores econômicos e de segurança criarem um ambiente favorável ao acolhimento do sistema, faz-se necessária uma rigorosa análise acerca da legalidade da sua utilização, de forma a não agredir princípios constitucionais nos quais se fundam as regras do devido processo legal e a ampla defesa do acusado. Preceituam os contrários, que o interrogatório é ato pessoal, e a adoção do sistema implicaria odiosa segregação e perigosa ruptura do dever jurisdicional.<sup>26</sup>

Questiona-se, inicialmente, a inconstitucionalidade do referido procedimento à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de modo que todo o acusado tem o direito de falar direta e pessoalmente com seu julgador. Há ofensa, ainda, a outros princípios constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa e o devido processo legal, bem como, ao princípio da publicidade. Infringe, por fim, o disposto no art. 9º, §3.º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Pacto de Nova Iorque, e o art. 7.º, §5.º, da

---

<sup>23</sup>BECHARA, Fábio Ramazzini. *Videoconferência. Princípio da Eficiência X Princípio da Ampla Defesa (Direito de Presença)*. São Paulo. Jus Vigilantibus. Disponível em <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/17859](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/17859)>. Acesso em: 15 set. 2011.

<sup>24</sup>FIorenze. op. cit., p. 127.

<sup>25</sup>Ibid., op. cit., p. 128.

<sup>26</sup>Ibid., p. 128.



Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, os quais determinam que o réu deva ser conduzido à presença física do juiz.<sup>27</sup>

Segundo o criminalista D'Urso<sup>28</sup>, a videoconferência impede o contato físico entre o magistrado e o acusado, condição fundamental para definir a apreciação da prova, sendo o interrogatório a peça fundamental de defesa, na qual o réu busca refutar as acusações contra ele. Afirma ainda que com a utilização do sistema da videoconferência o preso pode sofrer coação, mesmo que se dê psicologicamente, uma vez que estará no ambiente prisional, o que não acontece na presença do juiz. Em sua opinião, esse sistema revela-se perverso e desumano, afastando o acusado da única oportunidade que tem ele de falar ao seu julgador, trazendo frieza e impessoalidade ao interrogatório. Para ele, a ausência de voz, do corpo e do olho no olho, redundam em prejuízo irreparável para a defesa e para a própria justiça, que terá que confiar no Diretor do presídio ou em outro funcionário, que fará a ponte tecnológica com o julgador.

Para Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>29</sup>:

Não há como falar em processo penal sem a presença do maior interessado na decisão – o acusado – nos atos processuais, que assim são qualificados exatamente pela circunstância de serem realizados diante do juiz e com a intervenção das partes. Daí ser inviável, a menos que se considere o processo como simples encenação ou formalidade, a ouvida do preso como acusado, ou mesmo como testemunha em outro processo, sem que o mesmo esteja fisicamente presente ao ato processual correspondente. Por mais sofisticados que sejam os meios eletrônicos, somente a presença efetiva da audiência pode assegurar a comunicação entre os sujeitos processuais. Basta lembrar que até mesmo para aferir a sinceridade ou falsidade de uma declaração conta muito a percepção direta e imediata das reações do réu ou da testemunha.

Seria necessário, portanto, a garantia do contato físico entre acusado e juiz, assegurado, inclusive pelo Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos ao determinar, em seu art. 14, 2, d, que toda pessoa acusada tem o direito a estar presente em seu julgamento e a defender-se, pessoalmente ou por intermédio de um defensor de sua escolha, e pelo art.

<sup>27</sup> Ibid., p. 128-129.

<sup>28</sup> D'URSO apud FIORENZE. op. cit., p. 130.

<sup>29</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Garantismo à paulista (A propósito da videoconferência), *Boletim IBCCRIM*, Ano 12, nº 47, fevereiro de 2005.



7.º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao preconizar o direito do réu de ser conduzido à presença do juiz, sem falar da previsão constitucional da garantia à ampla defesa prevista no art. 5.º, inciso LV da CRFB/88.<sup>30</sup>

Para os doutrinadores contrários a inovação tecnológica advinda da utilização do sistema da videoconferência, o Judiciário se transforma em uma coisa fria, desumana. Ainda que a imagem seja transmitida em tempo real pela tela do computador, ausente estaria o calor do olhar, pois ausente o réu que, muito embora conectado à máquina, ainda estará dentro da penitenciária e sob todas as influências desse ambiente.

No interrogatório, por ser o momento próprio de o acusado participar direta e ativamente no processo, demonstrando ou não, sua inocência, teria o acusado o direito de manter um diálogo humano com o seu julgador, levando-lhe suas emoções, versões, sentimentos e expressões, a fim de que o mesmo avalie da melhor forma o seu depoimento.<sup>31</sup>

Para Ana Sofia Schimdt de Oliveira<sup>32</sup>, a videoconferência pode ser um progresso em termos tecnológicos, mas é um retrocesso em termos humanitários. Ressalta que os gestos, a entonação da voz, a postura do corpo, a emoção do olhar, dizem, por vezes, mais que palavras. Para ela, o interrogatório é o único ato processual em que é dada voz ao réu no processo penal. O progresso tecnológico deve ser valorizado, mas que a economia de tempo ou de dinheiro não pode ser a um custo tão alto. Por isso:

Mensagens subliminares são transmitidas e recebidas dos dois lados, ensejando, por vezes, rumos inesperados [...] Os muros das prisões são frios demais e não é bom que estejam entre quem julga e quem é julgado.<sup>33</sup>

Submetida a matéria à Procuradoria do Estado da São Paulo, a Chefe da Procuradoria de Assistência Criminal, Dra. Ramos, invocando o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 9.º, n.º 3) e a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José

<sup>30</sup> HABER, Carolina Dzimidas. A produção da prova por videoconferência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p.205-206, jan. 2010.

<sup>31</sup> FIORENZE. op. cit., p. 131.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schimdt de. Interrogatório on-line. *Boletim IBCCRIM*, n.º 42, p.01, jun. 1996.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 01.



da Costa Rica – (art. 7.º, n.º 5), sustenta que o sistema de videoconferência fere o princípio da ampla defesa do acusado porque “é imprescindível a presença física do acusado perante a autoridade judicial competente”<sup>34</sup>.

Sustenta, ainda, que há necessidade de publicidade<sup>35</sup> dos atos judiciais. Assim, se as audiências nos presídios fossem realizadas com as portas abertas, haveria igual perigo de resgate de presos. Afirma que o reconhecimento do acusado pela vítima e testemunhas fica prejudicado, porque a imagem do vídeo distorce a imagem real, prejudicando a verificação da altura e cor da pelo do acusado, por exemplo.

Consequentemente, a posição da Procuradora é contrária ao sistema proposto, contando com o apoio de outros Procuradores de seu Estado que são contrários à implantação da audiência virtual. Afirmam que a audiência por videoconferência poder ensejar eventual vício de reconhecimento e violar princípios inconstitucionais, por ser, como já exposto, anteriormente, a presença física imprescindível para se aferir a verdade dos fatos.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo elenca uma série de normas que podem ser questionadas com a adoção da videoconferência. Dentre elas, o devido processo legal, a formalidade quanto ao lugar da prática dos atos processuais, a restrição da publicidade<sup>36</sup> e o prejuízo ao contraditório, visto que o preso estará muito próximo do carcereiro, do “chefe do raio”, do “xerife da cela”, do coimputado preso que deseja delatar, possibilitando que

---

<sup>34</sup> RAMOS apud FIORENZE, op. cit., p. 132.

<sup>35</sup> Nesse mesmo sentido Adriano Salles Vanni e Marion Wander Machado afirmam que a restrição da publicidade tornará impraticável o direito de defesa do réu quando ele estiver preso, porque a sua maior garantia reside na presença com o magistrado, na sala de audiências, quando efetivamente, sentirá a proteção do Poder Judiciário para exercer o seu direito de defesa. VANNI e MACHADO apud SAGGIORO. Luciane Castaldi. O interrogatório do réu por videoconferência: uma abordagem interdisciplinar. Rio de Janeiro: *Revista Forense*. 2010, v. 106, n. 412, nov./dez., p. 185.

<sup>36</sup> Rômulo de Andrade Moreira destaca que, no direito comparado, países como Espanha, Itália, França e Alemanha já adotam a videoconferência para a oitiva dos acusados. No entanto, também levanta sérias dúvidas a respeito da publicidade do ato processual, partindo do pressuposto de que o interrogatório, em tais casos, é realizado no interior de um estabelecimento prisional, o que torna vulnerável a garantia de publicidade em sua perspectiva de acompanhamento irrestrito, por qualquer do povo, do exercício da atividade jurisdicional. MOREIRA apud SAGGIORO. Luciane Castaldi. O interrogatório do réu por videoconferência: uma abordagem interdisciplinar. Rio de Janeiro: *Revista Forense*. 2010, v. 106, n. 412, nov./dez., p. 185.

qualquer desentendimento prévio (inclusive com uma quadrilha interna) reduza o próprio exercício da autodefesa.<sup>37</sup>

Nas lições de Aury Lopes Junior<sup>38</sup>:

Sob o pretexto dos altos custos e riscos (como se não vivêssemos numa sociedade de risco) gerados pelo deslocamento de presos “perigosos”, o que estão fazendo é retirar a garantia da jurisdição, a garantia de ter um juiz, contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e de assepsia da jurisdição. Matam o caráter antropológico do próprio ritual judiciário, assegurando que o juiz sequer olhe para o réu, sequer sinta o cheiro daquele que ele vai julgar.

Ainda nas palavras de Aury Lopes Jr.<sup>39</sup>:

É a visão de que o Processo Penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais do acusado, de limitação do poder para obter o necessário respeito à esfera de dignidade do réu.

[...]

Existe um verdadeiro direito à presença física no processo penal, e isso está consubstanciado no valor dignidade e humanidade. Claro que nos criticarão por essa postura, rotulando-nos de (neo) iluministas – como se isso fosse ofensivo. Assumimos uma posição conservadora, mas coerente para quem até hoje não compreendeu como é que se pode fazer interrogatório on-line ou sexo virtual.

Na visão de D’Urso o interrogatório on-line é um “desastre humanitário” e de acordo com Dotti, uma “cerimônia degradante”. Com certeza, a Constituição Federal garante o respeito à dignidade da pessoa humana e ao regime democrático, assim, conclui-se que o processo penal deve observar o devido processo legal, assegurando-se o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. A preservação desses postulados é dever de todos aqueles que pregam o Estado de Direito<sup>40</sup>.

Para Haddad<sup>41</sup>:

O interrogatório é peça de defesa, que fica prejudicada pelo uso da videoconferência. A oitiva on-line impede o imprescindível contato físico entre a Magistratura diante da livre apreciação da prova e, também, viola a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>37</sup> PITOMBO apud SAGGIORO. Luciane Castaldi. O interrogatório do réu por videoconferência: uma abordagem interdisciplinar. Rio de Janeiro: *Revista Forense*. 2010, v. 106, n. 412, nov./dez., p. 185.)

<sup>38</sup> LOPES JR., Aury. O interrogatório on line no processo penal: entre a assepsia jurídica e o sexo virtual. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 13, nº154, p. 6-7, set. 2005, p.6.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p.6.

<sup>40</sup> FIORENZE. *op. cit.*, p. 136.

<sup>41</sup> HADDAD apud FIORENZE, *op. cit.*, p. 136.



Os contrários chegam, por fim, à conclusão de que o interrogatório virtual traz sérios prejuízos ao acusado uma vez que anula sua condição básica de ser humano, impedindo-lhe um contato honesto, sério e efetivo com seu julgador.

### 3. ALGUNS ASPECTOS FAVORÁVEIS

Dentre os adeptos à utilização do sistema, afirma o Dr. Edison Aparecido Brandão, primeiro Juiz a utilizar o interrogatório por videoconferência no país no ano de 1996, ser bastante estranho que, no final do século XX, se imagine ainda que o uso da videoconferência deixaria desguarnecido o réu em seus direitos fundamentais<sup>42</sup>.

Andrey Borges de Mendonça analisa a controvérsia acerca da constitucionalidade do interrogatório por videoconferência sob a perspectiva da violação aos princípios da publicidade, da ampla defesa, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal<sup>43</sup>.

Com relação à alegada falta de publicidade do ato, por vezes erigida como um dos óbices do interrogatório virtual, tampouco é de ser considerada. Com a moderna tecnologia, milhares e milhares de pessoas podem assistir ao ato simultaneamente, como de resto inúmeros atos são assistidos em nível mundial, simultaneamente, via internet. O acesso à informação no processo nitidamente estará sendo democratizado, eis que, de qualquer ponto do mundo, qualquer pessoa poderá assistir ao ato que bem entender. É o princípio da publicidade levado a limites insuspeitos<sup>44</sup>.

Na verdade, o teleinterrogatório amplia sobremaneira a publicidade do ato. O depoimento é tomado em sala especial do local de detenção, com a presença de um defensor público, dativo ou constituído, e de um oficial de justiça. O acesso a esse recinto deve ser

<sup>42</sup> BRANDÃO, Edison Aparecido. Do interrogatório por videoconferência. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 755, p. 504-506, set. 1998.

<sup>43</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada* – artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Método. 2009, p.318.

<sup>44</sup> FIORENZE, op. cit., p. 137-138.

livre para qualquer pessoa, inclusive da comunidade externa ao presídio, com as devidas cautelas. Ademais, o ato pode ser acompanhado *on-line*, pela internet, por qualquer interessado<sup>45</sup>.

Assevera Tornagui<sup>46</sup> que:

[...] o interrogatório é a grande oportunidade que tem o juiz para, no contato direto com o acusado, formar juízo a respeito de sua personalidade, da sinceridade, de suas desculpas ou de sua confissão, do estado da alma em que se encontra, da malícia ou negligência com que agiu, da sua frieza e perversidade ou de sua elevação e nobreza; é o ensejo para estudar-lhe as reações, para ver, numa primeira observação, se ele entende o caráter criminoso do fato e para verificar tudo o mais que lhe está ligado ao psiquismo e à formação moral [...] A palavra do acusado, circundado de sua atitude, de seus gestos, de seu tom de voz, de sua espontaneidade, pode dar ao juiz um elemento de convicção insubstituível por uma declaração escrita, morta, gélida, despida dos elementos de valor psicológico que acompanham a declaração falada. Já os práticos da Idade Média exigiam o interrogatório oral.

Fiorenze afirma que a insuperável lição do mestre Tornagui não merece reparos. Todavia, é de se ver que nada, coisa alguma desses detalhes e momentos se perdem com a videoconferência. O interrogatório continua a ser oral. O contato visual permanece e é ampliado pelas tecnologias de captação, amplificação e aproximação de som e imagem<sup>47</sup>.

Para Brandão<sup>48</sup>, recriar-se pura e simplesmente a tecnologia jamais ajudará a Justiça a cumprir seu papel nestes tempos que virão. Concluindo, em defesa da videoconferência que:

O conservadorismo de alguns juristas e o apego aos velhos formalismos são males da própria ciência do direito. Tanto é, que anularam as primeiras sentenças datilografadas – uma verdadeira inovação para época – e, mais recentemente, as digitadas em computador (destas eu não escapei; também tive sentenças anuladas por tal motivo no final dos anos 80). Pergunta simples: muitos dos desembargadores e ministros que anularam sentenças digitadas em computador e que ainda judicam anulariam hoje uma sentença ou todas as sentenças só porque digitadas? Todos perderam o medo do novo e tiveram de reconhecer as benesses advindas com os avanços tecnológicos, que engoliu medos e preconceitos, que dominou o apego aos formalismos. Acredito que o mesmo ocorrerá com a videoconferência judicial, embora com mais de uma década de atraso. Não importa, contanto que sejam debelados os sintomas do conservadorismo no direito.

<sup>45</sup> D'URSO apud FIORENZE, op. cit., p. 138.

<sup>46</sup> TORNAGUI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. III p. 812.

<sup>47</sup> FIORENZE, op. cit., p. 137-138.

<sup>48</sup> BRANDÃO, op. cit., p. 504-506.



Na realidade, o debate somente se sustenta dentre aqueles juristas e aplicadores do direitos mais conservadores e receosos ao avanço tecnológico que a sociedade atual impõe com enorme velocidade, e o Poder Judiciário não poderia estar fora desse contexto, atendendo aos anseios de uma justiça mais célere e eficaz.

Nessa conjuntura, o Juiz Luiz Flávio Gomes<sup>49</sup>, partindo do pressuposto de que alguns magistrados só concediam a liberdade provisória ao preso depois do interrogatório, o que resultava em que o preso podia ficar até um mês na prisão antes de ter sua situação examinada, esclarece que:

Foi pensando fundamentalmente no Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos (oitiva imediata do preso pelo juiz), bem como, na indigna e desumana situação criada pela “burocracia”, não em comodidade, e muito menos em “asepsia”, que tomamos a iniciativa de concretizar o chamado “interrogatório à distancia” (on-line), que pode ser realizado conforme as circunstancias, em 24 horas.

Mostrando as vantagens, hoje, da utilização do sistema assevera, ainda que:

Evita-se o envio de ofícios, de requisições, de precatória, é dizer, economiza-se tempo, papel, serviço, etc. Pode-se ouvir uma pessoa em qualquer ponto do país sem necessidade do seu deslocamento. Eliminam-se riscos, seja para o preso (que pode ser atacado quando está sendo transportado), seja para a sociedade. Previne acidentes. Evita fugas. O transporte do preso envolve gastos com combustível, uso de muitos veículos, escolta, muitas vezes gasto de dinheiro para o transporte aéreo, terrestre, etc. O sistema do interrogatório à distancia evitaria todos estes gastos. Representaria uma economia incalculável para o erário público, e mais policiais nas ruas, mais policiamento ostensivo, mais segurança pública. Realizando-se o interrogatório prontamente por computadores, praticamente o preso não interrompe sua rotina no presídio, isto é, não precisa se ausentar das aulas quando está estudando, não precisa se privar da assistência religiosa, não precisa cessar seu trabalho. Isso significa vantagens para a sua ressocialização, principalmente porque o trabalho permite remissão.

Fiorenze aduz que pelo sistema até aqui concretizado “fisicamente” o juiz não vê o rosto (nem as expressões corporais) do acusado. Mas isso já ocorre com muita frequência, seja quando o interrogatório é feito por precatória, seja quando é o Tribunal que condena o acusado. As expressões corporais, de outro lado, são suscetíveis de interpretações diversas. Um acusado tremulo, por exemplo, significa que está revoltado por ser inocente ou que está “intimidado” por estar prestando contas à Justiça? O juiz, por outra parte, não pode registrar

---

<sup>49</sup> GOMES apud FIORENZE, op. cit., p. 141-142.



nos autos a “sua” impressão, subjetiva, dos movimentos corporais do acusado, e não pode julgar baseando-se apenas em questões subjetivas quanto à personalidade do mesmo. Deve sempre ater-se aos autos, pois o que não está nos autos, não existe no mundo<sup>50</sup>.

Pinto<sup>51</sup>, nesse ponto, aponta que:

Outro dado um tanto polêmico, é o que se refere à necessidade da presença do réu, no interrogatório, próximo ao juiz (quer dizer, no mesmo ambiente), a fim de que todas as suas reações sejam captadas. Primeiro que não se tem notícia de interrogatório no qual o juiz tenha feito consignar que, ao formular determinada pergunta, viu-se o réu acometido de intenso rubor facial ou de tremor nas mãos. Segundo, que essa espécie de constatação viria carregada por tamanho subjetivismo, que a tornaria incapaz de conter algum valor probatório ou de prestar-se como elemento de defesa em favor do réu.

[...] Quando o interrogatório é realizado por meio de carta precatória (cujas validades foram inúmeras vezes reafirmadas pelo STF), também não há qualquer contato entre o juiz sentenciante e o acusado. Pior: quantas vezes o tribunal, em grau de recurso, altera a sentença – seja para absolver ou para condenar – valendo-se, como elemento de prova, do interrogatório judicial, do qual, apenas conheceu através da letra fria impressa no papel, sem que nenhum contato visual com o réu tenha ocorrido. Vê-se, destarte, que jamais se condicionou a validade da decisão ao obrigatório contato entre réu e julgador.<sup>52</sup>

Na visão de Luiz Flávio Gomes<sup>53</sup>, não ver o rosto do acusado não significa perda da sensibilidade do juiz (é dizer, sua ‘robotização’). Nem jamais, redução das garantias fundamentais. Ao acusado deve-se dar a oportunidade, no interrogatório, de apresentar sua defesa da forma mais ampla possível. O sistema on-line facultava essa ampla defesa. Tudo que é dito é registrado. Não prejudica a qualidade da prova.

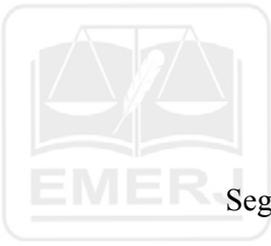
<sup>50</sup> FIORENZE. op. cit., p. 142.

<sup>51</sup> PINTO apud FIORENZE, op. cit., p. 142-143.

<sup>52</sup> Para o Juiz de Direito, Dr. Fábio Wellington Ataíde Alves, não se sustenta o argumento de que o interrogatório presencial proporciona o exame da personalidade do agente. Tais raciocínios estimam um resgate aos ideais do Direito Penal do autor: O interrogatório não pode ser reduzido a um momento de exame da personalidade, por meio da qual se identifique o inimigo. Conforme tem decidido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o juiz não possui “habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir ‘diagnósticos’ desta natureza. ALVES, Fábio Wellington Ataíde. *O consentimento do acusado para o interrogatório por videoconferência. Uma nova dimensão para o direito de presença*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1580, 29 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10587>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

Renata Gomes Nunes, nesse mesmo sentido, preceitua que por não se tratar de romance, mas de uma relação jurídica, é forçoso convir que o interrogatório virtual deve dotar o juiz de informações (e não de sensações!!!) e dados necessários para formar seu juízo de valor. E, ainda que o réu seja um exímio artista da dramaturgia, no afã de apelar para a sensibilidade do magistrado, a prolação da sentença (quer condenatória ou absolutória) há que se dar com fundamento no Código de Processo Penal e nas ilações extraídas das provas produzidas nos autos. Diante de tais circunstâncias, perde força a alegação de que a falta de contato físico com o juiz viola garantia constitucional do réu. NUNES, Renata Gomes. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XII, nº. 284, 15 de novembro de 2008, p. 13.

<sup>53</sup> GOMES, Luiz Flavio. O interrogatório à distancia (on-line). *Boletim IBCCRIM*, nº 46. Jun:1996.



Segundo o Desembargador Dr. Bonilha<sup>54</sup> os atos processuais praticados pelo sistema da videoconferência são compatíveis com as normas do CPP. Na visão do magistrado, a distância física entre réu e julgador não impede, na sistemática adotada, que os mesmos se avistem e mantenham diálogo em tempo real. Sustenta que o sistema garante a presença de um advogado e de um promotor junto ao magistrado, presenciando o ato. Garante, também, a presença de um advogado junto ao réu, na penitenciária. Dessa forma, não é violado o art. 185 do CPP, porquanto o ato se realiza entre o réu perante a autoridade judiciária, dando-se oportunidade do réu e seu advogado participarem ativamente dos atos processuais praticados. Não haveria, então, ofensa ao princípio da ampla defesa. Assegura-se, assim, que o réu não sofre qualquer coação.

Sob outro ponto de vista é imperioso afirmar que o interrogatório de presos por meio de videoconferência oferece economia para o Estado, como escolta, combustível e depreciação de veículos. Além de evitar riscos à segurança do réu, o sistema afasta qualquer possibilidade de resgate, por não haver deslocamento do preso<sup>55</sup>.

A justiça não pode ficar excluída dos avanços dos meios de comunicação, estes devem ser integrados aos procedimentos processuais para melhor atender as necessidades da sociedade pós-moderna.

Não se pode apenas pensar naquilo em que as modernas tecnologias podem prejudicar o acusado. Deve-se superar a barreira do medo e ousar, sempre com razoabilidade e equilíbrio<sup>56</sup>.

A videoconferência, utilizada hoje como ferramenta do direito, causa a mesma reação provocada pela máquina de escrever ou a estenotípa. Toda mudança de paradigma implica traumas, o que é normal, mas, de qualquer forma, não se trata de abominar o formalismo, e sim compatibilizá-lo com o progresso. O judiciário não pode se tornar um excluído digital ou

---

<sup>54</sup> BONILHA apud FIORENZE, op. cit., p. 148.

<sup>55</sup> FIORENZE, op. cit., p. 150.

<sup>56</sup> Ibid., p. 151.

informativa. A modernidade tem que se harmonizar com a plenitude de defesa. Todo esse aparato tecnológico deve ser utilizado para assegurar a liberdade do indivíduo, sujeito de direitos e deveres, conciliando-se, assim, a efetiva proteção com os direitos fundamentais<sup>57</sup>.

Nas palavras do jurista Luiz Flávio Gomes<sup>58</sup>:

É estarecedora, para dizer, no mínimo, a discussão sobre se a Justiça brasileira deve ou não ser incluída em todo esse processo de modernização. (...) Não vejo, sinceramente, nenhum mal na utilização de toda essa inovação tecnológica no âmbito da Justiça, ao contrário, isso constitui considerável avanço, que até pode combater a sua clássica morosidade, mas desde que todas as garantias constitucionais dos acusados e das vítimas sejam devidamente preservadas.

Não há que existir receio ou temor diante de novas situações e de novas leis para regular matérias relacionadas com as novas áreas do Direito, quando se verificar tecnicamente a sua indispensabilidade. O Direito, por sua vez, é que deve adaptar-se às mudanças, pois, se contrário fosse, o Direito positivo seria um obstáculo ao progresso, atravancando o desenvolvimento da civilização. Nesse sentido, a interpretação e a aplicação do Direito devem levar em consideração a realidade sociocultural atual, para lograr não só aceitabilidade ou razoabilidade, como também para ser legítimo<sup>59</sup>.

Sob o enfoque do devido processo legal, em seu aspecto formal, exige-se a observância das garantias e formalidades previstas em lei. Assim, desde que assegurada a observância de todas as disposições legais, tais como, a necessidade de fundamentação, intimação prévia, publicidade, presença de advogados, etc, a videoconferência jamais irá ferir algum direito ou garantia do réu.

Já em seu aspecto material, o devido processo legal está vinculado ao princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, envolvendo os seus três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>57</sup> FIORENZE, op. cit., p. 151-152.

<sup>58</sup> GOMES apud FIORENZE, op. cit., p. 153.

<sup>59</sup> FIORENZE. op. cit., p. 154.



Assim, segundo Andrey Borges de Mendonça<sup>60</sup>, a videoconferência atende à adequação, pois a restrição ao direito de presença física é apta a alcançar os fins desejados, como por exemplo, evitar fugas, garantir a ordem pública, assegurar a participação do réu e evitar a sua influência sobre testemunhas.

A medida também se faz necessária quando admitida em situação excepcional, sendo a menos gravosa a ser adotada, ou seja, sendo medida subsidiária.

Por último, a videoconferência atende o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que as vantagens decorrentes de sua utilização são muito superiores as desvantagens de sua não utilização. Quanto às vantagens pode-se afirmar que a adoção da videoconferência traz mais segurança à sociedade, uma vez que diminui o risco de fuga, gera economia aos cofres públicos, aumenta o efetivo número de policiais nas ruas, atuando em suas funções típicas, torna o processo mais célere e contribui para o respeito à razoável duração do processo.

Ao citar apenas algumas vantagens, pode-se vislumbrar que os direitos e garantias do réu, com a adoção do novo sistema, observando-se as disposições legais, não são apenas respeitadas, como também, ampliadas, permitindo a realização dos atos processuais pelo próprio juiz do processo, potencializando o princípio da identidade física do juiz.

## CONCLUSÃO

O interrogatório, constitui o ato processual em que o direito de audiência do réu será efetivamente materializado. É nesse momento que o réu expõe ao magistrado a sua versão dos fatos, fornecendo elementos que podem influenciar na decisão do juiz e por isso, é reconhecido como um meio de defesa e fonte de prova.

---

<sup>60</sup> MENDONÇA. op. cit., p. 322.



A modernização e informatização da justiça, através da adoção de procedimentos informatizados, são uma realidade. A Lei 11.900/2009 é um exemplo disso. O grande cerne da questão, que envolve o tema, está no conflito entre os benefícios e os riscos que advém da uniformização e padronização dos procedimentos e como compatibilizá-los com o exercício da autodefesa do réu.

Sob o viés da efetividade, celeridade, economia processual, razoável duração do processo, a utilização da videoconferência, como mecanismo de colheita de prova, significa um grande avanço.

A nova Lei buscou harmonizar os interesses da sociedade com os interesses do réu. O Estado, titular exclusivo do *ius puniendi*, não pode impor ao réu, sob a justificativa de zelar pela segurança pública e agilização de procedimentos, restrição aos seus direitos. Princípios fundamentais, principalmente, os da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da ampla defesa são cláusulas pétreas e não admitem exceções.

Em princípio, a nova Lei de videoconferência não viola, ainda que abstratamente, nenhum direito do réu. Tal análise deve ser observada, à luz do caso concreto, pelo Juízo. Nada impede que o interrogatório seja realizado pessoalmente – fisicamente – pelo juiz, se assim ele entender necessário, ou que o Tribunal declare o ato, realizado sob o procedimento da videoconferência, nulo, por violação a algum dos direitos inerentes ao réu.

Pode-se afirmar que com zelo, cautela, prudência e responsabilidade, a videoconferência é um recurso tecnológico que traz mais benefícios que prejuízos tanto para o réu quanto para a sociedade, desde que, respeitadas as cautelas e hipóteses previstas em lei.

A adoção do interrogatório virtual como regra no processo penal é inadmissível. A legitimação da utilização da videoconferência estará sempre vinculada à excepcionalidade da situação, da necessidade concreta de sua aplicação e da motivação do magistrado ao optar pela forma como vai inquirir o acusado, ou seja, se vai optar pela presença física ou pela

presença virtual do réu preso ou acusado. E constando-se qualquer prejuízo, os direitos fundamentais do réu deverão ser preservados, evitando-se assim, qualquer risco de tornar mecânica a atividade judicial.

Por outras palavras, se os benefícios trazidos para a sociedade, com a adoção da videoconferência, como a celeridade, a razoável duração do processo, a segurança jurídica e a eficiência da prestação da tutela jurisdicional se compatibilizarem com os direitos fundamentais do réu, acusado ou preso, a nova Lei alcançará o fim a que ela se destinou, fazendo com que a justiça, severamente criticada nos dias atuais, seja acima de tudo um pouco mais humana.

Entretanto, se o recurso da videoconferência for utilizado de forma mecanizada e dissimulada, visando, a qualquer custo, a celeridade e à economicidade aos cofres públicos, com desrespeito às situações excepcionais previstas na Lei, a utilização da videoconferência ocultará um verdadeiro desrespeito ao Estado Democrático de Direito uma vez que serão violados os postulados fundamentais da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da ampla defesa, cláusulas pétreas previstas em nossa Constituição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. *O consentimento do acusado para o interrogatório por videoconferência. Uma nova dimensão para o direito de presença*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1580, 29 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10587>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Videoconferência. Princípio da Eficiência X Princípio da Ampla Defesa (Direito de Presença)*. São Paulo. Jus Vigilantibus. Disponível em <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/17859](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/17859)>. Acesso em: 15 set. 2011

BRANDÃO, Edison Aparecido. Do interrogatório por videoconferência. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 755, set. 1998.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/06/1990. HC 67775-SP.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 18/12/2006. HC 86.634/SP.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1974. Edição Reimpressa. v. 1, Coimbra: Coimbra, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. *Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIorenze, Juliana. *Videoconferência no Processo Penal Brasileiro – Interrogatório on-line*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Luiz Flavio. O interrogatório à distancia (on-line). *Boletim IBCCRIM*, nº 46. Jun: 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Garantismo à paulista (A propósito da videoconferência), *Boletim IBCCRIM*, Ano 12, nº 47, fevereiro de 2005.

HABER, Carolina Dzimidas. A produção da prova por videoconferência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, jan. 2010.

LOPES JR., Aury. O interrogatório on line no processo penal: entre a assepsia jurídica e o sexo virtual. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 13, nº154, p. 6-7, set. 2005.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada – artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Método. 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado. 1997.

SAGGIORO. Luciane Castaldi. *O interrogatório do réu por videoconferência: uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: *Revista Forense*. 2010, v. 106, n. 412, nov./dez.

SOUZA NETO, José Laurindo. *Processo Penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2006.

TORNAGUI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, t. 3., 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 28. ed., v.1., São Paulo: Saraiva, 2006.



## O SURGIMENTO DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA ANTES DA CITAÇÃO EM EXECUÇÃO FISCAL POR VIOLAÇÃO DA ESTABILIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA

Luiz Felipe Ribeiro Gomes Capaverde

Graduado pela Faculdade de Direito de Campos. Advogado. Pesquisador do Serviço de Pesquisa para Magistrados da Biblioteca da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O artigo ora proposto tem por exame não somente a Prescrição Tributária antes da citação em Execução Fiscal por violação da Estabilidade da Relação Jurídica, sob o ângulo formal, mas também a vertente material. No decorrer do trabalho, há uma reflexão sobre a aplicabilidade da Ementa n. 106 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, utilizada indistintamente pelas Fazendas Públicas, ignorando o texto da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que introduziu uma série de reformas no Judiciário, concluindo-se por indicar soluções práticas e alternativas para que o contribuinte saiba agir quando ocorre abuso de autoridade e desvio de finalidade, passíveis de alegação da Prescrição do Crédito Tributário.

**Palavras-chave:** Direito Tributário. Código Tributário Nacional. Lei de Execuções Fiscais. Emenda Constitucional n. 45. Teoria do Abuso do Direito. Teoria do Desvio de Finalidade. Prescrição do Crédito Tributário

**Sumário:** Introdução. 1. 1. A importância prática do tema. 2. O impacto da alteração legislativa sobre os executivos fiscais. 3. A Teoria do Abuso do Direito no Direito Tributário. 4. O controle dos atos administrativos quando ocorre abuso de poder. 4.1. A consequência da ocorrência do Desvio de Finalidade após a reforma do judiciário de 2004. 5. A Problemática da Ementa n. 106 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará uma questão com que se tem defrontado os sujeitos passivos da obrigação tributária: com o advento da Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005, que alterou o do inciso I do Parágrafo Único do art. 174 do Código Tributário Nacional – CTN –, que anteriormente dizia que a prescrição se interrompe pela citação pessoal feita ao devedor – regra geral do Código de Processo Civil – CPC –, para fazer constar que como marco o despacho

do juiz que ordenar a citação em execução fiscal. Tal fato gerou a utilização indistinta da Ementa n. 106 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ –: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição e decadência”.

O tema aflige uma série de contribuintes que, ao alegarem o decurso do prazo prescricional, são rebatidos pelo verbete supracitado.

A proposta desse trabalho é criar uma nova prescrição doutrinária para os casos o em que há flagrante omissão legislativa e violação Constitucional. Uma vez que, esse argumento não pode ser utilizado tal como é a Reserva do Possível para a não efetivação dos direitos sociais.

Tal como a Reserva do Possível, a morosidade tem que ser provada, e ser única do Judiciário. Entretanto, há o verdadeiro abandono das Fazendas Públicas das execuções fiscais em curso, ao argumento de que procederam conforme a lei.

## **1. A IMPORTÂNCIA PRÁTICA DO TEMA**

Com o fim de demonstrar a importância do tema, fazer-se mister trazer o seguinte caso concreto: Em janeiro do corrente ano, um sujeito passivo de IPTU recebeu uma carta convidando-o a participar do REFIS – Programa de Refinanciamento do débito fiscal, nesta constava um débito do 2004, já inscrito em Dívida Ativa e com Execução Fiscal distribuída em 04 de dezembro de 2008.

Ocorre que, os autos somente foram autuados em maio de 2014, não havendo citação até a presente data. Por isso, pergunta-se: Até que ponto o atuar do fisco contribuiu para que o



Crédito Tributário chega-se até essa quantia, sem que fosse adimplido? É justo que uma execução fiscal demore anos ser autuada, bem como para citar o executado?

A seguinte obra se desenvolve na tentativa de solucionar essas questões.

## 2. O IMPACTO DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SOBRE OS EXECUTIVOS FISCAIS

Ao realizar a análise do caso proposto, percebe-se que somente propôs a ação de cobrança do crédito tributário cerca de um mês antes do advento da prescrição prevista no *caput* do Art. 174 do CTN<sup>1</sup>. Uma vez que, o IPTU, é imposto sujeito a lançamento de ofício (Art. 173, I, CTN<sup>2</sup>), ou seja, o início da contagem começará no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do evento.

Importante ressaltar que, este tributo se sujeita ao lançamento de ofício pelo sujeito ativo, conforme art.149 do CTN<sup>3</sup>, conforme mencionado anteriormente, a notificação ocorre pelo envio do carnê, ou seja, observa-se que a comunicação de sua constituição ao contribuinte realiza-se com o envio da guia de recolhimento ao seu endereço.

Esse é o entendimento que culminou na edição da Ementa n. 397 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça<sup>4</sup> (STJ), publicada no Diário do Judiciário de 7 de outubro de 2009: “O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço”.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <[http://ww.planalto.gov.br/ccvil\\_03/leis/l5172.htm](http://ww.planalto.gov.br/ccvil_03/leis/l5172.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2014. *Caput* do art. 174: “A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

<sup>2</sup> *Ibid.* Inciso I do art. 173: “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa n. 397 da Súmula. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 3 de maio de 2015.

Com o advento da Lei Complementar n. 188/2005, que alterou o inciso I, do parágrafo único do art. 174, de forma que a interrupção da prescrição não mais se dará com a citação pessoal feita ao devedor. Mas, pelo despacho do juiz ordenando a citação em execução fiscal.

O problema ocorre quando o juiz ordena a citação em lote, v. g.: em um livro tomo por ocasião do começo ou ao fim do ano, tal como ocorreu no presente caso, em 21 de janeiro de 2009, e os autos processuais ainda não foram sequer autuados após o decurso de 5 anos do referido despacho.

Além disso, o fato de o sujeito passivo ter uma execução fiscal ajuizada contra si, de que ele não tenha conhecimento, faz com que os consectários legais incidam sobre o débito, dificultando o pagamento.

São exemplos desses: a multa – penalidade decorrente do não pagamento; correção monetária – não constitui penalidade, tem como objetivo evitar a diminuição do patrimônio do credor, sendo a mera atualização do valor da moeda ao longo do tempo, de modo a mantê-lo íntegro em situação inflacionária; juros – remuneram o capital (juros compensatórios) ou decorrem da mora, ou seja, quando não cumprida, no vencimento, a obrigação contratual ou a obrigação legal (juros moratórios).

Os juros moratórios poderiam ser evitados ou, ao menos, ter sua incidência diminuída pelo fisco, tendo em vista que pressupõem a demora no pagamento, de uma dívida exigível, imputável ao devedor. Não se trata de uma dívida a vencer. Por esta razão são chamados de juros *propter moram*, pois decorrem da atitude do devedor de se retardar o cumprimento da obrigação.

Essa é uma conduta abusiva, pois cabe ao credor o dever de mitigar o seu próprio prejuízo (*duty mitigate the loss*). Tema amplamente debatido no Direito Privado, que apesar de

não estar previsto expressamente no Código Civil de 2002. Frandera<sup>5</sup>, defendido a sua recepção por meio do princípio da boa-fé previsto no art. 422 do supramencionado código.

Aqui não há a adoção pelo fisco de medidas razoáveis para que se contenha o próprio dano. O não cumprimento desse dever ocasiona o aumento do valor dos juros moratórios. Sem contar que, um sujeito passivo que tinha condições de quitar o débito fiscal em 2008, pode estar em estado de insolvência em 2015.

Após proposta feita por Frandera, foi aprovado, na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado n. 169: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”<sup>6</sup>.

Novamente, alguns criticarão o fato de ser falar em Direito Civil, quando o assunto é eminentemente de Direito Público, qual seja, Direito Tributário. Mas, o que traz a aplicação do dever de mitigação das próprias perdas para esse ramo do direito, é o princípio da boa-fé objetiva.

Leso engano, pois esse princípio possui incidência direta na relação jurídico-tributária, gerando direitos e obrigações, seja para o fisco, ou mesmo para o contribuinte.

A sua importância não resume a isso, pois é um importante para evitar a elisão fiscal, bem como ilegalidade e arbítrios que o fisco venha a cometer em face do sujeito passivo.

O problema reside na timidez que os operadores do direito têm em aplicar o referido princípio, principalmente pelos julgadores, tal como é feito no direito civil e no direito do consumidor, por exemplo, a fim de facilitar um maior equilíbrio jurídico na relação jurídico-tributária como modo de realizar uma justiça fiscal mais efetiva.

---

<sup>5</sup> FRANDERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor se instado a diminuir o próprio prejuízo?* Rio de Janeiro: Revista trimestral de direito civil, v.19, jul/set.2004, p.109-119.

<sup>6</sup> III Jornada de direito civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005, p. 168.

### 3. A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Na defesa desses sujeitos passivos que tem contra si é que se propõe a elaboração de uma prescrição doutrinária. Visto que a Constituição vigente, inovou ao adotar, e seu art. 1º., *caput*, o Estado de direito Democrático, pois se saiu de um momento de exceção para o momento de Democracia (2ª. Redemocratização), e de Direito, uma vez que deve ser respeitado o Ordenamento Jurídico. Somente a título de curiosidade, a atual carta portuguesa adotou o Estado de Direito Democrático, lá, deu-se mais ênfase ao Direito do que a Democracia.

É nesse Estado que o fenômeno da *constitucionalização* do direito ganha força, onde se faz atuar no plano da prática jurídica a supremacia do texto constitucional. Com a superação do modelo do Estado liberal- burguês, originário da Revolução Francesa e, com o engrandecimento do papel do juiz nos ordenamentos da *civil law*, ao qual os países de origem Romano-Germânica adotam, inclui-se neles o Brasil.

Nesse novo ambiente, amplia-se a função jurisdicional, a fim de comportar a análise de significados dos conceitos jurídicos indeterminados, a efetivação das normas constitucionais, além do controle da eficácia e validade das normas jurídicas como um todo. A jurisprudência ganhou maior atenção.

Dessa forma, não há como ignorar, v.g., a Teoria do Abuso do Direito, pois a atual Constituição adotou-a, no seu art. 5º., LXIX, que trata do Mandado de Segurança, e, no Art. 170, *caput* e parágrafo único, o abuso de Poder Econômico, corolário da supracitada teoria.

Essa Teoria possui incontestável aplicabilidade no Direito Privado. Contudo, como matéria alvo desse trabalho deriva do Direito Público, tal como o Direito Administrativo, alguns podem contestar a sua aplicabilidade ante a falta de autorização legislativa, ou seja, o CTN nada disciplina a respeito.

Cabe ressaltar que, a codificação tributária data de 1966 e a *magna carta* de 1988. Por essa razão, dever-se-ia admitir a aplicação, pois a Fazenda Pública já se beneficia desta Teoria ao aplicar a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica – *disregard doctrine* – nas Execuções Fiscais<sup>7</sup>. Tal Teoria é um exemplo legislativo de Abuso de Direito, como é o caso do art. 50 do CC/02<sup>8</sup>, que consagra no Direito pátrio a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de confusão patrimonial e desvio de finalidade.

#### **4. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUANDO OCORRE ABUSO DE PODER**

Antes de tudo, deve-se explicar que o abuso de poder é gênero do qual são espécies o excesso de poder ou abuso de poder e o desvio de poder ou de finalidade.

Portanto, o abuso de poder pode se manifestar de duas formas, seja como o excesso de poder, na hipótese de o agente público exorbitar a sua competência legal, outra forma de manifestação é o desvio de poder, quando o agente público molda ser atuar em contrariamente ao interesse público, desviando-se da finalidade pública.

Por conseguinte, na hipótese de ocorrência do abuso de autoridade, há a tipificação das condutas abusivas como crimes, previsto na Lei n. 4898/65. Dessa forma, o abuso de autoridade visa os tipos penais.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 21ª. Câmara Cível, AI n. 70058379363. Relator: Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa, Jul.: 26-03-2014, Pub.: 10-04-2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115938637/agravo-de-instrumento-ai-70058379363-rs>>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

<sup>8</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014. Art. 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Além disso, essa modalidade o abuso de poder, conforme o disposto no art. 4º, alínea a, da Lei n. 4898/65, pois se utiliza de conceitos do mundo administrativo com o fim de tipificar as condutas criminosas, ou seja, as contrárias à lei no âmbito penal e disciplinar.

Dessa feita, além de ser o abuso de poder uma infração administrativa possui utilidade na seara criminal, a fim de caracterizar as condutas abusivas. Todavia, esses comportamentos não se resumem ao simples abuso, na verdade possuem amplitude infinitamente maior que o simples abuso de poder (excesso ou desvio de poder).

Não há como contestar que, ambas são formas arbitrárias de atuar do agente público no âmbito administrativo, em que estar-se-ia adstrito ao que determina a lei, ante o princípio da estrita legalidade.

Como se isso não bastasse, o próprio tema, abuso de poder, possui um inegável paralelo com o abuso do direito (tema anterior). Tendo em vista que, ambos se encontram a margem da irregularidade, ou melhor, da anormalidade ao se exercitar um direito ou poder.

Essa situação anormal serve com instrumento de proteção não só do indivíduo, bem como do serviço público, no que tange a regularidade de sua execução<sup>9</sup>. Dessa maneira, o controle jurisdicional alcança ao mesmo tempo a competência, a forma e o objeto, bem como os motivos e a finalidade do ato administrativo. Isso ocorre principalmente no que tange ao objeto e aos motivos, tendo em vista a grande liberdade no atuar do administrador, quando há lei assim dispuser.

---

<sup>9</sup> LEAL, Victor Nunes. Reconsideração do tema do abuso de poder. Rio de Janeiro: RDA – *Revista de Direito Administrativo*, ed. esp., p. 187-188, dez. 2013.

É nesse momento que, o advogado e Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes leal se pronuncia de modo muito feliz: “Em suma, não existem atos inteiramente excluídos do controle de legalidade, porque não há atos inteiramente discricionários”.

A razão não poderia deixar de estar com ele, pois o termo mais correto não seria ato discricionário, mas sim poder discricionário. Na verdade o ato é administrativo, o que está imune da revisão judicial é o poder discricionário. Segundo Seabra<sup>10</sup>, o mais correto a dizer é que esses atos possuem, substancialmente, maior parte discricionária.

Dessa maneira, os aspectos discricionários dos atos administrativos consistem no juízo de conveniência – interesse público, que envolve a utilidade, a razoabilidade e a adequação do ato – e oportunidade do ato – o legislador confia ao prudente arbítrio do administrador a escolha do momento mais conveniente ao interesse público. Assim, chega-se ao importante binômio: oportunidade e conveniência.

Em sentido contrário, quando o ato encontra-se preestabelecido pela norma jurídica posta, chama-se ato vinculado. Nessa espécie a atuação é obrigatória, sob pena de omissão. Um ato totalmente vinculado não é frequente mais existe. V.g.: promoção de magistrado por antiguidade, quando figurar em lista que figurar em lista tríplice por três vezes seguidas ou cinco alternadas. Todavia, o oposto não existe, não há ato inteiramente discricionário.

---

<sup>10</sup> SEABRA *apud* LEAL, Victor Nunes. Reconsideração do tema do abuso de poder. Rio de Janeiro: RDA – *Revista de Direito Administrativo*, ed. esp., p. 189, dez. 2013.

#### **4.1. A CONSEQUÊNCIA DA OCORRÊNCIA DO DESVIO DE FINALIDADE APÓS A REFORMA DO JUDICIÁRIO DE 2004**

O mais difícil, e não somente importante, é verificar no ato discricionário a ocorrência de desvio de finalidade ou desvio de poder. Principalmente quando os seus motivos não são divulgados.

Não há como a administração afastar-se do fim legal a que se obriga, sem que não deixe de incorrer no abuso de seu poder. Visto que, a finalidade legal, implícita ou expressa, é parte integrante do atuar da administração pública, essa é a verdadeira promoção do interesse coletivo.

Ainda que esse interesse maior não esteja definido de modo expreso pela lei, há uma série de casos em que é evidente a ausência da conveniência pública, seja por perseguição, proveito pessoal ou até mesmo favoritismo.

Mesmo que seja algo de difícil prova, não se pode ficar inerte reduzindo as consequências práticas dos princípios. Deve-se buscar um conjunto probatório que evidencie o atuar exorbitante da autoridade. Aqui, não se quer que o Judiciário substitua ao administrador. O Judiciário deve tomar todas as precauções possíveis, orientando-se pela busca do real fim do ato, muitas vezes dissimulado, que constitui uma ilegalidade.

Nesse diapasão, faz-se necessário ressaltar a teoria do desvio de finalidade, que, derivada do Direito Administrativo, portanto, Público, que viabiliza a prescrição nesses casos.

Segundo o doutrinador Hely Lopes Meirelles<sup>11</sup> trata o tema da seguinte forma:

[...] os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade.

---

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 24 ed. atual. por AZEVEDO, Eurico Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLÉ FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 81.

Sendo o ato praticado pela autoridade tributária competente uma espécie de ato administrativo, não há obste a aplicação do referido instituto.

O instituto da Prescrição pode ser aplicado no Processo Administrativo e no Processo Judicial. No Processo Judicial Tributário, aplicam-se os dispositivos da LEF. Contudo, esta lei em seu art. 1º, traz a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, influenciado pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, chamada de Reforma do judiciário, em que foram estabelecidos princípios, tais como a Duração Razoável do Processo<sup>12</sup>, do qual se extrai que o sujeito passivo da obrigação tributária tem o direito de uma execução fiscal contra si seja julgada em um tempo razoável. Além do princípio da estabilidade da demanda, que busca um ponto de equilíbrio entre as exigências de rigidez e a flexibilidade em termos de estabilização da demanda do processo.

Dessa feita, uma execução fiscal proposta no prazo de 5 (cinco) anos de sua constituição definitiva é legal. Entretanto, algumas vezes não é legítima, pois as Fazendas Públicas muitas vezes ajuízam suas demandas executórias fiscais ao mesmo tempo e muito próximo término do prazo prescricional travando o Poder Judiciário.

Tal comportamento vai de encontro à moralidade, que é reconhecida pela Lei Maior como diretriz de maior expressão na seara administrativa, sob pena de transformar a Constituição em um pedaço de papel (*ein Stück Papier*), tal como entendia Lassale<sup>13</sup>, ao defender que questões constitucionais possuíam cunho político e não jurídico. Nem muito menos é instrumento ineficaz de regular, de modo efetivo, a distribuição de poder, nas palavras de Georg Jellinek. O que

---

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 23 de novembro de 2014. Art. 5º, 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”.

<sup>13</sup> LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição Política*. Rio de Janeiro: Ed. Global, 1987.

conferiria ao Direito Constitucional uma função miserável de justificar as relações dominantes, afastando-o de uma ordem justa.

Esse pensamento Constitucional aplicado no passado ficou marcado pelo fato de segregar a norma e a realidade social. Isso fica constatado na Escola positivista jurídica de Paul Laband e Georg Jellinek, bem como no positivismo sociológico de Carl Schmitt. E, é sabido que essas escolas foram determinantes para a fundamentação das atrocidades cometidas pelo III Reich.

Felizmente, hoje, não mais espaço para que um Estado Total, sob o ponto de vista dominante, possibilite a autoridade sobre toda a renda popular, tal como defendia Schmitt<sup>14</sup>. Assim, na hipótese de conflito faz-se necessário assegurar, nas palavras de Konrad Hesse<sup>15</sup>: “a força normativa da Constituição”, ou seja, assegurar, em caso de conflito, condições para que as normas constitucionais possam adquirir a maior eficácia possível, despertando a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Nesse sentido, por mais que seja legal e esteja previsto na legislação infraconstitucional a previsão de que o cômputo da prescrição seja interrompido pelo despacho citatório proferido pelo juiz. Esse fato puro e simplesmente não pode dar azo a situações que, embora tenha aparência de legalidade, sejam eivadas de ilegitimidade, pois a Constituição de 1988 traz uma série de deveres estatais, dentre os quais merecem agora destaque os seguintes Princípios.

---

<sup>14</sup> SCHIMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão; Coord. E Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

## 5. A PROBLEMÁTICA DA EMENTA N. 106 DO STJ

Além disso, utilizam para todos os créditos tributários a Ementa n. 106 da súmula do STJ<sup>16</sup>. Que, por sua vez, deriva de outra de n. 78<sup>17</sup> do extinto Tribunal Federal de Recursos – TFR – onde o texto era quase idêntico, somente não dispunha decadência.

Atribuir toda a inércia e a inépcia da Fazenda Pública ao Poder Judiciário é algo temerário, pois cabe também a parte o impulso processual.

Uma questão interessante levantada pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Luiz Fernando Gama Pellegrini<sup>18</sup>, O que seria então a morosidade do Poder Judiciário, ou melhor, nos termos da Súmula de "motivos inerentes ao mecanismo da Justiça"?

Ante ao devido aparelhamento técnico e pessoal das Fazendas Públicas, não há justificativa para a transferência de sua inércia para o Poder Judiciário, sob pena de uma pecha que este Poder não merece.

Independente da legalidade da Súmula, embora não seja vinculativa, não há mais razão de sua existência. Eis que com o fenômeno da Constitucionalização dos Direitos Administrativo e Tributário, não se compactua com a atuação morosa da Fazenda.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa n. 106 da Súmula. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27106%27>>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Ementa n. 78 da Súmula: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição”. Disponível em: <[www.dji.com.br/normas\\_inferiores/sumula\\_tfr/tfr\\_078.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/tfr_078.htm)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

<sup>18</sup> PELEGRINI, Luiz Fernando Gama. Súmula 106 do STJ. Executivo fiscal. Citação. Considerações. Ampagis. 16 de setembro de 2009. São Paulo. Disponível em: <<http://www.amapagis.com.br/doutrina/ler.php?id=27303>>. Acessível em: 24 de fevereiro de 2014, p.1.

Além disso, a Súmula é oriunda de 1994, um período onde a informática não era tão avançada. O quadro atual é totalmente diferente, onde se vê o avanço dos Processos Eletrônicos e das Certificações Digitais.

A Fazenda Pública é que melhor possui condições de dispor da máquina estatal de forma a triturar o contribuinte, uma vez que é devidamente aparelhada técnica, pessoalmente e juridicamente.

A fúria arrecadatória da Fazenda Pública não deve justificar um atuar, embora embasado na lei, mas totalmente injusto, do ponto de vista Constitucional.

Na verdade, as autoridades fazendárias têm o dever moral de diligenciar sobre os seus interesses, v.g., solicitando cargas dos autos, requerendo provas.

Já há uma gama legal que protege o crédito do Poder Executivo, encontrada em várias leis especiais, CTN, CPC, LEF, dentre outras. Não há em um regime de Estado Democrático de Direito, pela simples razão de se tratar de Crédito do Poder Executivo, ocorrer a asfixia do Poder Judiciário.

Por isso, pensando em situações como essas em que a fazenda colabora para a morosidade na citação, que os tribunais pátrios começaram a não aplicar a famigerada Ementa da Súmula do STJ<sup>19</sup>, vejam-se:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. PRESCRIÇÃO. ART. 2º, § 3º, E ART. 8º, § 2º, DA LEI N. 6.830/80.

1. A regra do art. 2º, §3º, da Lei n. 6.830/80, que determina a suspensão do prazo prescricional pela inscrição do débito em dívida ativa, resta afastada pelo art. 174 do Código Tributário Nacional, norma de hierarquia superior.
2. O art. 8º, § 2º, da LEF deve ser interpretado em harmonia com os dispositivos do Código Tributário Nacional.
3. Situação anterior à nova redação do art. 174, parágrafo único, inc. I, do CTN.
4. Decorridos mais de cinco anos entre a constituição definitiva do crédito tributário e a citação do sujeito passivo, cabível o acolhimento da prescrição, não cabendo invocar a

---

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4a. Região. AC n. 200570020021343-PR, 2ª. T., Relator: Desembargador Sebastião Ogê Muniz. Dju: 22-02-2006. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/5517746699763712>>. Acessível em 23 de novembro de 2014.



Súmula nº 106 do STJ, pois não houve demora do Judiciário no cumprimento dos atos do processo. (destaque ausente do original)

No presente julgado, o Relator desconsiderou a Ementa n. 106 da súmula do STJ, pois na realidade a Fazenda Nacional ajuizou a ação no último ano do prazo, faltando apenas 5 (cinco) meses para a consumação da prescrição.

Não pode a Fazenda utilizar-se da Ementa n. 106, quando não há o seu comportamento diligente, ou, como acontece na prática, quando ajuíza milhares de execuções no mesmo dia, dando causa ao travamento do judiciário.

Sem contar que, antes mesmo de ajuizar uma Execução Fiscal, cabe à autoridade fazendária, no Processo Administrativo Tributário: levantar o endereço do sujeito passivo; verificar se há bens passíveis de serem executados; oportunizar o devido processo legal e a ampla defesa em sede administrativa.

O que na maioria das vezes não ocorre de modo satisfatório. Assim há a transferência, para o Poder Judiciário de faculdades da própria administração.

No mesmo sentido, não compactuando com a inércia da Fazenda Pública, o STJ<sup>20</sup> decidiu:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA – REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS (SÚMULA 7/STJ).

1. Tendo a Corte de origem decidido soberanamente pela inércia da Fazenda Pública, ao afastar a aplicação da Súmula 106/STJ, a análise de tese em sentido contrário demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, procedimento este vedado pelo teor da Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental improvido.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 712.647-PE. Relatora: Ministra Eliana Calmon.

Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/](http://ww2.stj.jus.br/)

processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=5972250&num\_registro=20041853142&data=20060213&formato=PDF>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

Dessa forma, o Célebre doutrinador Leandro Paulsen<sup>21</sup>, asseverou que a extinção por abandono não é incompatível com a Execução Fiscal. Justificou a sua explanação, no sentido que o Princípio da inafastabilidade do Judiciário das pretensões, traz um dever de impulsionamento devido das demandas, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, III, do CPC.

Argumento mais plausível não há, pois se a execução se dá em benefício do credor, ou seja, a Fazenda Pública, cabe a este tomar as medidas para o seu impulsionamento.

Quando se tratar de execução ainda não embargada, a Jurisprudência do STJ<sup>22</sup> tem flexibilizado a exigência da Ementa n. 240 de sua Súmula, por reconhecer a bilateralidade da ação, ou seja, o processo não é somente do autor. Mas, também é um dever do réu, que tem, desde logo, direito a solução do litígio, dar andamento ao processo, notadamente quando ainda não ocorreu embargos à execução. Vejam-se:

PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ABANDONO (ART. 267, III, § 1o, CPC). IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DE OFÍCIO. PRECEDENTES A CORTE. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA. INTERESSE DO RÉU NA SOLUÇÃO DO CONFLITO. SÚMULA, ENUNCIADO N° 240. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DE OFÍCIO. HIPÓTESES DE EXECUÇÃO NÃO- EMBARGADA E DE RÉU REVEL. DOCTRINA, INTERESSE PREDOMINANTEMENTE PÚBLICO DO PROCESSO. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Nos termos da orientação deste Tribunal, não se faculta ao juiz, na hipótese do inciso III do art. 267, CPC, extinguir o processo de ofício, sendo imprescindível o requerimento do réu, dado ser inadmissível presumir-se desinteresse do réu no prosseguimento e solução da causa. Daí o verbete sumular n° 240, segundo o qual "a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu".

II - Diversa é a situação, no entanto, quando se trata de execução não embargada.

III - O processo, em sua visão contemporânea, é instrumento de realização do direito material e de efetivação da tutela jurisdicional, sendo de feição predominantemente pública, que não deve prestar obséquios aos caprichos de litigantes desidiosos ou de má-fé.

<sup>21</sup> PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da doutrina e da Jurisprudência*. 7 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 525.

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 261.789-MG. 4ª. Turma, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU de 16.10.00. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=73195&num=registro=20000551406&data=20001016&formato=PDF>>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

O STJ<sup>23</sup> ainda tem entendimento no sentido da possibilidade da extinção de ofício da execução não embargada. O que corrobora a tese exposta. Possibilitando a inaplicabilidade da Ementa de n. 106, que é óbice a aplicação da Prescrição antes da citação do sujeito passivo da obrigação tributária:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INÉRCIA DO EXEQÜENTE. ABANDONO DA CAUSA. EXTINÇÃO DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA DE REQUERIMENTO DO EXECUTADO. SÚMULA 240/STJ. INAPLICABILIDADE. EXECUTADO QUE, EMBORA CITADO, NÃO EMBARGOU A EXECUÇÃO.

1. É possível a extinção do processo de execução fiscal com base no art. 267, III, do CPC, por abandono de causa, já que se admite a aplicação subsidiária do Diploma Processual Civil em tal caso. Precedentes.

2. A Súmula 240/STJ não se aplica aos casos de execução não embargada, tendo em vista que "o motivo de se exigir o requerimento da parte contrária pela extinção do processo decorre, em primeiro lugar, da própria bilateralidade da ação, no sentido de não ser o processo apenas do autor", ou seja, "é também direito do réu, que foi acionado judicialmente, pretender desde logo a solução do conflito". Tratando-se de execução não-embargada, "o réu não tem motivo para opor-se à extinção do processo" (REsp 261.789/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 16.10.00).

3. Recurso especial não provido.

Neste sentido, vale ressaltar um Acórdão do ilustre Ministro Luiz Fux, quando ainda pertencia aos quadros dos STJ<sup>24</sup>, que mesmo sendo anterior a Lei Complementar n. 118 de 2005, traduz a idéia que se pretende:

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - PREVALÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES RECEPCIONADAS COM STATUS DE LEI COMPLEMENTAR - PRECEDENTES. DESPACHO CITATÓRIO. ART. 8º, § 2º, DA LEI Nº 6.830/80. ART. 219, § 5º, DO CPC. ART. 174, DO CTN. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE.

1. O artigo 40 da Lei de Execução Fiscal deve ser interpretado harmonicamente com o disposto no artigo 174 do CTN, que deve prevalecer em caso de colidência entre as referidas leis. Isto porque é princípio de Direito Público que a prescrição e a decadência

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 820.752-PB, 2ª. Turma, unânime, Rel. min. Castro Meira, julg. 19/08/08, Dje 11/09/08. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/processo/revosta/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=806852&num\\_registro=200600333084&data=20080911&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/processo/revosta/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=806852&num_registro=200600333084&data=20080911&formato=PDF)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 629.030-PE, Relator: Ministro Luiz Fux, DJ 25/04/05. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=512113&tipo=0&nreg=200400128189&SeqCgrmaSessao=Co dOrgaoJgdr=&dt=20041206&formato=PDF&salvar=false>>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

tributárias são matérias reservadas à lei complementar, segundo prescreve o artigo 146, III, "b" da CF.

2. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.

3. Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos impõe-se o reconhecimento da prescrição, desde que argüida pelo executado, se o executado não foi citado, por isso, não tem oportunidade de suscitar a questão prescricional. Isto porque, a regra do art. 219, § 5º, do CPC pressupõe a convocação do demandado que, apesar de presente à ação pode pretender adimplir à obrigação natural.

4. Permitir à Fazenda manter latente relação processual inócua, sem citação e com prescrição intercorrente evidente é conspirar contra os princípios gerais de direito, segundo os quais as obrigações nasceram para serem extintas e o processo deve representar um instrumento de realização da justiça.

6. A prescrição, tornando o crédito inexigível, faz exsurgir, por força de sua intercorrência no processo, a falta de interesse processual superveniente.

7. Embargos de Declaração acolhidos para negar provimento ao Recurso Especial interposto.

Ao observar esta ementa fica claro que as Fazendas Públicas não podem se beneficiar de qualquer dispositivo legislativo para manter uma relação onde a outra parte não foi citada, de modo a conspirar contra o ordenamento jurídico como um todo, em especial a estabilidade da demanda iluminada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que trouxe a reforma do Poder Judiciário, justamente para combater esse tipo de comportamento processual que afasta o processo do seu fim como instrumento de realização da justiça, de pacificação social.

## CONCLUSÃO

O silêncio proposital do Legislativo, quanto à incidência da prescrição sobre as execuções fiscais, que já foram interrompidas pelo despacho do juiz ordenando a citação, mas não foi citado o sujeito passivo e, em determinadas situações, nem mesmo autuado o processo é um problema contemporâneo do Judiciário.

Não pode o fisco ficar indefinidamente sem promover a citação do executado, ao argumento de já ter sido proposta a execução fiscal no prazo o seu exercício. Tal hipótese nada



mais é que uma violação a nossa Carta Constitucional. A demanda deve ser estável, bilateral e o processo deve ser célere.

A execução fiscal não pertence somente ao fisco, mas também ao réu tem o direito de ter uma demanda contra ele julgada de modo célere. Não há segurança jurídica, na manutenção da aplicabilidade da referida ementa n. 106 da Súmula do STJ, nestes casos, sob pena de se tornar um argumento desrespeitoso ao texto Constitucional.

Portanto, nestes casos passado o prazo quinquenal, sem que a Fazenda dê andamento ao feito, faz-se mister a incidência da Prescrição do crédito tributário, fulminando pela extinção.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edimar Oliveira. *Planejamento Tributário: abuso do direito; propósito negocial (business purpose); desconsideração da personalidade jurídica; fraude à lei; substância e forma; planejamento tributário internacional; otimização (optimality principle)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Poder Público em Juízo para concursos*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Código Civil de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Código Tributário Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.



\_\_\_\_. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ementa n. 106 da Súmula. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27106%27>>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 261.789-MG. 4ª. Turma, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU de 16.10.00. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=73195&num\\_registro=200000551406&data=20001016&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=73195&num_registro=200000551406&data=20001016&formato=PDF)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 629.030-PE, Relator: Ministro Luiz Fux, DJ 25/04/05. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=512113&tipo=0&nreg=200400128189&SeqCgrmaSessao=CodOrgaoJgdr=&dt=20041206&formato=PDF&salvar=false>>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 712.647-PE. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=5972250&num\\_registro=20041853142&data=20060213&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=5972250&num_registro=20041853142&data=20060213&formato=PDF)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 798.264/SP. Relator para acórdão: Ministra Fátima Nancy Angrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=640157&num\\_registro=200501908641&data=20070416&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=640157&num_registro=200501908641&data=20070416&formato=PDF)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 820.752-PB, 2ª. Turma, unânime, Rel. min. Castro Meira, julg. 19/08/08, Dje 11/09/08. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=806852&num\\_registro=200600333084&data=20080911&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=806852&num_registro=200600333084&data=20080911&formato=PDF)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 138.284. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+138284%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+138284%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a327tuq>>. Acesso em 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 146.733. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%>



2E+E+146733%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+146733%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d3hprg6>. Acesso em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 21ª. Câmara Cível, AI n. 70058379363. Relator: Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa, Jul.: 26-03-2014, Pub.: 10-04-2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115938637/agravo-de-instrumento-ai-70058379363-rs>>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Federal de Recursos. Ementa n. 78 da Súmula: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição”. Disponível em: <[www.dji.com.br/normas\\_inferiores/sumula\\_tfr/tfr\\_078.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/tfr_078.htm)>. Acessível em: 23 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4a. Região. AC n. 200570020021343-PR, 2ª. T., Relator: Desembargador Sebastião Ogê Muniz. Dju: 22-02-2006. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/5517746699763712>>. Acessível em 23 de novembro de 2014.

CARDOSO, Oscar Valente. *Direitos Fundamentais do Processo: a Razoável Duração do Processo*. São Paulo: RDDP n. 127, out. 2013.

CARNEIRO, Cláudio. *Processo Tributário* (Administrativo e Judicial). 3 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 8. ed. São Paulo; Saraiva, 1996.

DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v.413, jan/jun. 2011.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (organizadores). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRANDERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* Rio de Janeiro: Revista trimestral de direito civil, v.19, jul/set.2004.

GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano (coordenadores). *A Fazenda Pública à luz da atual Jurisprudência dos tribunais brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2011.

GOMES, Marcus Lívio. *Extinção do Crédito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GOUVEIA, Carlos Marcelo; HOFFMANN, Luiz Augusto A. de almeida (coordenadores). *Atual panorama da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição Política*. Rio de Janeiro: Global, 1987.

LEAL, Victor Nunes. Reconsideração do tema do abuso de poder. Rio de Janeiro: RDA – *Revista de Direito Administrativo*, ed. esp. dez. 2013.

LEITE, Geilson Salomão (coord.). *extinção do Crédito Tributário*. Homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coordenação). *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINS, James. *Defesa e vulnerabilidade do contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (coordenadores). *Tratado de direito tributário*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 24. ed. atual. por AZEVEDO, Eurico Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 1999.

MESQUITA, Carlos José Wanderley. *O Ilícito Tributário e a Insonnegabilidade*. São Paulo: Revista Tributária e de finanças públicas, ano 21, vol. 108, jan. – fev./2013.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. *Tributação Indireta e a análise econômica (e interdisciplinar) do Direito*. São Paulo: Revista Tributária e de finanças públicas, ano 21, vol. 108, jan. – fev./2013.

MOURA, Nelson Henrique Rodrigues de França. *Inaplicabilidade da Súmula n. 106 do STJ nos executivos fiscais*. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, n. 1.416, 18 de maio de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9901/inaplicabilidade-da-sumula-n-106-do-stj-nos-executivos-fiscais>>. Acessível em : 24 de fevereiro de 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da doutrina e da Jurisprudência*. 7 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PELEGRINI, Luiz Fernando Gama. *Súmula 106 do STJ. Executivo fiscal. Citação. Considerações*. Ampagis. 16 de setembro de 2009. São Paulo. Disponível em: <<http://www.amapagis.com.br/doutrina/ler.php?id=27303>>. Acessível em: 24 de fevereiro de 2014.

ROCHA LOPES, Mauro Luís. *Processo Judicial Tributário: Execução Fiscal e Ações Tributárias*. 8 ed., rev. e atual. Niterói/RJ: Impetus, 2012.

ROSSI, Fernando; RAMOS, Glaucio Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO MOURÃO, Luiz Eduardo (coordenadores). *O futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANTIAGO, Júlio César. *Acesso à Justiça e o abandono da causa pelo exequente nas execuções fiscais federais*. São Paulo: Revista Tributária e de finanças públicas, ano 21, vol. 108, jan. – fev./2013.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHIMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão; Coord. E Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Renata Elaine. *Curso de decadência e de prescrição no direito tributário: regras de direito e segurança jurídica*. São Paulo: Noeses, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 17. ed. rev., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TORRES, Heleno Taveira. *Boa-fé e confiança são elementares do Direito Tributário*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/consultor-tributario-boa-fe-confianca-sao-elementares-direito-tributario>>. Acessível em: 30 de novembro de 2014.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Coords). *Tratado sobre o Princípio da Segurança Jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

WEDY, Gabriel de J. Tedesco. *O Princípio da boa-fé objetivando o Direito Tributário*. Disponível em: <[http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev03/10\\_gabriel\\_de\\_j\\_tedesco\\_wedy.pdf](http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev03/10_gabriel_de_j_tedesco_wedy.pdf)>. Acessível em: 30 de novembro de 2014.

## O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Lydia Maria Cavalcanti de Vasconcellos

Graduada pela Universidade Candido Mendes.  
Advogada.

**Resumo:** A facilidade da divulgação e do armazenamento de informações na sociedade moderna por vezes, acaba por trazer à tona fatos que dizem respeito ao passado de determinada pessoa, que dele não deseja mais se lembrar. Seja porque já conseguiu refazer sua vida, seja porque simplesmente quer esquecê-lo. Emerge assim o direito ao esquecimento, como uma forma de assegurar a dignidade da pessoa humana, protegendo o seu passado, não permitindo que informações que lhe sejam correlatas venham a ser veiculadas, de modo a lhe trazer constrangimento, angústia ou qualquer tipo de vexação. Assim, verifica-se caso a caso os parâmetros e a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento frente ao direito à informação.

**Palavras-chave:** Direito ao esquecimento. Dignidade da Pessoa Humana. Direito à Informação. Direitos Fundamentais. Ponderação.

**Sumário:** Introdução. 1. O direito ao esquecimento como uma garantia à dignidade da pessoa humana. 2. O direito ao esquecimento frente ao direito à memória e à liberdade de expressão, de informação e de imprensa. 3. Direito ao esquecimento x direito à liberdade de expressão e de informação: ponderação.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica abordará a questão do direito ao esquecimento como um direito fundamental assegurado pela constituição. Trata-se de tema polêmico, na medida em que a análise do direito ao esquecimento confronta-se com o direito de informação, que de igual forma é uma garantia constitucional.

O avanço tecnológico alcançado pela sociedade permite o acesso à informação de forma cada vez mais ampla e prolongada. Embora não se negue que esse acesso seja imprescindível na atualidade, verifica-se que, não raras vezes, o conteúdo dessas informações acaba por violar direitos individuais. O Direito ao esquecimento surge justamente para



amparar aqueles que de alguma forma têm sua vida pregressa devassada, que se tornam prisioneiros do seu passado, por conta do armazenamento de informações.

O tema em comento foi escolhido em virtude da relevância jurídica e social que esse possui, uma vez que o direito ao esquecimento foi erigido à categoria de direito constitucional, como forma de tutelar a dignidade da pessoa humana, visando preservar o passado das pessoas. Contudo ele se contrapõe ao direito de informação e, essa ponderação de interesses - entre indivíduo e sociedade - ganha contornos extremamente atuais, principalmente quando se trata da prática de crimes.

Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho, verificando se o direito ao esquecimento se compatibiliza como uma forma de assegurar dignidade, de modo a se tornar um mecanismo eficiente para resguardar a vida pregressa do indivíduo.

Prossegue-se no segundo capítulo, analisando-se quais os parâmetros utilizados para aferir até que ponto o passado das pessoas pode ser resgatado, sem que isso represente uma violação à dignidade, sobretudo no que toca aos casos criminais.

O terceiro capítulo destina-se a propor uma solução ao aparente conflito ente o direito ao esquecimento e o direito de informação, fazendo uma ponderação entre o direito individual e o interesse coletivo, que deve ser analisada caso a caso.

De forma geral, a pesquisa versará sobre a discussão acerca da aplicação do direito ao esquecimento, principalmente no que toca aos casos de prática de crimes, em que já houve cumprimento da pena e ressocialização do indivíduo, confrontando esse direito ao direito de informação, que é garantido à sociedade.

O presente trabalho será desenvolvido com base na metodologia bibliográfica, utilizando livros de doutrina, artigos científicos e decisões jurisprudenciais dos Tribunais Superiores. Será ainda explicativa, na medida em que buscará analisar e interpretar os fatos, e

também qualitativa, pois observará os traços subjetivos do instituto jurídico, assim como suas particularidades.

## **1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UMA GARANTIA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O Direito ao esquecimento, também chamado de direito de ser deixado em paz ou direito de estar só, consiste no direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.

Trata-se de um direito que não é recente no ordenamento jurídico, contudo, com o avanço tecnológico e a utilização da internet ele volta à tona, principalmente por conta da facilidade de acesso a informações pretéritas armazenadas na rede, que muitas das vezes violam direitos fundamentais do indivíduo, inerentes à sua personalidade. Além disso, recentemente, o direito ao esquecimento foi discutido na VI Jornada de Direito Civil, onde abordou-se seu aspecto constitucional, como uma verdadeira forma de tutelar a dignidade da pessoa humana<sup>1</sup>.

Os meios de comunicação são os principais responsáveis pela deflagração das informações, de maneira que o conteúdo divulgado pode trazer à tona um fato ocorrido no passado que, não raras vezes, já foi esquecido pela sociedade, mas acaba por devassar a vida daquela pessoa cuja informação se refere, reavivando todo o sentimento existente à época da realização daquele fato. Daí porque surge a ideia de que o armazenamento dessas informações se traduziria numa verdadeira pena *ad eternum*, quando se tratar de casos criminais.

É exatamente por conta da veiculação desses fatos ocorridos no passado, difundidos nos meios de comunicação, seja em um site de buscas na internet, seja numa reportagem de

---

<sup>1</sup> CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil: 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2015(Enunciado CJF 531- A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento).



TV ou jornal, que surge o direito ao esquecimento, como uma forma de limitar o acesso a essas informações que acabam por violar os direitos inerentes a personalidade do indivíduo, como a honra, a imagem e a vida privada.

Embora o direito ao esquecimento não atribua a ninguém a possibilidade de apagar fatos ou reescrever a própria história, funciona como um limitador, permitindo que no caso concreto se faça uma ponderação entre o direito à informação e o direito ao esquecimento, onde se discutirá a utilização desses fatos passados e sua efetiva utilidade para a sociedade.

Não se olvida que o direito à informação também seja uma garantia constitucional, ao contrário, não só se revela como um direito fundamental, previsto no art. 5º, XIV, CRFB/88, como também é uma característica inerente da própria sociedade, pois não há vida social sem informação, o que se questiona é a finalidade e o modo como essa informação é divulgada.

Como todo direito fundamental, o direito ao esquecimento não é um direito absoluto, ele se choca frontalmente com o direito de informação, e nesse caso, para solução desse conflito de interesses, há que se sopesar, diante do caso concreto, qual deles deve ser tutelado, se o individual (direito ao esquecimento) ou o coletivo (direito de informação).

Assim como a honra, a imagem e a vida privada das pessoas devem ser tuteladas, a mesma proteção se estende ao passado delas, que podem ter cometido atos de que se arrependem e cuja lembrança lhes traga algum tipo de sofrimento ou incomodo. Denota-se que “não ser lembrado” ou “ser esquecido” faz parte do conceito de dignidade humana, eis que muitas vezes as lembranças e as recordações nem sempre possuem justificativas aceitáveis ou perdoáveis pelo próprio indivíduo, e tudo o que se quer, é o direito de poder começar uma nova vida, sem ser afligido pelos fantasmas do passado.

É na esteira desse raciocínio que o direito ao esquecimento ganha força como um mecanismo apto a garantir a tutela da dignidade da pessoa humana, porquanto possibilita que

os atos pretéritos não ressurgam de modo a comprometer a vida presente que o indivíduo construiu.

Embora não esteja expressamente previsto, o direito ao esquecimento estaria implícito na regra legal que assegura a proteção da intimidade, da imagem, da honra e da vida privada, que integram o conjunto dos direitos da personalidade, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade tutelam categoria de direitos considerados essenciais ao reconhecimento da condição de pessoa e seu pleno desenvolvimento, portanto, intrínsecos ao ser humano. São o mínimo, a parcela básica dos direitos, indispensáveis para a proteção do ser humano e de sua personalidade, justamente em decorrência de suas próprias emanções e características determinantes, ou seja, garantia fundamental.

A importância de enquadrar o direito ao esquecimento como direito da personalidade consiste justamente na possibilidade de lhe conferir uma maior proteção, tendo em vista que os direitos da personalidade constituem espécie dos direitos fundamentais, que são assegurados pela Constituição.

O direito ao esquecimento se pauta no princípio dignidade da pessoa humana. Trata-se de um princípio fundamental, cujo conceito é extremamente abrangente, uma vez que envolve a análise de valores que materializam uma vida digna.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.



Assim, tem-se que a dignidade da pessoa humana consiste, não em um direito, mas verdadeiro atributo inerente ao ser humano, independente de sua origem, cor, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito, materializando-se em um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas, pelo simples fato de existirem, coibindo qualquer ato atentatório à dignidade da pessoa, cabendo ao Estado não só o dever de respeito e proteção a esse princípio, mas também a obrigação de promover condições que viabilizem uma vida digna.

Muito mais do que um princípio, a Constituição de 1988, ao trazer em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana, elevou-a ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito, conferindo-lhe o importante papel de norma embasadora de todo o sistema constitucional. “É um núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, é o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais.”<sup>3</sup>

Assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constitui uma cláusula geral que serve de base para a compreensão e a tutela do conjunto dos direitos fundamentais. Resulta deste princípio o reconhecimento do homem não como um simples reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, como o seu principal objetivo, devendo sempre haver, na relação entre o indivíduo e o Estado, uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade. É desse reconhecimento jurídico que decorre a tutela dos denominados direitos constitucionais da personalidade.

Nota-se, então, que a ligação entre a dignidade e a personalidade é indissociável, uma vez que, em função da valorização da pessoa, tão somente pelo que ele é, surgiram os direitos da personalidade, sendo possível afirmar que a dignidade humana é o centro da personalidade, que por sua vez integra a tutela do núcleo essencial da pessoa humana.

---

<sup>3</sup>NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 339.

Hodiernamente, é necessário enxergar os direitos da personalidade sob o viés civil-constitucional, tendo em vista o tratamento que lhes é dispensado pela Constituição, consagrando a pessoa humana como ponto central da ordem jurídica, enaltecendo o indivíduo, que passa a ser sujeito de direitos e não um mero objeto. O valor da pessoa humana é traduzido juridicamente pelo princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, assegurando ao ser humano o mínimo que deve ser respeitado.

Assim, no dizer de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

A afirmação da cidadania e da dignidade da pessoa humana como princípios constitucionais (art. 1º, II e III), juntamente com a proclamação da igualdade e da liberdade, dão novo conteúdo aos direitos da personalidade, realçando a pessoa humana como ponto central da ordem jurídica brasileira<sup>4</sup>.

O direito ao esquecimento mostra-se, portanto, como uma adequada forma de assegurar o direito à dignidade da pessoa humana, ao limitar a utilização de dados referentes a vida pregressa de determinado indivíduo, evitando que fatos ocorridos no passado que digam respeito a uma situação que cause sentimento de humilhação ou angústia não voltem à tona e possam ser esquecidos, tanto pela sociedade, quanto pelo próprio indivíduo.

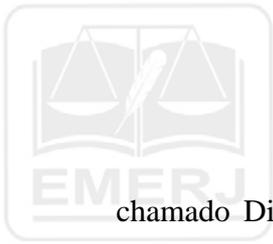
## **2. O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE AO DIREITO À MEMÓRIA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA**

O passado de cada indivíduo só a ele interessa, por isso o ordenamento jurídico se vale do direito ao esquecimento como forma de tutelar a dignidade humana, pois os fatos pretéritos nem sempre correspondem a vida atual do indivíduo, que já se refez, e, ao revirar seu passado fatos já superado são trazidos à tona, causando um sofrimento desnecessário, capaz de violar os direitos inerentes à personalidade do indivíduo.

Por óbvio, há casos que comportam exceção, como aqueles que possuem extrema repercussão na sociedade, chegando a fazer parte de sua história. Tais fatos, dizem respeito ao

---

<sup>4</sup> CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 178



chamado Direito à memória e à verdade histórica, que se refere aos crimes praticados na época da ditadura militar<sup>5</sup>.

O direito à memória ou à verdade histórica consiste no direito que os lesados e toda a sociedade brasileira possuem de esclarecer os fatos e as circunstâncias que geraram graves violações de direitos humanos durante o período de ditadura militar, tais como os casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres, entre outros.

Assim como o direito ao esquecimento, o direito à memória também encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no compromisso do Estado constitucional brasileiro de assegurar o respeito aos direitos humanos (art. 4º, II, da CF/88), contudo o reconhecimento do direito ao esquecimento não inviabiliza o exercício do direito à memória, isso porque as violações ocorridas no período da ditadura militar possuem extrema relevância histórica e inegável interesse público, que se sobrepõem ao interesse individual.

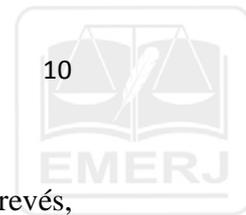
Resgatar a verdade e trazer à tona seus acontecimentos, caracterizam formas de transmissão de experiência histórica que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva. Nesses casos investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania e, por isso, não é possível aqui cogitar na aplicação do direito ao esquecimento.

O direito à memória compreende não só o direito de obter informação, mas também um direito de acesso à verdade, o que permite ao cidadão garantias de pedir, buscar e difundir informação. É o direito de conhecer a história do seu país e de seus cidadãos. É, ao contrário do direito ao esquecimento, o direito de olhar para o passado e permitir que ele se mantenha vivo.

Por se tratar de fato de extrema relevância histórica e de inegável interesse público, a garantia individual cede espaço para que o interesse da coletividade se sobreponha, de modo

---

<sup>5</sup> GUTMAN, Juliana Santa Cruz. *Direito à verdade, memória e justiça*. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/pibic/relatorioresumo2014/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Julia%20Santa%20Cruz%20Gutman.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorioresumo2014/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Julia%20Santa%20Cruz%20Gutman.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2015.



que o direito ao esquecimento é posto de lado para que história seja preservada e, ao revés, não seja esquecida.

Tanto assim que o direito à memória foi regulamentado pela Lei n. 12.528/2011<sup>6</sup>, que criou a Comissão Nacional da Verdade, destinada a apurar as circunstâncias em que ocorreram violações a direitos humanos durante o período de ditadura militar. Vale aqui mencionar como exemplo o caso Gomes Lund<sup>7</sup>, no qual o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ter negado acesso aos arquivos estatais que possuíam informações relevantes sobre o caso.

Como bem se observa, no caso dos crimes praticados no período do regime militar, a compreensão do passado por intermédio da narrativa da herança histórica e pelo reconhecimento oficial dos acontecimentos possibilita aos cidadãos construir os valores que indicarão uma atuação no presente, além de integrarem a própria história do país. Assim, o direito à memória afasta o direito ao esquecimento.

Há outros direitos fundamentais que também colidem com o direito ao esquecimento, contudo vamos analisar aqueles que se referem às liberdades de expressão, de informação e de imprensa, que traduzem direitos ligados a própria noção de democracia. A liberdade de informação compreende o direito de informar e ser informado, ao passo que a liberdade de expressão consiste é o direito de qualquer indivíduo manifestar, livremente, opiniões, ideias e

---

<sup>6</sup>BRASIL. Lei n. 12.528, de 18 de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.

<sup>7</sup> MOURA, Luiza Diamantino. *O Direito à Memória e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site\\_/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12035&revista\\_caderno=16](http://www.ambitojuridico.com.br/site_/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12035&revista_caderno=16)>. Acesso em: 09 out. 2015. (O caso Gomes Lund se refere à Guerrilha do Araguaia, que foi um movimento social e político que se organizou na região amazônica brasileira, ao longo do rio Araguaia, entre o fim da década de 60 e a primeira metade da década de 70, por meio do qual se pretendia derrubar o regime militar e se instaurar um governo comunista. A grande maioria dos participantes do movimento foi morta pelo Exército brasileiro em combates ou após serem presos. Inúmeros outros sumiram sem deixar rastros, sendo considerados desaparecidos políticos. Até hoje, familiares e organizações de direitos humanos tentam ter acesso aos arquivos militares da época e buscam localizar e identificar corpos dessas pessoas tidas como desaparecidas).



pensamentos. A liberdade de imprensa ou jornalística conjuga em si a liberdade de informação e a liberdade de expressão.

Em seu art. 5º, XIV, a Constituição<sup>8</sup> assegura a todos o acesso à informação, resguardando, quando necessário o sigilo da fonte. Tal garantia se refere à liberdade de informação. O direito à liberdade de expressão está materializado no art. 5º, IV da Constituição, onde está previsto que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso IX, que garante a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

A garantia da liberdade de expressão equivale a um conjunto de formas que possibilitam externar o pensamento que pode ser por meio jornalístico, televisivo, por rádio ou pela internet, ou seja, por qualquer meio de comunicação, englobando ainda as palavras, as imagens e até mesmo os gestos.

A liberdade de imprensa, como já dito, traz ínsita em seu bojo as liberdades de expressão e informação e configura, nos dias atuais, um mecanismo de influenciar na formação da opinião, uma vez que abrange diferentes tipos de meios de comunicação. Traduz-se em verdadeiro corolário da liberdade de expressão.

Essas liberdades traduzem verdadeiros direitos fundamentais, assegurados a todos os indivíduos, sendo indispensáveis ao exercício da democracia. Contudo, não podem ser exercidas livremente, encontrando no direito ao esquecimento um verdadeiro óbice, pois, até que ponto seria possível veicular a informação sobre um determinado acontecimento ocorrido no passado, sem que isso viole as garantias da privacidade, intimidade, honra e imagem de uma pessoa?

É a partir dessa acirrada discussão (colisão entre as liberdades de informação, de expressão e de imprensa *versus* o direito ao esquecimento) que gira toda a controvérsia, tanto

---

<sup>8</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.

da jurisprudência como da doutrina. Isso porque, no caso do direito à memória, tendo em vista o predomínio do interesse público e da relevância histórica do fato, não há que se falar em direito ao esquecimento.

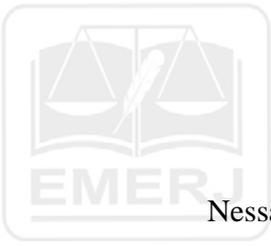
### **3. DIREITO AO ESQUECIMENTO X DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO: PONDERAÇÃO**

O direito ao esquecimento não possibilita apagar o passado, mas permite uma limitação das informações relativas a ele, principalmente quando estas não possuem mais qualquer relevância histórica e nenhum interesse social envolvido. Isso porque ninguém é obrigado a ser lembrado dos erros cometidos no passado.

Se por um lado o ordenamento jurídico brasileiro admite o direito ao esquecimento como atributo da personalidade da pessoa humana, por outro o também admite a livre manifestação como atributo da personalidade, ou seja, um direito a integridade intelectual do indivíduo. Assim, diante dos princípios constitucionais envolvidos, passa-se a buscar uma solução para esse conflito de normas.

Importante destacar que a ordem constitucional brasileira não legitima direitos fundamentais absolutos, pois a própria vivência em um ordenamento pluralista demanda o contínuo diálogo entre os valores constitucionalmente previstos, que, por vezes, representam uma limitação a um direito em virtude da sobrelevação de outro, em uma dada circunstância específica.

Por não serem direitos absolutos, os direitos fundamentais se expõem a limitações autorizadas expressas ou implicitamente pela própria Constituição, por norma promulgada com fundamento na Constituição ou ainda por força de colisão entre direitos fundamentais, conforme ocorre com o direito ao esquecimento e o direito à liberdade de informação, de expressão e de imprensa.



Nessas situações de colisão, nas quais a efetivação de um direito se dá em detrimento do outro, há que se fazer uma ponderação, de modo a harmonizar os preceitos que apontam para resultados distintos, pois no direito ao esquecimento o que se busca é a não divulgação da informação, da não exposição da imagem, da proteção do interesse individual, ao passo que as liberdades de expressão e informação buscam a publicidade e a ampla divulgação da informação, prestigiando o interesse coletivo.

Pelo princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser consideradas como preceitos integrados em um sistema interno e unitário de regras e princípios, de modo a evitar contradições entre as normas constitucionais, ou seja, as normas constitucionais possuem o mesmo valor hierárquico, cabendo ao intérprete encontrar soluções que permitam a harmonização dessas normas em conflito.

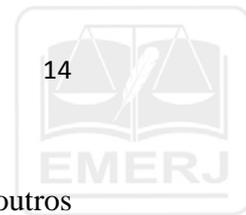
Como meio de harmonizar a colisão entre o direito ao esquecimento e o direito à liberdade de informação, de expressão e de imprensa vem sendo adotado pelos Tribunais Superiores a técnica da ponderação ou *balancing*, a qual consiste numa técnica jurídica que, no dizer de George Marmelstein<sup>9</sup>:

[...] é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores.

Além da técnica da ponderação, o intérprete deve se pautar no princípio da proporcionalidade, que é uma verdadeira garantia constitucional, auxiliando o juiz quando da resolução de problemas de compatibilidade e de conformidade na concretização das normas constitucionais.

---

<sup>9</sup>MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, Pág. 378.



Segundo a doutrina<sup>10</sup>, o princípio da ponderação traz em seu bojo três outros subprincípios, a saber: a necessidade, que significa que o meio escolhido não deve exceder os limites indispensáveis a sua conservação; a adequação, por meio da qual se identifica o meio apropriado para alcançar o objetivo pretendido; e a proporcionalidade em sentido estrito, traduzindo-se na escolha do meio que melhor ao interesse em jogo.

O direito ao esquecimento tem sido aplicado pelos Tribunais brasileiros, não ficando restrito a discussões doutrinárias, ou seja, tem aplicação prática, ganhando cada vez mais força na jurisprudência pátria. Desse modo, há que se destacar dois importantes julgados, nos quais o STJ já teve a oportunidade de enfrentar a questão: REsp 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ, ambos de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

O primeiro recurso especial se refere a um caso em que uma pessoa indicada como coautora no triste episódio conhecido como “chacina da candelaria” foi absolvida e, mesmo após sua absolvição, teve seu nome envolvido num programa de TV que tratou do assunto. Foi reconhecido o direito de indenização ao autor da ação, pelos danos suportados em razão da veiculação da reportagem que trouxe de volta fatos relativos ao passado, que acabaram por violar a vida íntima do autor.

Como bem destaca em seu voto:

[...] o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda [...] No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes<sup>11</sup>.

<sup>10</sup>PINHO, Judicael Sudário de. *Colisão de Direito Fundamentais: liberdade de comunicação e direito à intimidade*. Revista Themis, Fortaleza, CE, v. 3, n. 2, p. 107-161, 2003. Disponível em: <<http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp.content/uploads/2008/10/themis-v4-n1.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2014.

<sup>11</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1334097/RJ, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em:



Quando se trata de casos de cometimento de crimes, a tutela do direito ao esquecimento ganha contornos especiais, pois mesmo após o cumprimento da pena, a pessoa permaneceria estigmatizada. Assim, o direito ao esquecimento, pode-se dizer, está intimamente ligado ao direito à ressocialização daquele que comete um crime, apagando-se as consequências penais do seu ato.

Resguardando o direito ao esquecimento estaria sendo resguardada a imagem e a possibilidade real de ressocialização do antigo apenado, porque se após certo tempo o nome do antes condenado é retirado do rol dos culpados, nada mais justo este ter reestabelecido o seu direito à imagem, o que não é possível em alguns casos, pois a informação acaba ficando registrada na rede mundial dos computadores *ad eternum*, cabendo às pessoas que se sentirem lesadas requererem a retirada de conteúdo que viole a imagem do indivíduo.

Edson Ferreira da Silva<sup>12</sup> aduz que:

É o interesse do resguardo pessoal que sofre com a renovação do episódio infeliz na memória das pessoas, com a renovação do sofrimento experimentado pela revelação e com a postergação do esquecimento que seria tão salutar. Nesse sentido, o interesse do resguardo pessoal pode ser desdobrado em um direito ao esquecimento, a consistir no poder jurídico de impedir qualquer forma de exploração de episódios embaraçosos, infelizes ou desabonadores, que interessa sejam esquecidos.

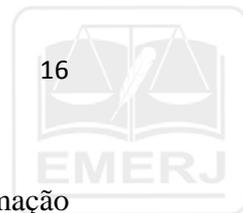
Deve ser proporcionado ao cumpridor de sentença penal condenatória a reconstrução de sua história, não admitindo que os condenados sejam expostos à execração pública, porque já receberam e cumpriram suas penas e, tem direito ao esquecimento de seu passado criminoso.

O segundo especial se refere ao caso Aída Curi, vítima de homicídio em 1958, que também foi retrato em um programa de TV, fazendo com que todo o sentimento de dor experimentado pela família ressurgisse. Neste segundo caso, entendeu o Min. Luis Felipe que não era devida a indenização, porquanto não haveria outra forma de reproduzir a história, sem

---

<[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29381336&sReg=201201449107&sData=20130910&sTipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29381336&sReg=201201449107&sData=20130910&sTipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 11 set. 2015.

<sup>12</sup>DA SILVA, Edson Ferreira. *Direito à Intimidade*. 2.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 126.



que para tanto se mencionasse o nome da vítima, prevalecendo então o direito à informação sobre o direito ao esquecimento.

Para o Ministro Luís Felipe Salomão, o direito ao esquecimento não teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público e, quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público<sup>13</sup>.

Deve-se analisar se existe um interesse público atual daquela informação, de modo que se o fato pretérito não for dotado de contemporaneidade, historicidade e interesse público, não há justificativa plausível para sua divulgação, privilegiando assim, o direito ao esquecimento.

Como assevera o Min. Gilmar Ferreira Mendes<sup>14</sup>:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

Constata-se então, que mesmo que se observe em relação ao esquecimento o predomínio do interesse privado (direitos de personalidade) em detrimento do interesse público (direito à informação), não existe um padrão de resposta, mas uma análise contida e pormenorizada de cada caso concreto na busca da melhor resposta, que permitirá aferir qual interesse deve prevalecer, sempre pautado no caso concreto.

## CONCLUSÃO

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.335153. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 11 set. 2015.

<sup>14</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 374.



Na atual da sociedade da informação, onde as pessoas possuem amplo acesso à informação, principalmente por conta da internet, verifica-se a necessidade de se estipular um limite a veiculação e divulgação das informações, notadamente as que correspondam aos fatos ocorridos no passado e que de alguma forma tragam uma violação à honra, à privacidade e à imagem daqueles cuja informação diga respeito.

Assim, como uma forma de limitar a divulgação de fatos pretéritos surge o direito ao esquecimento, lastreado no princípio da dignidade humana, passando a integrar os chamados direitos da personalidade, permitindo que o passado de determinada pessoa não venha a ser devassado, principalmente quando disserem respeito a fatos cometidos e que não mais ser lembrados.

A aplicação do chamado direito ao esquecimento, muito embora não se limite a esfera penal, tem nela sua maior relevância, posto que é nessa seara onde se discutem a maioria dos casos de vulneração aos direitos da personalidade, em especial quando se trata de ex-detentos, que mesmo após cumprirem suas penas, continuam atrelados à prática do fato criminoso, devido a exposição midiática, bem como pelo armazenamento da informação na rede mundial de computadores.

A grande crítica que se faz é a de que, se nem mesmo no direito penal o condenado pode ter seu nome atrelado ao fato que deu ensejo a sua condenação, após o cumprimento de sua pena, com muito menos razão pode esse fato ficar ao alvedrio da sociedade, obstando a ressocialização do indivíduo e, por vezes, trazendo à tona fatos que já haviam caído no esquecimento popular.

O direito ao esquecimento, como direito fundamental que é, não é absoluto, ao revés, é relativo e pode ceder espaço para outro direito, a depender da situação ocorrida no caso concreto. Como uma exceção ao direito ao esquecimento há o chamado direito à memória, que, tendo em vista a relevância do fato para a sociedade ele se incorpora a própria história

daquele país. É o caso dos crimes cometidos na época da ditadura militar. Assim, tendo em vista o interesse público de que se reveste a situação, não há espaço para a tutela individual.

O principal ponto de confronto na aplicação do direito ao esquecimento diz respeito ao direito de informação (que engloba o direito à liberdade de expressão, de pensamento e de imprensa), pois de um lado busca-se a proteção do interesse individual e de outro o direito coletivo, ambos de igual importância.

O direito ao esquecimento vincula e operacionaliza-se a dignidade da pessoa humana, sendo a possibilidade do ser humano ser reconhecido nesta condição e em particular, poder reconstruir sua história e se ver livre de um passado pesaroso, contudo sua aplicação não é irrestrita, só se justificando diante de fatos que não tenham notoriedade, contemporaneidade, historicidade e interesse público envolvido, do contrário,

Assim, conclui-se que o direito configura uma forma de se tutelar a dignidade da pessoa humana, promovendo uma limitação no que diz respeito às informações divulgadas sobre a vida pregressa do indivíduo. Embora se amolde como um direito da personalidade e como tal, inerente ao ser humano, há que se fazer uma análise no caso concreto para verificar sua aplicação ou seu afastamento, com base em outro direito igualmente amparado pela Constituição.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.



\_\_\_\_\_. Lei 12.528 de 18 de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1334097/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta turma, julgado em 28/05/2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29381336&sReg=201201449107&sData=20130910&sTipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29381336&sReg=201201449107&sData=20130910&sTipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 11 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1335153/RJ, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 11 set. 2015.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte peral e LINDB*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil: 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2015.

FERREIRA DA SILVA, Edson. *Direito à Intimidade*. 2.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. v.1, 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

GUTMAN, Juliana Santa Cruz. *Direito à verdade, memória e justiça*. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/pibic/relatorioresumo2014/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Julia%20Santa%20Cruz%20Gutman.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorioresumo2014/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Julia%20Santa%20Cruz%20Gutman.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2015.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

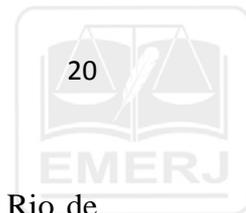
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

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

MOURA, Luiza Diamantino. *O Direito à Memória e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12035&revista\\_caderno=16](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12035&revista_caderno=16)>. Acesso em: 09 out. 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.



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

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

PINHO, Judicael Sudário de. *Colisão de Direito Fundamentais: liberdade de comunicação e direito à intimidade*. Revista Themis, Fortaleza, CE, v. 3, n. 2. Disponível em: <<http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp.content/uploads/2008/10/themis-v4-n1.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



## OS PRESSUPOSTOS HERMENÊUTICOS EM GADAMER E EM MACCORMICK

Maíra Almeida

Mestra e doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas do Programa de Pós-Graduação em Direito - Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Pesquisadora do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - LETACI/PPGD/FND/UFRJ, com o apoio da CAPES.

**RESUMO:** O presente trabalho investiga alguns aspectos pertinentes à teoria Hermenêutica de Gadamer, seus fundamentos e seus conceitos. Por meio desta investigação compreende-se com mais clareza os pressupostos teóricos de MacCormick no que diz respeito à questão da argumentação e da interpretação. Pretende-se enfocar o problema hermenêutico da aplicação e de sua eficácia sob a perspectiva da obra *Verdade e Método I*, de Hans-Georg Gadamer e os referenciais ou pressupostos teóricos contidos em *Retórica e o Estado de Direito*, de Neil MacCormick defendem, do ponto de vista metodológico, o entendimento de que a hermenêutica e a interpretação – num sentido *lato* – pretendem questionar *a priori* a totalidade do homem e sua inserção no mundo. O que suas teorias divergem em pressupostos e metodologia é o que se pretende estudar aqui. Tais considerações têm por objetivo interpretar e aplicar nas esferas da filosofia (Gadamer) e do direito (MacCormick). Portanto, tratar-se-á dos aspectos mais conceituais das teorias em pauta.

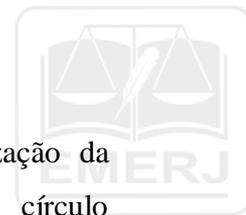
**PALAVRAS-CHAVE:** hermenêutica, pressupostos hermenêuticos, razão e método.

**SUMÁRIO:** Introdução: o significado da Hermenêutica em Gadamer – um fenômeno circular. 1. Alguns traços essenciais da Hermenêutica em Gadamer e o problema da Hermenêutica segundo Gadamer. 2. A razoabilidade, a Argumentação e a Interpretação em MacCormick pressuposto de compreensão. 3. O paradigma da hermenêutica jurídica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO:

O presente artigo científico analisa a problemática da Hermenêutica Jurídica, sob o viés de Hans-Gadamer e Neil MacCormick. Procura-se demonstrar que o estudo da teoria desses autores, apesar de advindos de âmbitos diversos, filosofia e direito, respectivamente. Complementam-se e mostram-se essenciais para a atividade de jurisdição na atualidade, uma vez que, devido a constante mudança das relações social, cada vez mais depara-se o magistrado com situações complexas, em que verifica-se a necessidade de valer-se de instrumentos hermenêuticos.

Para tanto, serão abordadas as Teorias da argumentação, da interpretação e seus limites, apresentada por MacCormick e a análise do círculo hermenêutico desenvolvido por Gadamer, no que tange a aplicação e eficácia da perspectiva hermenêutica.



O primeiro capítulo destina-se à conceituação, discussão e problematização da Hermenêutica propostos por Gadamer, tais como: a estrutura ontológica do círculo hermenêutico, a razão e a autoridade.

No segunda capítulo da pesquisa, analisa-se a teoria proposta por MacCormick quanto aos parâmetros propostos pelo autor de razoabilidade, argumentação, interpretação e sua importância na atividade prática do direito positivo.

O terceiro capítulo propõe uma compreensão do paradigma da hermenêutica jurídica, por meio dos argumentos e teses defendidas pelos referidos teóricos, visando proporcionar ao leitor uma perspectiva ampliada da hermenêutica jurídica, ao contemplar análise de autores com diferentes matrizes.

O presente artigo acadêmico é de natureza qualitativa e adota a metodologia bibliográfica, de forma em adota como fontes principais livros e artigos científicos.

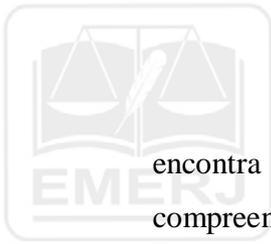
## **1. ALGUNS TRAÇOS ESSENCIAIS DA HERMENÊUTICA EM GADAMER: RAZÃO E AUTORIDADE**

A pergunta fundamental de Gadamer<sup>1</sup> é: como se inicia o trabalho hermenêutico? Que consequências têm para a compreensão a condição hermenêutica de pertencer a uma tradição? Faz-se necessário recordar-se aqui a regra hermenêutica segundo a qual é preciso compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. É uma regra que procede da antiga retórica e que a hermenêutica moderna transportou da arte da retórica e que a hermenêutica moderna transportou da arte da retórica para a arte da compreensão. Assim, segundo Gadamer, o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. E se pergunta novamente Gadamer se esse modo compreender o movimento circular da compreensão é adequado.

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a compreensão humana de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que une o Homem à tradição. Mas em sua relação com a tradição essa comunhão é concedida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já se

---

<sup>1</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I* – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9 ed. Rio de Janeiro: Vozes, São Paulo: Universitária São Francisco, 2008, p.385.



encontra cada um individualmente, mas cada um vai instaurando-a na medida em que compreende, na medida em que participa do acontecer da tradição e continua determinando-o a partir dele próprio. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão. Entende, pois, que Gadamer explora a condição da tradição para fundamentar valores ao processo de compreensão.

A concepção prévia da perfeição ou da verdade que guia toda essa compreensão demonstra também ela ter em cada caso um conteúdo determinado. Não se pressupõe somente uma unidade de sentido capaz de guiar o leitor; pressupõe que a compreensão deste seja guiada constantemente também por expectativas de sentido transcendente, que surgem de sua relação com a verdade do que é visado. Da mesma forma que o destinatário de uma carta compreende as notícias que esta contém e vê as coisas, de imediato, com os olhos de quem escreveu, dando como certo o que este escreve, e não procura, por exemplo, compreender opiniões particulares do escritor, também nós compreendemos os textos transmitidos sobre a base de expectativas de sentido que extraímos de nossa própria relação precedente com o assunto.

O traço distintivo da hermenêutica gadameriana é o “dar sentido” ao fenômeno racional e experimental<sup>2</sup>. A hermenêutica defendida por Gadamer aparece na medida de um problema humano. O Mundo acontece na medida do Homem com o seu patrimônio de ideias, ou seja, possui um aparato racional e conceitual que o predispõe a compreender o real<sup>3</sup>.

O grande desafio é que toda interpretação “verdadeira” tem que proteger-se da arbitrariedade de instituições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis – “Essa é uma ideia valiosa. Para certos propósitos, aquilo que uma autoridade encarregada de determinar os fatos estabelece como sendo verdadeiro deve ser considerado verdadeiro ou ser aceito como a verdade”<sup>4</sup>. Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão “heróica”, tomada de vez por todas, mas verdadeiramente “a tarefa primeira, constante e última”, como bem afirma Gadamer. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem. “Quem quiser compreender um

---

<sup>2</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise* – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7 ed, revista e atualizada. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p.192.

<sup>3</sup> Ibid. p.196.

<sup>4</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.95.



texto, realiza sempre um projetar”<sup>5</sup>. Tão logo apareça um sentido no texto, o intérprete prelineia, estabelece, identifica um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. É o sentido que se firma e que dá sentido ao real.

Lênio Streck<sup>6</sup> afirma que estar no mundo antecipa qualquer tipo de explicação lógico-semântica, não no sentido temporal cronológico. Estamos no mundo e que há necessariamente uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação. Tem-se uma estrutura do modo de ser que é interpretação. Por isto, o Homem sempre interpreta. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. Portanto, fazer-se compreender é uma tarefa imprescindível ao juiz quando decide sobre um caso que lhe é levado ao conhecimento. É imperioso que as partes compreendam, não somente o resultado de sua decisão, mas, em primeiro lugar, os passos dados pelo magistrado na construção da sentença. Pode-se, pois, afirmar que uma compreensão (ou os procedimentos, como diz MacCormick) guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e atingir uma compreensão correta ou verdadeira.

Gadamer<sup>7</sup>, através de uma análise histórica mostra que é somente na *Aufklärung* que a ideia de “preconceito” recebeu a matriz negativa que agora possui e assevera que, em si mesmo, “preconceito” recebeu a matriz negativa que agora possui e assevera que, em si mesmo, “preconceito” quer dizer um juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a interpretação. Segundo o filósofo, no procedimento da “jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva”<sup>8</sup>. Para aquele que participa de uma disputa judicial, um preconceito deste tipo representa evidentemente uma redação de suas chances. Esse preconceito de que trata Gadamer não pode e não deve ser adotado pelo julgador, posto que se assim o fizer, ainda no curso do processo, antes mesmo de proferir sua decisão, terá prejudicado um dos litigantes. A precipitação no juízo, para Gadamer é a verdadeira fonte de equívocos que induz aos erros do

<sup>5</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2008, p.356.

<sup>6</sup> STRECK, op. cit., p.199.

<sup>7</sup> GADAMER, op. cit., p.360 e 362.

<sup>8</sup> Ibid., p.360 e 362.



uso da razão<sup>9</sup>. A autoridade, ao contrário, é culpada de que não se faça uso da própria razão, como afirma Gadamer: razão e autoridade não se confundem para o pensador alemão<sup>10</sup>. Mas, a autoridade das pessoas não tem seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que um Homem está acima de outro em juízo e visão e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao próprio juízo desse último. Isso implica que, se alguém tem pretensões à autoridade, esta não deve ser-lhe outorgada; antes, autoridade é e deve ser alcançada. Ela repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria da razão que, tornando-se consciente de seus próprios limites, atribui ao outro uma visão mais acertada.<sup>11</sup>

Em sua exposição Gadamer apresenta o ponto de partida do problema hermenêutico<sup>12</sup>. Se o desejo for a concretização da justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar-se a cabo uma reabilitação radical da ideia de “preconceito” e reconhecer que existem preconceitos legítimos.

Em MacCormick, compreende-se a dificuldade metodológica e sistemática em estabelecer o procedimento racional/pragmático da atividade hermenêutica. Na verdade, MacCormick apresenta alguns conceitos (entendimentos) sobre os problemas da atividade jurídica interpretativa. Gadamer<sup>13</sup>, por sua vez, inicia suas considerações sobre o problema hermenêutico fundamental, apresentando seus dois componentes: a compreensão (*subtilitas intelligendi*) e interpretação (*subtilitas explicandi*), tendo sido incorporado um terceiro componente, qual seja, a aplicação (*subtilitas applicandi*). Esses três momentos deveriam, pois, perfazer o modo de realização da compreensão. Afirma Gadamer que o problema hermenêutico recebeu um significado sistemático, no momento em que o romantismo reconhece a unidade interna do inteligível e do explicativo. A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Relacionado com isso está também o fato de a linguagem e a conceptualidade da interpretação

---

<sup>9</sup> “Novamente, o que justifica o recurso à razoabilidade é a existência de uma pluralidade de fatores cuja relevância requer avaliação dentro de um foco de preocupação comum (como uma decisão a ser tomada por uma autoridade em vista do interesse público)”, assim expõe MacComick sobre o necessário uso da razão, entre outras passagens de seu livro.

<sup>10</sup> GADAMER op. cit., p.368.

<sup>11</sup> Ibid., p.371.

<sup>12</sup> Ibid, p.368.

<sup>13</sup> Ibid, p.406.



terem sido reconhecidos como um momento estrutural interno da compreensão; a linguagem passa a ocupar o centro da filosofia.

Acrescenta Gadamer<sup>14</sup> que a fusão interna da compreensão e da interpretação teve como consequência prática a complexa desconexão do terceiro momento da problemática da hermenêutica, qual seja, o da aplicação. Diz, pois, que a aplicação edificante que se fazia por exemplo da Sagrada Escritura no anúncio e na pregação cristã parecia ser algo completamente distinto da compreensão histórica e teológica da mesma. Ora, tais reflexões levaram a admitir-se que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido imperioso dá-se um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e a interpretação, mas também a aplicação. Isto não significa um retorno à distinção tradicional das três *subtilitates*. Ao contrário, entende-se que a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.

Ultrapassada essa primeira análise do problema hermenêutico, compreende Gadamer que a história da hermenêutica ensina que junto à hermenêutica filológica, ou seja, aquela ciência que, por meio de textos escritos, estuda a língua, a literatura e todos os fenômenos de cultura de um povo, existiriam também uma teológica e outra jurídica e que somente as três juntas comportariam o conceito pleno de hermenêutica. A união dessas três formas de interpretação como um conceito pleno de hermenêutica é descrito por Gadamer<sup>15</sup> como sendo a estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica apoiava-se num reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo em cada situação concreta de maneira nova e distinta. Aqui compreender é sempre aplicar<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Ibid., p.407.

<sup>15</sup> Ibid., p.408.

<sup>16</sup> Ibid., p.408-409.



## 2. A RAZOABILIDADE EM MACCORMICK COMO PRESSUPOSTO DE COMPREENSÃO

Se de alguma forma identificados em Gadamer o significado de razão e a necessidade de seu exercício para a atividade de compreensão e produção do fenômeno da Hermenêutica, será em MacCormick que poderemos compreender a importância da consequência imediata desta atividade racional: a razoabilidade.

Em seu trabalho, MacCormick analisa e extrai um entendimento geral da ideia de razoável. Tenta esclarecer a importância da razoabilidade em relação ao Direito Positivo, para avaliar o quanto as ideias por ele apresentadas encontram alguma ilustração nas matérias ou documentos jurídicos em três estágios. Aponta, em primeiro lugar, as razões que podem ser aventadas para justificar o uso de parâmetros de razoabilidade no direito. Em segundo lugar, os modos pelos quais diferentes áreas do Direito interpretam os fatores relevantes para a razoabilidade. E, por fim, examina decisões concretas sobre razoabilidade, nas quais o que é razoável é tido como uma “questão de fato”. Compreende-se, pois, que a disposição da atividade criadora e compreensiva da razão, em Gadamer, é superada pela exigência de uma situação indispensável para MacCormick da razoabilidade, ou seja, o resultado prático e objetivo da atividade racional<sup>17</sup>. Por esta razão, MacCormick pretende observar, em sua teoria, a importância das “consequências como implicações” ou “consequências jurídicas” e levanta a questão sobre o papel dos valores na argumentação jurídica. Indaga a que valores pode o autor de um argumento jurídico recorrer para mostrar que uma linha possível de julgamento é melhor do que outra. Ou seja, assim como Alexy ou mesmo Dworkin, MacCormick está interessado em saber como a prática argumentativa resulta de parâmetros objetivos e concretos<sup>18</sup>.

Porém, como bem assevera MacCormick, a razoabilidade não está em questão apenas em relação à responsabilidade civil; há várias situações jurídicas que provocam a pergunta sobre o que é razoável fazer, dizer, concluir ou questionar. Um valor como o razoável, segundo MacCormick pode ser muito sensível ao contexto, e o julgamento será sempre em um dado contexto concreto. Em qualquer situação dada, podem existir muitos

<sup>17</sup> MACCORMICK. op. cit., p.218. “(...) a “razoabilidade” que o Direito tem em vista precisar ser razoabilidade prática, não uma capacidade abstrata para argumentar sobre questões teóricas”, afirma MacCormick.

<sup>18</sup> De alguma maneira, Castanheira Neves observa a prática da interpretação jurídica como fenômeno concreto de problemática sobre a decisão: “E essa mudança de perspectiva vem a traduzir-se, desde logo, no postular o caso jurídico como o prius metodológico. E com isto pretende afirmar-se que o caso jurídico não é apenas o objecto decisório-justificativo, mas verdadeiramente a perspectiva problemática-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido”. NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Portugal: Universidade de Coimbra, 1993, p.142.



fatores que devem ser avaliados no julgamento da razoabilidade de uma ação ou omissão para a construção dos argumentos necessários e efetivos para o caso em questão. Adverte MacCormick, no entanto, que através dos exemplos por ele expostos que a argumentação sobre a razoabilidade tem grande importância dentro das operações do Direito, como afirmamos acima. Uma pessoa razoável possui a virtude da *prudentia* e a utiliza em suas ações, afirma MacCormick. Tal pessoa razoável é aquela objetiva: ela não é consumida pela paixão por seu próprio interesse ou projeto de tal modo que se torne incapaz de se distanciar momentaneamente e olhar a situação a partir do ponto de vista de outras pessoas. Desta forma, ela é capaz de julgar o seu próprio interesse em contraste com os dos outros, ao menos num grau adequado de imparcialidade. Sendo a “pessoa razoável”, para o autor, um deliberador ideal. Admite MacCormick, em contrapartida, que pessoas perfeitamente razoáveis seriam um modelo de virtude irrealista. A ideia de razoabilidade condiz com o princípio da imparcialidade.

Observa-se, assim, certo distanciamento do conceito de razão em Gadamer e o mesmo em MacCormick. Para o primeiro ele se traduz na esfera da realização do próprio ser racional, enquanto para MacCormick os efeitos razão, a razoabilidade, configuram o necessário instrumental para o objetivo final: a compreensão.

Segundo MacCormick, a irrazoabilidade consiste em ignorar fatores relevantes, em tratar como relevante o que deveria ser ignorado. Mesmo que pessoas diferentes possam chegar a avaliações diversas em tais questões de sopesamento, e que uma variedade de avaliações seja aceitável dentro do escopo de opiniões razoáveis sobre tal sopesamento, este escopo tem alguns limites. Para o autor, algumas opiniões são tão excêntricas que não podem ser aceitas como julgamentos válidos de maneira alguma. MacCormick compreende que o Direito recorrerá sempre a um parâmetro tão complexo quanto a razoabilidade na formulação de princípios ou regras para orientar autoridades públicas e cidadãos: é a existência de tópicos para os quais uma pluralidade de fatores valorativos é relevante de um modo dependente do contexto.

A partir de um caso exemplar – *Suspeitos de Terrorismo*<sup>19</sup> – MacCormick desenvolve a discussão sobre a justificação das decisões e se podem ser consideradas tornadas corretas a partir de suas consequências. Tal discussão sobre as decisões concebe duas posições extremas. A primeira, na qual a única justificação para uma decisão poderia ser em termos da totalidade de suas consequências, da sua capacidade de produzir o maior benefício,

---

<sup>19</sup> MACCORMICK. op. cit., p.135.



tendo como conjunto todas as consequências e julgando-as a partir de algum critério adequado. Enquanto que, na segunda, a natureza e a qualidade da decisão seriam os únicos elementos a serem considerados relevantes na justificação de suas decisões. Percebe-se que, longe da visão de Gadamer, MacCormick trabalha a questão da decisão a partir da instrumentalização dos procedimentos da argumentação e da interpretação. Segundo o autor, ambos os extremos devem ser rejeitados, uma vez que se deve dar atenção apenas à visão intermediária, de que alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões. A justificação está no “justo meio”, na razoabilidade dos procedimentos<sup>20</sup>.

MacCormick tem ainda como foco argumentar que um certo tipo de raciocínio consequencialista tem importância decisiva na justificação das decisões jurídicas. Além de raciocinar sobre os problemas da relevância e da interpretação, e sobre alguns aspectos da argumentação sobre os problemas de classificação e avaliação, que envolvem tipicamente questões relativas à linha adequada de desenvolvimento do Direito a partir do caso particular em apreço.

Para o autor, decidir um caso e justificar a decisão exige que essa decisão possa ser universalizada (ao menos implicitamente) e que possa ser comparada qualitativamente com os méritos de uma outra possível proposição universal que lhe seja rival. Deste modo, as razões devem ser dadas a favor da alternativa preferida, para a linha de decisão preferida neste caso e em todos os outros casos análogos. Na verdade, MacCormick desenvolve uma teoria da efetividade jurídica que, de algum modo, exige do intérprete a preocupação com as consequências de suas decisões ou, como se afirma na teoria institucionalista, a preocupação com os “efeitos sistêmicos” da atividade institucional e de seus autores.

O autor ainda apresenta o motivo dos casos difíceis produzirem um mau Direito e satisfazerem a exigência da justiça que os casos iguais sejam tratados de forma igual: que as decisões não justificadas em termos de seus efeitos diretos e imediatos nas partes envolvidas apenas, mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja, portanto, disponível para outros casos semelhantes. Segundo o autor, o que oferece o caráter distintivo das decisões judiciais em casos concretos é que em qualquer medida em que exista em um dado sistema jurídico uma prática de seguir precedentes ou mesmo uma regra exigindo isso, a decisão universalizada torna-se um tipo de regra capaz de aplicar-se a todas as demais

---

<sup>20</sup> Ibid., p.136. “Nós devemos, portanto, rejeitar ambos os extremos. Devemos dar atenção apenas à visão intermediária, de que alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões”, assim esclarece o autor.



peçoas. Ela, ao menos, se torna uma regra que os outros juizes deveriam seguir ou modificar, salvo quando estivessem diante de um caso que pudesse ser considerado distinto do caso anteriormente julgado<sup>21</sup>.

MacCormick ainda estabelece que uma parte necessária da justificacão das sentenças jurídicas consiste em mostrar que elas não contradizem regras jurídicas validamente estabelecidas. Uma outra parte adicional consiste em mostrar que elas estão apoiadas em princípios jurídicos estabelecidos ou em analogias próximas e razoáveis feitas a partir de regras jurídicas estabelecidas, sempre que algum princípio defensável sustente a relevância da analogia. Mas esses fundamentos de justificacão, “ainda que sempre necessários, não são de forma alguma sempre suficientes ou conclusivos para favorecer ou afastar uma conclusão possível em um determinado caso, mas somente um teste de consistência e coerência”<sup>22</sup>. O termo “consequências jurídicas” traduz a prudência e cautela que o juiz deve observar, dentro de um conjunto de situaes possíveis, qual terá que ser cumprida, do ponto de vista jurídico pela sentença proposta.

Quanto  “consequencia comportamental” o autor a relaciona  conduta do juiz que adere fielmente às decisões anteriores e procura agir de acordo com o seu espírito. Desta forma, em essência, o que o autor denomina de Direito da argumentaco consequencialista  focado não tanto em estimar a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado status normativo  luz da decisão que está sendo considerada.

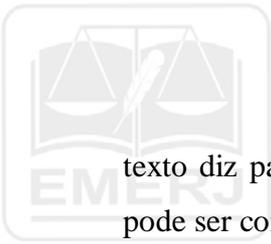
Uma vez que a argumentaco judicial caminhe nos limites da universalizabilidade, a matéria também dirá respeito ao estabelecimento de normas de correo, trazendo ao centro do argumento, portanto, razões de correo. Neste contexto, pode-se dizer que correo e orientaco a objetivos são dois lados da mesma moeda. Para ele, os direitos são consequências em relao às decisões de princípios que são feitas no campo jurídico, e não que são pressupostos por elas.

A ideia central em MacCormick, que de alguma forma transcende o essencialismo gadameriano  que a interpretao do direito está sempre relacionado a sua aplicacão. Sua visão  prática. Apresenta dois sentidos para a palavra “interpretao”, um mais amplo e outro mais estrito<sup>23</sup>. Pelo sentido mais amplo, toda a aplicacão do Direito exige algum ato de interpretao, uma vez que o aplicador precisa formular uma compreensão daquilo que o

<sup>21</sup> “O argumento conclusivo ou definitivo de um caso, quando ele ainda permanece em aberto após esse teste de consistência e coerência,  um argumento sobre as consequências, mas em um sentido de alguma forma diferente daquele que consideramos aqui”. Ibid., p.140.

<sup>22</sup> Ibid., p.140.

<sup>23</sup> Ibid., p.165.



texto diz para que possa aplicá-lo e, por conseguinte, qualquer ato de apreensão de sentido pode ser considerado como algo que envolve a interpretação. Por uma concepção mais estreita da argumentação compreende-se o sentido de acordo com o qual “interpretamos” apenas quando nos deparamos com alguma situação de dúvida quanto ao sentido, seguida pela resolução dessa dúvida. Em sua obra, MacCormick tratada da interpretação em sentido estrito, ou seja, se diante de dúvida ao se formar um julgamento deve-se resolver esta dúvida por meio de uma decisão que se mostra mais razoável no contexto. E, sem dúvida, se busca a sua efetividade na resolução do caso.

Segundo MacCormick, a disputa sobre o sentido de uma disposição legal é um bom exemplo de “problemas de interpretação”. A dúvida coloca-se em termos de dois ou mais sentidos rivais que apresentam argumentos para o tribunal acerca de quais razões são mais fortes para proferir uma leitura ao invés de outra. A conclusão do tribunal acerca de quais razões são mais fortes para proferir uma ou outra interpretação conduz a uma decisão sobre a matéria concreta em disputa. As categorias de argumentos interpretativos são, para MacCormick: aqueles que recorrem ao próprio contexto linguístico como fonte de razões para proferir uma interpretação a outra; aqueles que olham para o sistema jurídico como sendo o contexto especial do texto dotado de autoridade (sentido este bem diverso de Gadamer); aqueles que olham para os objetivos ou finalidades do texto dotado de autoridade, de modo a verificar como dar melhor sentido ao texto a partir de suas finalidades.

Deve haver, na verdade, um estágio da argumentação que resuma o grau relativo de persuasão de todos esses argumentos em um dado contexto, e que explique porque a conclusão alcançada é apropriada. Tal estágio de argumentação deve ser aplicado situações em que o sentido ordinário esteja em desacordo com o sentido técnico, um precedente conflito com a lógica conceitual, e de fato um argumento de um tipo pode ser encontrado em conflito com outro de outro tipo, sem consideração em relação às categorias identificadas. Nas disputas jurídicas, de acordo com o autor, argumentos de todos os tipos são matérias disponíveis para aqueles que queiram contestar o sentido de um texto. Sendo, ao fim, tarefa do juiz ou do tribunal encontrar uma conclusão, decidindo em relação a todo o contexto qual interpretação deveria prevalecer com base em quais razões.

Por trás da interpretação lingüística há ainda o objetivo de preservar a clareza e a precisão da linguagem legislativa e um princípio de justiça que proíbe a reconstrução judicial retroativa das palavras escolhidas pelo legislador. Segundo MacCormick, a tarefa específica de uma gama de tipos de argumentos não pode ela mesma ser derivada dedutivamente. Tal



conceito poderia ser um modo de concluir ou resumir onde está a unidade maior de todos os elementos argumentativos-interpretativos mais específicos identificáveis por meio de detida reflexão sobre a prática da argumentação jurídica, revelados por meio de um processo de “reconstrução racional” deles<sup>24</sup>.

### 3. O PARADIGMA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

A hermenêutica jurídica está em condições de recordar em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito, como bem esclarece Gadamer. Na hermenêutica tem-se o correto modelo de relação entre passado e presente que se procurava. Quando o juiz, ao julgar, adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum significa que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “ideia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente, visando resolver o caso concreto que lhe fora levado ao conhecimento. Claro que ali se trata de uma mediação jurídica. O que o juiz tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação. Assim, nesse caso, o magistrado não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente. A cada momento, ele pode assumir a posição do historiador, e dirigir-se às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz.

Diante de tais considerações, Gadamer conclui que para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica (como também o faz MacCormick e muitos outros), posto que se isso não ocorrer, como no caso do absolutismo, onde a vontade do senhor absoluto esteja acima da lei não há falar em hermenêutica alguma.

A tarefa da interpretação, pois, consiste, nas palavras do filósofo, em “concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação”<sup>25</sup>. Cabe, assim, ao juiz, o papel de complementar produtivamente o direito, sendo sua sentença, não um conjunto de arbitrariedades imprevisíveis, mas uma ponderação justa do conjunto, estando, assim, garantida a tão desejada segurança jurídica, fundamental no estado democrático de direito. Para isso, até que chegue o juiz à decisão proferida, deverá percorrer um longo caminho

---

<sup>24</sup> “E é isso que justifica, a seu turno, dar considerável peso à argumentação linguística e sistêmica no Direito. Esses são valores jurídicos genuínos e geralmente operativos, conectados com o ideal do Estado de Direito”. Ibid., p.185.

<sup>25</sup> GADAMER. op. cit., p.432.



através das peças processuais e das provas produzidas, o que poderá ocorrer dando oportunidades iguais a cada um dos litigantes ou negando-lhes a participação efetiva e equânime ao processo. Gadamer faz ainda uma referência entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica, informando existir entre elas uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição preponderante, afirmando, pois, não ser sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.

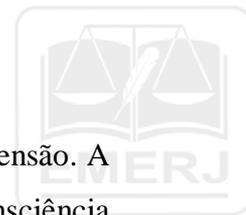
Não há que se falar em interpretação sem que se mencione a Dogmática Jurídica. Neste particular, mister reportar-se à obra de Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>26</sup> em que leciona que o postulado quase universal da Dogmática Jurídica, de que não há norma sem interpretação, define de imediato a função social das interpretações dogmáticas. E conclui dizendo que a Dogmática cria condições para uma libertação do espírito onde a sociedade espera vinculação. Ao afirmar seu postulado, a Dogmática interpreta sua própria vinculação a dogmática, conferindo ao intérprete uma disponibilidade que o autoriza a ampliar as incertezas sociais de um modo suportável e controlado. Seria a adequação ao caso concreto, sem que isso importe em decisionismos e discricionariedade do julgador.

Do ponto de vista da teoria da ciência moderna, pode-se compreender, conforme o próprio Gadamer, que se poderia apelar para o valor paradigmático dos casos onde não é possível uma substituição imediata do destinatário original pelo intérprete. Segundo Gadamer, para que se possa entender plenamente o sentido de um texto poderia o intérprete colocar-se no lugar desse destinatário e, na medida em que esse deslocamento lograsse dar ao texto sua perfeita correção, poderia reconhecê-lo como um verdadeiro engano da interpretação. Porém, esse deslocar-se ao lugar do leitor original é coisa muito diferente da aplicação. Significa saltar por cima da tarefa de mediar o ontem e o hoje, o tu e o eu, que, na verdade é o que quer o autor dizer com a palavra “aplicação” e que também a hermenêutica jurídica reconhece como sua tarefa. É, na verdade, o consequencialismo de que nos fala MacCormick.

Para Gadamer a compreensão não está na literalidade da ordem, nem tampouco na verdadeira intenção de quem a dá, mas unicamente na compreensão da situação e na responsabilização de quem a obedece, concluindo que o modelo da hermenêutica jurídica mostrou-se, pois relativamente fecundo<sup>27</sup>. Quando se sabe autorizado a realizar a complementação do direito, dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto

<sup>26</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 24.

<sup>27</sup> GADAMER. op. cit., p.446.



legal, o que faz o jurista é exatamente aquilo que ocorre em qualquer tipo de compreensão. A velha unidade das disciplinas hermenêuticas recupera seu direito e se reconhece a consciência da história das consequências em toda prática hermenêutica, tanto no do filólogo como o do historiador.

Tornou-se, pois, evidente que o sentido da aplicação já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não significa aplicação ulterior de algo comum, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós<sup>28</sup>.

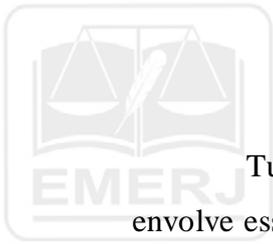
Defende Streck, no plano da Nova Crítica do Direito, que o intérprete não interpreta por partes, como se estivesse repetindo as fases da hermenêutica clássica, ou seja, primeiro compreende, depois interpreta, para finalmente aplicar. Ao contrário, em sua visão esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio*, que se dá no movimento da circularidade da autocompreensão no interior da espiral hermenêutica. Assim, segundo Streck, ao interpretar um texto o intérprete estará no estremo do círculo hermenêutico, havendo um movimento antecipatório da compreensão.

Em sendo assim, o juiz, a partir da Nova Crítica do Direito, não decide para depois buscar a fundamentação no contrário, ele decide, porque já encontrou o fundamento para sua decisão, sendo esse fundamento a condição de possibilidade para a decisão tomada, buscando, em um segundo momento o aprimoramento de seu fundamento. Com tal afirmação, Lênio Streck afirma que não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação. Defende a ideia de que um faz parte do outro e assim, as condições de possibilidade para que o intérprete possa compreender um texto implicam a existência de uma pré-compreensão (seus preconceitos) a cerca da totalidade do sistema jurídico-político-social. E qual a função do juiz nesse processo de interpretação?

A resposta está em Ronald Dworkin que em sua obra *o Império do Direito*<sup>29</sup>, no Capítulo VII – Integridade do Direito, no tópico destinado à cadeia do direito, afirma que a interpretação crítica vai buscar sua estrutura formal na ideia de intenção, não (pelo menos não necessariamente) porque pretenda descobrir os propósitos de qualquer pessoa ou de algum grupo histórico específico, mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando.

<sup>28</sup> Lênio Luiz Streck rompe com o paradigma metafísico aristotélico-tomista, pois defende a ideia de que, ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser produtivo e passa a ser produtivo, alegando que nesse ponto repousa a teoria de Gadamer quando afirma que o caráter da interpretação é sempre produtivo e que esse aporte produtivo forma parte inexoravelmente do sentido da compreensão. STRECK. op. cit., p.211.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p.275.



Tudo depende, com efeito, do tempo em que o juiz vai decidir e da tradição que envolve esse mesmo tempo em circunstâncias com as quais o juiz se depara no seu processo interpretativo e aplicativo.

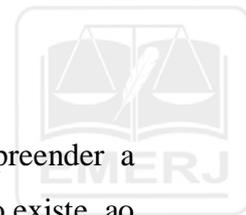
## CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se afirmar que ambas as teorias de Gadamer e da MacCormick possuem, evidentemente, diferenças fundamentais no enfoque teórico sobre os conceitos e “instrumentos” analíticos para a elaboração de suas concepções na ordem da Hermenêutica. Se de um lado, Gadamer, sob a perspectiva mais filosófica, preocupa-se sobre a reflexão “racional essencial” do fenômeno hermenêutico, MacCormick, por outro, atenta para os elementos práticos resultantes da atividade própria da Hermenêutica.

Mesmos que o presente trabalho tenha sido muito abreviado, mesmo diante da dificuldade em tentar correlacionar dois autores de extensa envergadura teórica, procurou-se apontar os elementos essenciais e práticos que surgem no estudo de tais autores, tais como a razão e a racionalidade; a autoridade; a consequência; a compreensão; a aplicação; enfim, uma enormidade de categorias e enunciados de ordem filosófico-jurídico que exigem muito mais análise do que se pode desenvolver neste ensaio.

Há, sem dúvida, necessidade de se apontar que, independentemente de suas concepções, às vezes divergentes, ambos os pensadores convergem para uma perspectiva sólida sobre aqueles problemas metodológicos mais atinentes à questão da argumentação e da interpretação: na determinação do objeto, na fundamentação racional, na compreensão propriamente dita, na aplicação e nas consequências assumidas na decisão.

Em Gadamer, pode-se compreender que, apesar da grande dificuldade de conceituar os elementos chave para a Hermenêutica, no que tange, por exemplo, a razão como o instrumento central da compreensão, o seu enfoque está na totalidade do exercício hermenêutico, ou seja, Gadamer concebe a atividade hermenêutica como um fenômeno único e indivisível, quase como autônomo, em particular quando trata da atividade jurídica propriamente dita e na sua especificidade linguística. Já MacCormick parece compreender a Hermenêutica como um acontecimento segmentado, particular da atividade jurídica e a investigação e a interpretação obedecem a planos específicos de problematização e de procedimentos. Basta se observar o quanto de dúvida e de generalidade e coloca sobre o conceito de razoabilidade e não de razão.



Acredita-se, pois que esse breve estudo foi possível visualizar e compreender a densidade e a dificuldade da atividade hermenêutica para ambos os pensadores. Não existe, ao que parece, um esgotamento sobre o fenômeno circular da Hermenêutica em razão sobretudo da atividade *ratio letterei* que a todo instante cria e se recria para a dar compreensão e sentido a todas as razões humanas, em particular, a do Direito.

## REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 9 ed. Rio de Janeiro: Vozes; São Paulo: Universitária São Francisco, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Portugal: Universidade de Coimbra, 1993.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica construtiva do Direito*. 7 ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso – Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2 ed. revista ampliada, 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



## O DIREITO DOS ANIMAIS NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DE CONSIDERÁ-LOS COMO SUJEITO DE DIREITOS

Maitê Camargo de Azevedo

Graduada pela Universidade Federal de Viçosa. Advogada.

**Resumo:** A visão de que não apenas o homem pode ser sujeito de direitos tem ganhado forcas diante do paradigma ambiental. A tendência contemporânea de proteção constitucional e legal da fauna evidencia a proibição de práticas que provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. Sabendo que estudos apontam que os animais são seres sencientes, o presente trabalho pretende discutir a possibilidade de reconhecer os animais como sujeito de direitos, e as consequências acerca de tal reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, diante de uma proteção efetiva contra práticas de maus tratos.

**Palavras-chave:** Direito ambiental. Direito dos animais. Sujeito de direitos.

**Sumário:** Introdução. 1. Paradigma antropocêntrico e evolução legislativa no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Proteção constitucional e tratamento dos animais como seres sencientes e sujeito de direitos. 3. Repercussões no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o direito dos animais no atual ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de considerá-los como sujeito de direitos. Tendo em vista que estudos apontam que os animais são seres sencientes e diante do avanço legislativo de direitos dos animais em demais países, torna-se importante discutir a possibilidade de reconhecer os animais como sujeitos de direitos, auferindo-lhe status de pessoas não humanas.

O ordenamento jurídico brasileiro classifica os animais silvestres como bem de uso comum do povo, e os animais domésticos como bens semoventes, passíveis de direitos reais, consoante artigo 82 do Código Civil. Assim, os animais são tratados como meros objetos materiais de delito contra fauna, considerando a coletividade como sujeito passivo.



Entretanto, a visão de que não apenas o homem pode ser sujeito de direitos tem ganhado forças diante do paradigma ambiental. A tendência contemporânea de proteção constitucional e legal da fauna evidencia a proibição de práticas que provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, artigo 225, §3º, inciso VII da Constituição da República.

O tema é controvertido e com o advento da Constituição da República de 1988, torna-se extremamente importante e atual o enfoque do trabalho sobre a temática de não mais considerar os animais como mera propriedade, mas como sujeito de direitos, dando-lhes status jurídicos de pessoas não humanas.

Para tanto, busca-se verificar se, diante do atual nível de desenvolvimento da legislação e da sociedade brasileira, é possível considerar os animais como seres sencientes, reconhecendo-lhe direitos e as consequências jurídicas dessa decisão quanto a práticas comerciais e maus-tratos.

Inicia-se o primeiro capítulo com a abordagem acerca do paradigma antropocêntrico, de forma a alcançar uma interpretação ética entre seres humanos e não humanos, em visão biocêntrica, e a análise da legislação infraconstitucional e constitucional sobre o tema.

O segundo capítulo destina-se a examinar até que ponto pode se dizer que a Constituição da República, ao vedar práticas que provoquem extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade, evoluiu no tratamento jurídico dos animais diante da relevância social que envolve o tema. Pondera-se, ainda, sobre a possibilidade de considerar os animais como seres sencientes, logo, sujeitos de direitos e reconhecer-lhes status de pessoas não humanas, diante da tradição legislativa de considerá-los como meros bens.

O terceiro capítulo analisa as repercussões no ordenamento jurídico brasileiro do reconhecimento dos animais como sujeito de direitos, mais especificamente quanto a práticas culturais abusivas, pesquisas científicas, e maus-tratos de forma geral.



A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica e dialética, parcialmente exploratória e qualitativa com confronto de ideias contrapostas para que se chegue a posicionamento prevalente sobre o tema adotado.

## 1. PARADIGMA ANTROPOCÊNTRICO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

A tradição jurídica ocidental encontra respaldo no pensamento antropocêntrico que sustenta que os animais existem apenas para servir aos interesses dos seres humanos. Essa vertente encontra como premissa a superioridade do homem sobre os demais seres vivos, o que lhe confere um suposto direito de dominar e explorar a natureza. O homem ocidental desenvolvido sucumbiu à tentação de fazer-se o centro do mundo, e a glória dos demais estaria em servi-lo<sup>1</sup>.

A concepção de que há seres vivos *fortes* e que podem fazer com os *fracos* tudo o que bem entendem quando se trata de defender os próprios interesses se originou na história do pensamento ético ocidental, na Grécia. Pode-se dizer que essa formatação moral é signatária da concepção aristotélica, antropocêntrica e hierárquica, típica da racionalidade escravocrata<sup>2</sup>.

É válido destacar que Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*, distingue três espécies diferentes de atividade animal<sup>3</sup>:

[...] vegetativo nutritiva, comum a plantas, animais não-humanos e a humanos; a perceptivo-desiderativa, comum a humanos e a animais sencientes; e a racional, típica da natureza humana, possível de ser encontrada em forma muito rudimentar em alguns, embora não em todos os animais.

<sup>1</sup>CARNEIRO, NinaNicksue Mouro. *O moderno direito dos animais à luz do contexto social e do ordenamento jurídico*. Trabalho Monográfico (Pós Graduação Lato Sensu em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca\\_videoteca/monografia/Monografia\\_pdf/2013/NinaNicksueMouCarneiro\\_Monografia.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/NinaNicksueMouCarneiro_Monografia.pdf)>. Acesso em : 07 abr. 2015.

<sup>2</sup>FELIPE, Sonia T. *Antropocentrismo, sencientismo e biocentrismo: Perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto de animais não humanos*. *Revista Páginas da Filosofia*, v. 1, n. 1, jan./jul. 2012. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistasmetodista/index.php/PF/article/viewFile/864/1168>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

<sup>3</sup>Ibid.

Nessa seara, a não violência contra os animais não-rationais, na lógica antropocêntrica-hierárquica, tem como fundamento o ser racional, proprietário do animal, interessado na preservação de seu patrimônio, e não o fato dos animais sofrerem ou serem conscientes da dor. Não há, portanto, dever moral direto de não violência para com os animais, e estes não tem quaisquer direitos. Ressalta-se que o pensamento aristotélico não se distancia dos primeiros códigos legais, como o *Código de Hamurabi*, no qual os animais eram protegidos na condição de objetos da propriedade.

Salienta-se que um dos grandes argumentos para se realizar a diferenciação entre os animais humanos e não humanos vem simplesmente dar forças às ideias platônicas ou aristotélicas, a doutrina judaico-cristã e as derivadas da concepção de pessoa de Kant, já no iluminismo, que se impõe ênfase na racionalidade e na capacidade de escolha moral ao deter-se na pessoa humana<sup>4</sup>.

Quanto à legislação internacional, o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos dos Animais<sup>5</sup>, da Unesco, celebrada na Bélgica em 1978 que dispõe em seu art. 3º que:

1.Nenhum animal será submetido nem a maus tratos nem a atos cruéis. 2.Se for necessário matar um animal, ele deve de ser morto instantaneamente, sem dor e de modo a não provocar-lhe angústia.

No entanto, o atual tratamento do direito dos animais no ordenamento jurídico brasileiro não apresenta grande inovação ao encontrar respaldo no antropocentrismo. Nos diplomas antigos como as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, as espécies da fauna brasileira eram consideradas *res nullius*. Com o advento da Lei n. 5.197/67<sup>6</sup>, a fauna

<sup>4</sup>MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013, p. 119.

<sup>5</sup>UNESCO, Declaração Universal de Direito dos animais. Disponível em: <http://www.propq.ufscar.br/comissoes-de-etica/comissao-de-etica-na-experimentacao-animal/direitos>. Acesso em: 10 ago. 2015.

<sup>6</sup>BRASIL. Lei n.5.197 de 03 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5197.htm). Acesso em: 05 mai. 2015.



silvestre foi considerada como propriedade do Estado. A Constituição da República de 1988<sup>7</sup>, art. 225, *caput*, assegura o interesse difuso ao meio ambiente, e impõe tanto ao Poder Público, quanto à coletividade, o dever de defender e preservar os bens ambientais para as presentes e futuras gerações.

Posteriormente, foi sancionada a Lei de Crimes Ambientais, Lei n. 9.605/68<sup>8</sup>. O Direito Penal Ambiental no Brasil se limita à tutela jurídica dos animais de maneira ampla, a considerar não cada animal individualmente, mas sim como membros da fauna, importante elemento para o equilíbrio do meio ambiente. Assim, tem-se, equivocadamente, que o bem jurídico a ser tutelado é o meio ambiente, sendo os animais não-humanos meros objetos materiais dos delitos, e os humanos os detentores de direitos<sup>9</sup>.

O artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais prevê pena de detenção de três meses a um ano e multa para quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. O parágrafo primeiro estabelece que incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, e o parágrafo segundo dispõe que a pena é aumentada de um sexto a um terço se ocorre a morte do animal. Percebe-se que as margens impostas a cada delito são baixas, não obedecem ao princípio da proporcionalidade. As sanções não estão de acordo com a gravidade das condutas, e ainda, não estão caracterizadas com a taxatividade necessária a um tipo penal, o que deixa ao alvedrio do aplicador da norma o preenchimento do conteúdo, dificultando a aplicação da norma.

Vê-se, portanto, que na tradição legislativa brasileira o bem tutelado é o bem-estar da sociedade, segundo uma visão marcadamente antropocêntrica. No entanto, é plausível afirmar

---

<sup>7</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 11 set. 2015.

<sup>8</sup>BRASIL. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm). Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>9</sup>TOLEDO, Maria Izabel Vasco. A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 11, n. 7, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/File/8426/6187>. Acesso em: 07 abr. 2015.



que a Constituição Federal, artigo 225, §1º, VII, evoluiu em relação ao paradigma antropocêntrico. Ao vedar a prática de atos cruéis a qualquer animal, buscou proteger a integridade física do animal, que como seres sencientes possuem direito ao não sofrimento.

No mesmo sentido, Maria Izabel Toledo<sup>10</sup> leciona que:

[...] a Constituição Federal brasileira, ao vedar a prática de atos cruéis a qualquer animal (artigo 225, §1º, VII,CF), inegavelmente buscou proteger a “integridade física” do animal, afastando-se da visão antropocêntrica, buscando uma maior proteção aos animais não-humanos como seres sencientes, que possuem direito ao não sofrimento. “A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade de equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que são dotados de estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor” (STJ, Resp. 1.115.916, Rel. Ministro Humberto Martins). “Ao que parece, a ordem constitucional está a reconhecer a vida do animal não humano e a Natureza em geral como um fim em si mesmo, de modo a superar ou ao menos relativizar o antropocentrismo kantiano”.

Da norma citada, depreende-se que a tutela constitucional dos animais não está voltada exclusivamente para evitar a extinção das espécies, e o fato dos animais domésticos não correrem risco de extinção, não significa que deixam de ser integrantes do meio ambiente e essenciais à qualidade de vida. Assim, há uma nítida mudança de perspectiva em direção ao parâmetro biocêntrico.

Deve-se preservar o meio ambiente porque há um ecossistema que merece ser preservado por si só, independente das gerações humanas futuras<sup>11</sup>:

Dessa forma, depreende-se que a natureza possui um valor intrínseco, não atrelado ao homem, ou seja, possui autonomia, detém direitos, à revelia de qualquer utilidade ou implicação para o ser humano, e, portanto, rompe com o antropocentrismo, não se contenta com o antropocentrismo alargado (deveres indiretos, animal welfare). Por conseguinte, o parâmetro antropocêntrico é suplantado pelo ecocêntrico ou biocêntrico.

O biocentrismo privilegia a vida em todas as suas formas, retirando o foco exclusivamente dos interesses do ser humano e a convicção de que o ser humano não é essencialmente superior às outras coisas vivas. A ética biocêntrica de Paul W. Taylor<sup>12</sup>

<sup>10</sup>TOLEDO, op. cit., p. 210.

<sup>11</sup>CARNEIRO, op. cit., p.18.

<sup>12</sup>TAYLOR apud FELIPE, op.cit., p. 16.



apresentada no livro, *Respect for Nature*, pode ser um guia para o questionamento da ética e justiça escravizadoras de animais não-humanos e de ecossistemas naturais<sup>13</sup>:

Taylor propõe que ordenemos nossas decisões e ações, relativamente a animais e plantas ainda não manejados pelos interesses humanos, com base em quatro regras ou princípios morais que têm caráter obrigante para todos os agentes morais, a saber: a regra da não maleficência, a da não-interferência (definidoras de deveres negativos); a da fidelidade e a da justiça retributiva (definidoras de deveres positivos).

Percebe-se que o modelo antropocêntrico está enraizado na herança cultural das sociedades, mas esse método tem se mostrado ineficaz para a garantia de uma proteção ambiental adequada. Tanto os animais, quanto o ecossistema como um todo não podem ser vistos apenas como propriedade e para satisfação do ser humano, sem um valor intrínseco.

A Constituição Federal deu um passo adiante, mas ainda há muito a ser feito. Assim, o redimensionamento das relações entre animais humanos e não-humanos traz ínsito o desafio de construir uma moralidade que preze pela preservação da dignidade de todos os seres, o que somente poderá ser suplantado por uma mudança de paradigma<sup>14</sup>.

## **2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E O TRATAMENTO DOS ANIMAIS COMO SERES SENCIENTES E SUJEITO DE DIREITOS**

Ao analisar a Constituição Federal de 1988<sup>15</sup>, parte-se do pressuposto de que em decorrência do sistema materialmente aberto dos direitos fundamentais, o direito à proteção ambiental é um direito fundamental. É que o texto do artigo 225 da Constituição é expresso em prever que “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”.

---

<sup>13</sup> FELIPE, op. cit., p. 16.

<sup>14</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 18.

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 11 set. 2015.



Diferentemente dos direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensões, o direito difuso a um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável possui características singulares<sup>16</sup>:

A principal característica dos direitos fundamentais do homem, que estão compreendidos na terceira dimensão, consubstancia-se no fato de se desprenderem, em um primeiro momento, da figura do “homem-indivíduo” como titular do direito e tomarem como destinação à proteção de “grupos humanos”, assinalando-os como direitos de titularidade difusa e/ou coletiva, também podendo ser designada como uma dimensão transindividual, contemplando direitos difusos e coletivos.

Embora seja direito fundamental do ser humano, o foco da tutela do meio ambiente não deve ser exclusivamente preservar a qualidade de vida deste, das presentes e futuras gerações, mas sim a proteção ao meio ambiente por seu valor intrínseco. Percebe-se que a Constituição Federal brasileira, ao vedar a prática de atos cruéis a qualquer animal, inegavelmente buscou proteger a integridade física do animal, almejando maior proteção aos animais não-humanos como seres sencientes, que possuem direito ao não sofrimento.

Sobre o tema, em consonância com a posição adotada, é válido transcrever parte do voto do Relator, Ministro Celso de Mello da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856/RJ em que se julgou inconstitucional lei do Estado do Rio de Janeiro que autorizava a realização de exposições de competições entre aves, a chamada briga de galos<sup>17</sup>:

É importante assinalar, neste ponto, que a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico, justifica-se em função de sua própria razão de ser, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais.

Assim, os animais devem ser protegidos pelo seu valor intrínseco, diante de serem seres sencientes. Senciência é a capacidade de sofrer, sentir prazer ou felicidade, e não há como defender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido

<sup>16</sup>MEDEIROS, op. cit., p. 102.

<sup>17</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.856. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em: 01 set. 2015.



e que por isso sentem dor, que possam demonstrar ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais<sup>18</sup>.

Estudos da área biológica têm afetado e produzido reações na área cultural e de aprendizagem do animal não humano. Dessa forma, estudos comprovaram que certos fenômenos surgiram a partir da estimulação elétrica em zonas do cérebro de animais de laboratório, especialmente do diencefalo e do mesencefalo e produziram enorme prazer nos animais. Em outras zonas, provocaram dor. Independente do sofrimento causado consideraram que estavam muito longe de um conhecimento das complexas estruturas acerca do tálamo e do sistema límbico que compõem o diencefalo e que fazem parte das funções da vida emocional<sup>19</sup>.

Essa característica dos animais mais desenvolvidos é a principal causa da crescente conscientização da dos seres humanos contra a prática de atividades que possam ensejar maus tratos e crueldade contra tais seres. Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o tema, e no voto do Ministro Humberto Martins no Recurso Especial 1115916/MG esse defendeu que<sup>20</sup>:

A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor. A rejeição a tais atos, aflora, na verdade, dos sentimentos de justiça, de compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radical, evitável e sem justificativa razoável. A consciência de que os animais devem ser protegidos e respeitados, em função de suas características naturais que os dotam de atributos muito semelhantes aos presentes na espécie humana, é completamente oposta à ideia defendida pelo recorrente, de que animais abandonados podem ser considerados coisas, motivo pelo qual, a administração pública poderia dar-lhes destinação que convier, nos termos do art. 1.263 do CPC.

<sup>18</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.115.916. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=908412&num\\_registro=200900053852&data=20090918&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=908412&num_registro=200900053852&data=20090918&formato=PDF). Acesso em: 01 set. 2015.

<sup>19</sup>MEDEIROS, op. cit., p.146

<sup>20</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.115.916. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=908412&num\\_registro=200900053852&data=20090918&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=908412&num_registro=200900053852&data=20090918&formato=PDF). Acesso em: 01 set. 2015



Ao não serem considerados como simples coisas, consoante estabelecido pela legislação civil, resta então saber se podem ser considerados como sujeitos de direitos. Historicamente, duas correntes lutam pela proteção jurídica dos animais não humanos, a corrente que busca o bem-estar animal e aquela que defende o direito dos animais. A primeira procura obter uma regulação da exploração desses seres um com mínimo de dor e sofrimento, já os que lutam pelos direitos dos animais pretendem alcançar a abolição de qualquer benefício que o homem possa tirar dos animais que tragam malefícios a esses.

Dessa forma, quanto à categoria jurídica em que se enquadram os animais, tem-se algumas possibilidades divergentes. A primeira a ser considerada seria a personificação dos animais, equiparando-os aos seres humanos absolutamente incapazes<sup>21</sup>:

A primeira proposta retrata a opinião do jurista francês Jean-Pierre Marguénaud, o qual segue a linha da personificação jurídica dos animais. Para o referido autor existiria uma contradição entre a tutela da sensibilidade animal por intermédio de estatutos protetivos e o direito de propriedade exercido sobre eles.

A segunda linha de pensamento é a aplicação da teoria dos entes despersonalizados, em que os animais fariam jus à categoria jurídica de sujeitos de direitos, assim como entes despersonalizados. Tal teoria baseia-se na distinção conceitual entre pessoa e sujeito de direito, portanto, prescinde da qualificação do ente como pessoa para que venha a titularizar direitos subjetivos<sup>22</sup>:

Nessa linha de pensamento, as lições de Fábio Ulhoa são elucidativas, pois destaca que o conceito de sujeito de direito identifica-se como sendo o “centro de imputação de direitos e obrigações pelas normas jurídicas”, o que leva a conclusão de que “nem todo sujeito de direito é pessoa e nem todas as pessoas, para o direito são seres humanos”.

A terceira posição possível é que se aplica aos animais uma categoria intermediária situada entre coisas e pessoas, pensamento adotado por alguns países Europeus, como a

---

<sup>21</sup> CARNEIRO, op. cit.p, 54.

<sup>22</sup> Ibid.



legislação da Alemanha. Por fim, Carvalho de Mendonça defendeu a categoria dos “direitos sem sujeito”<sup>23</sup>.

A segunda teoria poderá ser aplicada para caracterizar os animais como sujeitos de direitos despersonalizados não humanos. Neste sentido, há que se considerar a confusão com relação aos termos “pessoa” e “sujeito de direito”, pois de acordo com o artigo 1º do Código Civil, pessoa é todo ente capaz de direitos e deveres na ordem civil. Já, sujeito de direito é o centro de imputações de direitos e obrigações<sup>24</sup>:

O principal argumento utilizado por aqueles contrários aos direitos dos animais é o de que o Direito só pode ser aplicado para pessoas físicas ou jurídicas, sendo os animais silvestres bem de uso comum do povo, e os domésticos, considerados pelo Código Civil como semoventes passíveis de direitos reais. Porém, alguns autores afirmam que é necessária uma análise da natureza jurídica dos animais estabelecida pelo homem durante décadas. “A vida não é atributo apenas do homem, e sim bem genérico, inato e imanente a tudo que vive. E, sob esta ótica a pessoa tem seus direitos imbricados em sua condição de indivíduo, e não apenas pessoa física com identidade civil”.

É certo que o conceito de sujeito de direitos é mais amplo do que o de personalidade jurídica, e a lei reconhece direitos e obrigações a determinados agregados patrimoniais, como a massa falida, o espólio e o condomínio edilício. Isso não significa que são aptos a exercer tais direitos, de forma que serão representados em juízo através de representantes ou assistentes legais. Salienta-se que nem todo sujeito de direito é também sujeito de um dever, como o nascituro é considerado um sujeito de direito, mas que não tem deveres a eles atribuídos.

Portanto, ainda que certas pessoas físicas sejam consideradas incapazes, elas ainda assim são sujeitos de direitos. Sendo assim, por não terem capacidade de reivindicar seus direitos, é dever da coletividade e do Poder Público, através do Ministério Público protegê-

---

<sup>23</sup>TOLEDO, op. cit., p. 210

<sup>24</sup>DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeito de direitos. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Ano 1, n. 1. Jun/dez. 2006. Disponível em: [Revista-Brasileira-de-Direito-Dos-Animais-Vol-1.pdf](#). Acesso em 01 set. 2015.



los. Sobre o tema, é válido transcrever o entendimento da estudiosa do tema, Edna Cardozo

Dias<sup>25</sup>:

Um dos argumentos mais comuns para a defesa desta concepção é o de que, assim como as pessoas jurídicas ou morais possuem direitos de personalidade reconhecidos desde o momento em que registram seus atos constitutivos em órgão competente, e podem comparecer em Juízo para pleitear esses direitos, também os animais tornam-se sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem. Embora não tenham capacidade de comparecer em Juízo para pleiteá-los, o Poder Público e a coletividade receberam a incumbência constitucional de sua proteção. O Ministério Público recebeu a competência legal expressa para representá-los em Juízo, quando as leis que os protegem forem violadas. Daí poder-se concluir com clareza que os animais são sujeitos de direitos, embora esses tenham que ser pleiteados por representatividade, da mesma forma que ocorre com os seres relativamente incapazes ou os incapazes, que, entretanto, são reconhecidos como pessoas.

Valorando a pessoa como um ser vivo, tem-se que reconhecer que a vida não é atributo apenas do homem, e sim um bem genérico, inato e imanente a tudo que vive. Assim, o ser humano tem seus direitos imbricados em sua condição de indivíduo, e não apenas como pessoa física, com identidade civil. Dessa forma, chega-se à conclusão de que os animais, embora não sejam pessoas humanas ou jurídicas, são indivíduos que possuem direitos inatos<sup>26</sup>. Conclui-se que se deve abandonar efetivamente a ideia de “coisificação dos animais”. Não são pessoas, na acepção do termo, condição reservada aos humanos. Mas são sujeitos de direitos titulares de direitos civis e constitucionais, de acordo com sua própria sua condição.

### 3. REPERCUSSÕES NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Ao concluir que os animais são sujeitos de direitos com suas peculiares condições, é certo que a previsão contida no artigo 82 do Código Civil<sup>27</sup>, que os classificam como bens, passíveis de direitos reais, encontra-se em total descompasso com a proteção que se tem dado

---

<sup>25</sup>DIAS, op. cit., p. 120.

<sup>26</sup>Ibid., p. 121.

<sup>27</sup>BRASIL. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 15 set. 2015.



aos animais, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, em decisões jurisprudenciais e evoluções legislativas, quanto em relação ao ordenamento jurídico de outros países.

O Brasil é um dos poucos países do mundo a vedar, na própria Constituição Federal, a prática de crueldade para com os animais, postura essa que inspirou o legislador ordinário ambiental a criminalizar, no artigo 32 caput da Lei n. 9.605/98<sup>28</sup>, todo aquele que praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. No entanto, o grande problema é o abismo jurídico que separa a teoria da prática.

É certo que práticas comerciais que causem maus tratos aos animais apenas a título de suposta diversão humana não podem ser toleradas. O uso de animais para entretenimento não é novidade, o transcorrer dos séculos e o caminhar da história já testemunhou diversas formas de utilização destes como meio de distração<sup>29</sup>:

É possível destacar os gladiadores, cujos animais utilizados para distrair o público era o animal humano, ou mesmo o circus romano, no qual os cristãos foram atirados aos leões e, aqui, já se dispunha de uma situação mais complexa, haja vista tratar-se de espetáculo híbrido, pois os objetos da diversão eram os animais humanos e não humanos.

A propalada função recreativa da fauna impinge sofrimento a milhares de animais utilizados em rodeios, vaquejadas, circos e zoológicos. Trata-se de cenário deprimente em que o animal jamais é considerado por sua individualidade ou por sua capacidade de sofrer, mas em função daquilo que pode render<sup>30</sup>.

Por serem espetáculos que visam, apenas, à diversão, é ainda mais inaceitável o tratamento dispensado a um ser senciente que é retirado de seu habitat natural e inserido em ambiente restrito com o escopo de realizar atividades completamente distintas de sua

<sup>28</sup>BRASIL. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm). Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>29</sup>MEDEIROS, op. cit., p. 232.

<sup>30</sup>LEVAI, Fernando Laerte. Crueldade Consentida – Crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Ano 1, n. 1. Jun/dez. 2006. Disponível em: [Revista-Brasileira-de-Direito-Dos-Animais-Vol-1.pdf](#). Acesso em 15 set. 2015



natureza. No cenário circense, leões, macacos e tigres adestrados são protagonistas do triste espetáculo de dominação humana. Hodienarmente, muitos estados e municípios brasileiros já possuem normas que proíbem a apresentação de circos em seus territórios, como a Lei n. 3.714/01<sup>31</sup> do Estado do Rio de Janeiro.

As touradas consistem em atividade secular tradicionalmente identificada com os países da península ibérica, em que o touro é colocado em uma arena, na qual disputará a vida com o toureiro. A principal argumentação dos defensores desse suposto espetáculo de domínio do homem sobre o animalé que se trata de tradição cultural. No entanto, o que se vê em rodeios é um verdadeiro desrespeito à integridade física do animal, que é submetido a intenso sofrimento físico<sup>32</sup>:

É o que se vê nos rodeios e nas vaquejadas, em que provas de laço e de montaria submetem bovinos e eqüinos a verdadeiro tormento. Sob o efeito compressivo do sedém – seja ele uma cinta de couro, seja uma corda americana, independentemente do material pelo qual é confeccionado – touros e cavalos alteram seu comportamento habitual, pulando na arena para tentar se livrar daquilo que os oprime. A impressionante reação dos animais está associada à inflição de estímulos dolorosos em seus órgãos internos (genitália, sistema digestivo, nervos e glândulas vesiculares)

No Brasil, o fenômeno da farra do boi é herança da colonização açoriana, em que o animal é provocado com varas e gritos, pois a intenção é despertar uma suposta fúria, mesmo que o animal esteja com muito terror, pois houve casos em que o animal chegou a se afogar para fugir da perseguição<sup>33</sup>.

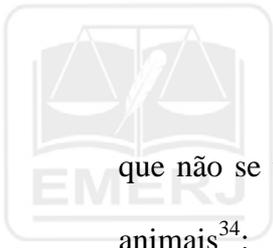
Em que pese tratar-se de colisão de direitos fundamentais, vê-se claramente o pendão da proporcionalidade sopesar para a proteção dos animais não humanos. Ressalta-se que em importante decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 153.531, já no ano de 1997, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a prática da farra do boi sob argumento de

---

<sup>31</sup>BRASIL. Lei n. 3.714 de 21 de novembro de 2001. Disponível em: [govrj.jusbrasil.com.br/legislacao/136673/lei-3714-01](http://govrj.jusbrasil.com.br/legislacao/136673/lei-3714-01). Acesso em: 15 set. 2015

<sup>32</sup>LEVAI, op. cit., p. 185.

<sup>33</sup>MEDEIROS, op. cit., 216.



que não se trata de prática cultural, mas uma prática abertamente violenta e cruel contra os animais<sup>34</sup>:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi"

Não obstante inegável avanço legislativo e jurisprudencial na tutela do direito dos animais, diante de estudos<sup>35</sup> chegou-se à conclusão de que a imensa maioria das hipóteses de sofrimento animal provém da crueldade deliberada, que ocorre, via de regra, nas fazendas de criação, nos matadouros e nos procedimentos de vivissecção. Isso significa que apenas pequena parte das situações de crueldade acaba sendo coibida pela lei<sup>36</sup>:

Tal constatação, infelizmente, é verdadeira. Basta que se examine as estatísticas de diversos setores produtivos que se utilizam de animais, no campo ou na cidade. No setor do agronegócio, em solo brasileiro, diariamente milhares de animais são confinados, descornados, queimados, degolados, eletrocutados, escarpelados e retalhados para servir à indústria da carne. É comum, nas chamadas fazendas de criação, que a propriedade do bovino seja proclamada, a ferro quente, na pele do animal. Os cortes de cauda nas ovelhas, a extração dos dentes dos suínos, as debicagens nas galinhas e as castrações de bois e cavalos, tudo sem anestesia, constituem outras práticas inegavelmente cruéis, porém, toleradas pela lei.

Dentre as práticas cruéis mais aceitas pela sociedade estão as relacionadas às atividades científicas que envolvem experimentação animal ou vivissecção. A experimentação animal é todo e qualquer procedimento que utiliza animais, independentemente do emprego de anestesia para fins científicos ou didáticos, e a vivissecção consiste na dissecação de bichos vivos para estudos de natureza anatômica ou fisiológica.

O uso de animais não humanos como colaboradores não voluntários das pesquisas científicas data de milhares de anos<sup>37</sup>:

<sup>34</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 153351. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>35</sup>LEVAI, op. cit. p. 183.

<sup>36</sup>Ibid.

<sup>37</sup>MEDEIROS, op. cit., p. 225.



Do ponto de vista técnico, a adequação dos modelos animais às metodologias utilizadas em pesquisa, bem como os benefícios decorrentes da utilização de modelos animais específicos em relação ao estudo de determinadas doenças humanas, têm sido questionados. Sob o aspecto ético, a relação entre os homens e os animais é vista como uma questão de moralidade. Já sob a visão política ou jurídica, essa interação é vista segundo a regulamentação de leis que dizem respeito também à experimentação animal.

Não se olvida da grande importância da evolução da ciência, mas a doutrina oficial científica ao negar qualquer possibilidade de questionamento sobre a prática da experimentação animal, acaba se valendo de argumento de autoridade para que se imponha metodologia cruel ao invés de se buscar métodos alternativos.

Tais experiências, invariavelmente macabras, são facilmente encontradas na literatura médica: sapos trepanados, ratos mutilados, gatos com eletrodos na cabeça, cães esfaqueados em prensas mecânicas, macacos intoxicados, coelhos cegados, porcos queimados, pombos submetidos à ação do gelo e cavalos inoculados com veneno constituem alguns dos exemplos do vasto repertório de aberrações já cometidas pelos pesquisadores em nome da ciência.

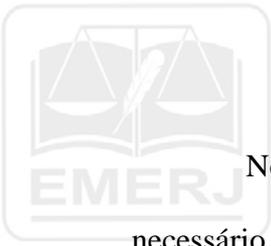
É certo que a abolição de toda e qualquer forma de experimentação animal parece um ideal inalcançável, o que não justifica, no entanto, o comodismo científico, pois técnicas alternativas à utilização de animal em laboratório já existem dentro e fora do país<sup>38</sup>:

Nos EUA, a propósito, mais de 70% das faculdades de Medicina não utilizam animais vivos, enquanto que na Alemanha esse índice é bem maior. Várias diretrizes da União Européia foram firmadas com o propósito de abolir os testes com animais, dentre eles o terrível DL 50. Culturas de tecidos, provenientes de biópsias, cordões umbilicais ou placentas descartadas, dispensam o uso de animais. Vacinas também podem ser fabricadas a partir da cultura de células do próprio homem, sem a necessidade das técnicas invasivas experimentais em cavalos, envolvendo a sorologia. Isso sem esquecer dos modernos processos de análise genômica e sistemas biológicos *in vitro*, que, se realizados com ética, tornam absolutamente desnecessárias antigas metodologias relacionadas à viviseção, em face das alternativas hoje existentes para a obtenção do conhecimento científico.

No Brasil, a própria lei ambiental, no artigo 32, §2º estabelece penas de detenção e multa para aqueles que praticam atos de abuso e maus tratos em animais de qualquer espécie quando há realização de experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. Assim, a própria lei preconiza a adoção de recursos alternativos em substituição ao uso do animal vivo.

---

<sup>38</sup> LEVAI, op. cit., p. 182.



No entanto, condicionar a crueldade à submissão dos animais apenas ao sofrimento necessário é negá-los um valor em si, voltando mais uma vez para o paradigma antropocêntrico. A ideia de crueldade, desta forma, acaba se submetendo às regras de utilitarismo. É certo que diariamente, ações agressivas e dolorosas, longe de constituir conceitos abstratos, recaem sobre um corpo animal capaz de sentir, não apenas dor, mas medo, e intenso sofrimento.

Percebe-se que a lei de crimes ambientais e a Constituição da República, apesar de terem inovado quanto à proibição de maus tratos e evolução em relação à questão biocêntrica, ao reconhecer que animais podem sofrer, ainda estão defasadas, com feição notadamente antropocêntrica. Na prática, a proteção dada pelas leis brasileiras aos animais está bastante defasada, e o reconhecimento de direitos aos animais é capaz de coibir imensos abusos cometidos contra os animais diariamente.

## CONCLUSÃO

Arraigado a uma visão antropocêntrica, o ordenamento jurídico brasileiro classifica os animais silvestres como bem de uso como do povo, e os animais domésticos como bens semoventes, passíveis de direitos reais. O Direito Penal Ambiental no Brasil se limita à tutela jurídica dos animais de maneira ampla, e não tutela cada animal individualmente, mas sim como membros da fauna. Assim, tem-se, equivocadamente, que o bem jurídico a ser tutelado é o meio ambiente, sendo os animais não-humanos meros objetos materiais dos delitos, e os humanos os detentores de direitos.

Na atual conjectura legislativa, os animais são tratados como meros objetos de delito contra fauna. Mas, o planeta em que se vive é compartilhado entre todas as criaturas e, entre essas, estão seres inteligentes em suas múltiplas facetas, criaturas que sentem, que fazem uso



fala, ou seja, um mundo de seres vivos. Diante disso, a indagação é por que, então, somente as criaturas humanas teriam direito a uma vida digna?

Em relação a tal questionamento, é plausível afirmar que a Constituição Federal, artigo 225, §1º, VII, evoluiu em relação ao paradigma antropocêntrico. Ao vedar a prática de atos cruéis a qualquer animal, buscou proteger a integridade física do animal, que como seres sencientes possuem direito ao não sofrimento, possuem direito a uma vida digna, em nítido avanço em direção ao biocentrismo.

Apesar de a Constituição Federal brasileira sercontrária à violência para com os animais, preconizando a ampla proteção da fauna, o que ocorre na prática é justamente o contrário. O sistema jurídico, permissivo de condutas cruéis, admite, aceita e muitas vezes até estimula as atrocidades.

Diante de comprovações científicas de que os animais são dotados de estrutura orgânica que permitem sofrer e sentir prazer, ou seja, criaturas sencientes, há necessidade de elevação de sua categoria legal para que se tutele efetiva proteção legal. Deve-se abandonar, por completo, o conceito de *coisificação* dos animais, e a aplicar a teoria dos entes despersonalizados, em que os animais fariam jus à categoria jurídica de sujeitos de direitos. Assim, prescindem da categoria de pessoas para serem sujeitos de direitos.

Ao serem sujeitos de direitos, é inconcebível a utilização de animais em práticas comerciais que causem maus tratos. Ainda mais em espetáculos de entretenimento, em práticas supostamente culturais, que são na realidade, tristes espetáculos de dominação humana. Constata-se ainda que o uso econômico do animal e a chamada finalidade recreativa da fauna, embora possam contrariar a moral e a ética, têm respaldo em diplomas permissivos de comportamentos cruéis.

Diante do exposto, está claro que a legislação e jurisprudência nacionais, embora tenham evoluído na proteção dos direitos dos animais, ainda estão muito longe de tutela



efetiva na prática, pelo que se faz necessário o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos. A existência de um direito dos animais, a par do direito dos homens, não se restringe a divagações de cunho abstrato ou sentimental. Ao contrário, é de uma evidência que salta aos olhos e se projeta no campo da razão. Mesmo que o ordenamento jurídico aparentemente defira apenas ao ser humano a capacidade de assumir direitos e deveres é possível identificar imperativos éticos que, além da perspectiva biocêntrica, se relacionam ao bem-estar dos animais.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES apud FELIPE, Sonia T. Antropocentrismo, sencientismo e biocentrismo: Perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto de animais não humanos. *REVISTA PÁGINAS DA FILOSOFIA*, v. 1, n. 1, jan./jul. 2012. Disponível em: <[https://www.metodista.br/revistas/revistas metodista/ index.php/ PF/article/viewFile/864/1168](https://www.metodista.br/revistas/revistas%20metodista/index.php/PF/article/viewFile/864/1168)>. Acesso em: 08 abr. 2015

BRASIL. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 15 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 11 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.714 de 21 de novembro de 2001. Disponível em: [govrj.jusbrasil.com.br/legislacao/136673/lei-3714-01](http://govrj.jusbrasil.com.br/legislacao/136673/lei-3714-01). Acesso em: 15 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.197 de 03 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5197.htm). Acesso em: 05 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm). Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.115.916. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=908412&num\\_registro=200900053852&data=20090918&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=908412&num_registro=200900053852&data=20090918&formato=PDF). Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.856. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 153351. Relator: Ministro Francisco Rezek.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 16 set. 2015.

CARNEIRO, NinaNicksue Mouro. *O moderno direito dos animais à luz do contexto social e do ordenamento jurídico*. Trabalho Monográfico (Pós Graduação Lato Sensu em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em:

<[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca\\_videoteca/monografia/Monografia\\_pdf/2013/NinaNicksueMouroCarneiro\\_Monografia.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/NinaNicksueMouroCarneiro_Monografia.pdf)>. Acesso em : 07 abr. 2015.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeito de direitos. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Ano 1, n. 1. Jun/dez. 2006. Disponível em: [Revista-Brasileira-de-Direito-Dos-Animais-Vol-1.pdf](#). Acesso em 01 set. 2015

FELIPE, Sonia T. Antropocentrismo, sencientismo e biocentrismo: Perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto de animais não humanos. *Revista Páginas da Filosofia*, v. 1, n. 1, jan./jul. 2012. Disponível em:

<[https://www.metodista.br/revistas/revistas\\_metodista/index.php/PF/article/viewFile/864/1168](https://www.metodista.br/revistas/revistas_metodista/index.php/PF/article/viewFile/864/1168)>. Acesso em: 08 abr. 2015.

LEVAI, Fernando Laerte. Crueldade Consentida – Crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Ano 1, n. 1. Jun/dez. 2006. Disponível em: [Revista-Brasileira-de-Direito-Dos-Animais-Vol-1.pdf](#). Acesso em 15 set. 2015

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco. A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado. *REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO ANIMAL*, v. 11, n. 7, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/8426/6187>>. Acesso em: 07 abr. 2015

UNESCO, Declaração Universal de Direito dos animais. Disponível em:

<http://www.propq.ufscar.br/comissoes-de-etica/comissao-de-etica-na-experimentacao-animal/direitos>. Acesso em: 10 ago. 2015.



## A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PENAL E RESGATE DO ESTADO SOCIAL

Manoela Lima Costa Ferreira

Graduada pela Faculdade de Direito de Valença. Advogada.

**Resumo:** Com a Constituição de 1988 e o reconhecimento dos direitos fundamentais de 3ª geração, são impostas determinadas obrigações ao Estado. Caracterizada a necessidade de sua intervenção na sociedade, o Estado desempenha importante papel na promoção da dignidade humana e isonomia substancial. Todavia, em que pesem as imposições da Constituinte, verifica-se patente inércia por parte do Estado no cumprimento de suas obrigações constitucionais. A essência do trabalho é abordar a influência da inércia estatal no cometimento de infrações penais pelos seguimentos sociais negligenciados, propondo uma divisão da responsabilidade imposta entre o infrator e o Estado.

**Palavras-chave:** Direito Penal Constitucional. Inércia Estatal. Penalização.

**Sumário:** Introdução. 1. Omissões do Estado Social de Direito. 2. Funções da Pena e a Atual Deslegitimação do Discurso Penal. 3. Da Necessidade de Objetivação da Hipótese de Atenuação da Pena. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A instauração do Estado Social de Direito é o marco da afirmação dos direitos fundamentais sociais e políticos. Com a derrocada do liberalismo, reconhece-se que o Estado deve adotar posturas intervencionistas para a promoção de uma vida digna em sociedade. O Estado deve proporcionar aos seus administrados o mínimo existencial, mediante a adoção de uma postura positiva, com implementação de políticas públicas, inclusive.

Ocorre que se verifica uma crise de inefetividade das normas constitucionais, caracterizada pela inércia do Estado no cumprimento das obrigações que lhe foram impostas pela Constituição. Com isso, determinados seguimentos da sociedade, aos quais as oportunidades de desenvolvimento não são deferidas, restaram segregados e marginalizados.

O não provimento das garantias mínimas de dignidade aos indivíduos negligenciados é fator de grande influência no cometimento de infrações penais por estes indivíduos. Assim, a responsabilidade do Estado por sua inércia injustificada leva a uma necessária atenua-



ção da pena imposta aos indivíduos em questão, mediante uma divisão da imputação final entre estes e a sociedade.

O primeiro capítulo do presente trabalho abordará as omissões do Estado Social de Direito quanto às suas incumbências em relação à promoção da vida digna, de forma isonômica, a todos os seus administrados.

O segundo capítulo abordará as funções da pena privativa de liberdade, com ênfase na atual deslegitimação de sua incidência, na medida em que não se vislumbra, na atualidade, a sua razão ressocializadora.

O terceiro capítulo se destina a propor a objetivação e reconhecimento efetivo da culpabilidade como fator atenuante da pena, como forma de vincular a repartição da responsabilidade entre o apenado e o Estado inerte, na medida em que a discricionariedade conferida ao julgador pelo conceito jurídico indeterminado torna letra morta a disposição legal a que se fará alusão.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica e documental, de natureza explicativa - qualitativa.

## 1. OMISSÕES DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Desde a sua implementação, o Estado passou por diversas fases e cada uma delas caracteriza, em última análise, sua conduta positiva ou negativa em relação aos administrados. Atualmente, com o reconhecimento dos direitos fundamentais de 3ª geração e da importância do postulado da dignidade humana, o Estado encontra-se em sua fase mais atuante, tendo em vista a necessidade de um Estado Interventor<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137-138.



No Estado Social de Direito, algumas obrigações são impostas ao poder público. Todas essas obrigações encontram fundamento de validade na Constituição de 1988 e buscam, em última análise, promover a dignidade humana. Esse conjunto de normas mandamentais a que o Estado se submete são considerados filamentos da dignidade humana, e são obrigações inescrutáveis para que se garanta o mínimo existencial, que é direito fundamental de todo e cada indivíduo<sup>2</sup>.

Seja pela demanda de prestações positivas, seja pela negligência injustificada de seus dirigentes, o Estado encontra-se em falta, inadimplente para com suas obrigações constitucionais. O que se verifica é um descaso profundo em relação a determinados indivíduos, descaso este que implica rompimento com a isonomia substancial. Isso porque é possível visualizar que os indivíduos a que se alude encontram-se em situação extremamente diversa daquela em que se enquadram outros seguimentos sociais, que foram brindados com suas garantias fundamentais.

A ausência do Estado no que se refere à saúde, educação, alimentação e lazer é uma omissão que influencia sobremaneira na formação do indivíduo. Trata-se de um fator exógeno, que propicia um ambiente precário e distante de tudo aquilo que é necessário para o desenvolvimento de um cidadão.

Ainda que o texto constitucional determine, propague, exalte e obrigue a dignidade humana, como postulado e fundamento da República, a inércia estatal rompe com todos os seus filamentos e cada dever não cumprido importa em uma violação a um direito fundamental consagrado, reconduzível à própria dignidade humana, como é o caso da isonomia substancial. Esse preceito é desrespeitado na medida em que é possível visualizar, no dia-a-dia, a diferença no desenvolvimento, nas oportunidades, no próprio conceito de vida que leva uma parcela da sociedade em relação à outra. Este é um efeito do descumprimento, por parte do

---

<sup>2</sup> Ibid., p. 607-609.



Estado, das obrigações constitucionais a si imposta. Não basta que a Constituição consagre e imponha, que todos os seus dispositivos reconduzam à dignidade humana, se a omissão reiterada e legitimada no interesse de alguns permanecer. Com efeito, também viola-se a constituição por meio de omissões e a conduta passiva no que se refere ao provimento das condições mínimas de dignidade aos seus administrados, é violação patente à Constituição/88.

Concluindo-se pela responsabilidade do Estado na promoção dos direitos fundamentais, mediante a tomada de medidas intervencionistas e implementação de políticas públicas para a consecução da isonomia substancial e da dignidade humana<sup>3</sup> e, verificadas as omissões inconstitucionais em que incorre o Estado no cumprimento de suas obrigações, resta evidenciado que alguns grupamentos sociais foram negligenciados. Esses indivíduos, que se formam em um ambiente precário, sem as mínimas condições de desenvolvimento, inclusive psicológico, são influenciados pelas condições sociais em que se encontram; situação que não foi remediada pelo Estado, que tem o dever constitucional de fazê-lo. As normas constitucionais que constituem verdadeiros mandamentos direcionados ao Estado tornam-se letra morta diante de graves omissões. As normas constitucionais sofrem, assim, de uma verdadeira crise de inefetividade, o que repercute na esfera de interesses e direitos fundamentais dos indivíduos.

Os Tribunais Superiores vêm legitimando o intervencionismo judicial, no sentido de determinar a implementação das políticas e medidas que objetivam o alcance verdadeiro da dignidade humana e isonomia material<sup>4</sup>. Contudo, é necessário que se observe o princípio da separação dos poderes, que também constitui pilar do Estado. Diante disso, é imperioso consagrar outros meios de atenuar as mazelas ocasionadas pela inércia estatal no rompimento com direitos e princípios fundamentais, sob pena de silenciar qualquer argumento que busque desconstituir a assertiva de que a Constituição nada mais é do que letra morta.

---

<sup>3</sup> Ibid., p. 613; 656-657.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 554.075 AgR, Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601307>> .Acesso em: 17 nov. 2015.



## 2. FUNÇÕES DA PENA E A ATUAL DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PENAL

Classicamente, a pena privativa de liberdade, sanção penal por excelência, possui determinadas funções, que objetivam esclarecer e atestar sua utilidade, necessidade e suficiência, conforme demanda o Estatuto Penal.

Nesse contexto, diversas teorias foram elaboradas e, ao longo do tempo, equacionou-se o entendimento segundo o qual a função da pena privativa de liberdade socorre-se de uma Teoria Mista, que abrange não só a Repressão, como a Prevenção<sup>5</sup>. A repressão refere-se ao castigo infligido ao contraventor da norma penal incriminadora que, com sua violação, cria um estado de intranquilidade social<sup>6</sup>.

A Prevenção, que subdivide-se em Especial e Geral, encerra o aspecto psicológico da sanção penal. É dizer, uma vez que a reprimenda subjacente à restrição da liberdade de locomoção seja imposta ao agente que comete um crime ou contravenção penal, a coletividade experimenta um sentimento de temor à certeza de aplicação efetiva do direito, restando inibida, de forma geral, de praticar condutas contrárias ao tipo penal. Sob a ótica especial, a pena exerce função negativa e positiva. Na primeira hipótese, deve ser reconhecido que, na segregação do indivíduo reside o fim último da pena, ou seja, estando o sujeito momentaneamente encarcerado, não será possível o cometimento de crimes ou contravenções no seio social.

Positivamente, a prevenção especial opera-se diretamente sobre o psicológico do infrator, individualmente considerado, com a proposta de inculcar-lhe sentimento de repulsa à conduta delitiva, para que o agente, uma vez segregado, abstenha-se de cometer futuras infrações penais. Nesse aspecto reside, também, a aclamada ressocialização do apenado que, após

---

<sup>5</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2003, p. 543.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 81-82.



certo período de tempo segregado, sob a condição de “reeducando”, estaria apto a retornar ao convívio em sociedade, portando-se da forma que dele, legitimamente se espera<sup>7</sup>.

Sintetizadas, teologicamente, as funções da pena, é necessário questionar até que ponto a pena privativa de liberdade cumpre os objetivos a que se propõe. Indaga-se: a sanção penal cumpre, efetivamente, as suas funções?

O cumprimento efetivo das funções da pena é o que legitima o discurso penal, no que se refere à sanção. Teoricamente, as funções da pena não podem limitar-se à reprimenda do mal praticado ou à neutralização do malfeitor, sob pena de deslegitimação de toda a dogmática penal punitiva.

Em confronto à função repressiva absoluta, o próprio ordenamento jurídico respalda a imprescindibilidade da existência de uma pena útil e necessária. Além de proporcional ao mal causado, o aspecto funcional da pena não pode ser ignorado<sup>8</sup>.

Verificado que é necessário compatibilizar os dois aspectos do funcionalismo penal, deve-se perscrutar o efetivo cumprimento da função preventiva especial na atualidade, notadamente sob a ótica positiva da ressocialização.

Nenhum ramo do direito pode pretender abster-se de preocupações com o destino do ser humano, justamente por ser ele o centro e o destinatário de toda ciência jurídica, regras e princípios inerentes que, aliás, foram construídos e lapidados para reger suas interações. Nessa linha, não seria legítimo relegar a ressocialização do ser humano que viola a norma penal a um compartimento estanque, negando vigência a seus direitos e garantias fundamentais, na esteira do que se convencionou chamar Direito Penal do Inimigo. A ressocialização, portanto, e conforme consignado, é um fator indissociável da aplicação da pena privativa de liberdade

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 541-542.

<sup>8</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2016.



e constitui um dos vetores, inclusive, de que se vale o julgador no momento de aplicar a quantidade e a espécie de reprimenda penal.

Não se pode conceber um ordenamento repressivo que não seja temperado pelo resguardo de direitos e garantias fundamentais, pelo postulado da dignidade humana e demais valores de carga axiológica imensurável, sob pena de violação à Carta Constitucional, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de total deslegitimação do discurso penal. Nessa linha, a busca pela ressocialização a que se propõe a pena deverá ser, imprescindivelmente constatada nos casos postos a julgamento.

Ocorre que, diante do cenário atual de criminalidade massiva, superlotação carcerária e ausência de políticas públicas voltadas aos integrantes dos segmentos sociais mais pobres, é forçoso reconhecer que o fenômeno da ressocialização não passa de um programa, de uma falácia do discurso penal, a ensejar sua deslegitimação<sup>9</sup>.

As condições sub-humanas e a negligência no tratamento dos sujeitos encarcerados, o convívio de diferentes personalidades no ambiente carcerário, entre outros fatores, demonstram que a função ressocializadora da pena não vem sendo cumprida. Entre outras diversas recomendações, o apenado deve ser mantido em ambiente carcerário condizente com suas condições pessoais, com sua inclinação para o crime e com a infração efetivamente cometida. Contudo, os recursos escassos de que o Estado é dotado não permite o dispêndio necessário de verba pública para a consecução desta finalidade. Da mesma sorte, os escassos recursos públicos também não podem ser empregados na melhoria da qualidade de vida, em programas educativos e cuidados básicos referentes à saúde, educação e lazer quando se trata de alguém a quem foi imposta a pena privativa de liberdade.

O indivíduo é, assim, duplamente negligenciado e penalizado: primeiro porque, quando em liberdade, o Estado foi omissivo em relação às suas obrigações constitucionais soci-

---

<sup>9</sup> GRECO, op. cit., p. 544-546.



ais, o que exerceu influência externa no comportamento do infrator, tangenciando certa inclinação criminosa<sup>10</sup>. Depois de segregado, incide a segunda afronta por omissão e, com muito mais intensidade, os direitos fundamentais do indivíduo segregado são violados e completamente esquecidos pelo Estado.

O discurso jurídico-repressivo que ora buscava validade nas variadas funções da pena privativa de liberdade não mais encontra respaldo. Atualmente é necessário reconhecer que a pena privativa de liberdade não exerce a sua função preventiva, mormente sob o aspecto especial voltado à individualidade do infrator. Uma vez encarcerado, relegado a um ambiente degradante e em contato com diferentes criminalidades, o sujeito se vê sozinho e desolado. O sentimento de revolta, a influência negativa exercida pelo novo ambiente em que é encerrado destoam de qualquer aspecto ressocializador que o discurso penal possa levantar. A realidade atual é que, ao contrário do que se propõe, a segregação carcerária vai de encontro às possibilidades de reeducação individual, reduzindo-as ou aniquilando-as.

Diante dessas considerações, conclui-se que a pena privativa de liberdade, na atualidade, restringe-se à neutralização provisória do contraventor, além da retribuição à intranquilidade social causada pelo descumprimento à norma penal. Tal conclusão gera um impasse e demanda soluções.

Para que se legitime a sua existência, mister que a pena privativa de liberdade cumpra sua função ressocializadora. Se o Estado é incapaz de prover a reeducação do apenado, o que demandaria maiores esforços na preservação e promoção da qualidade de vida e, em última análise, de sua dignidade, a pena deve ser relida e reestruturada. Deve ser encontrado o equilíbrio, devem lhe ser restauradas e devolvidas as funções primordiais, sob pena de se reconhecer que o afastamento da sanção seria a única solução. Segmentos mais radicais pregam,

---

<sup>10</sup> SOARES, Orlando. *O Estado, as Classes Dominantes e os Excluídos: o Darwinismo Social como Fundamento da Escola de Direito do Evolucionismo*. Rio de Janeiro: Ed. do Livro, 1999, p. 25-26; 62.



justamente, a abolição da pena privativa de liberdade, à mingua de outras equações que levem à sua convivência harmônica com os postulados do Estado de Direito e com o discurso jurídico-penal. Em que pesem as bases sólidas desse tipo de argumentação, a abolição da pena que não cumpre suas funções indissociáveis criaria vários outros problemas para os quais também não restariam soluções.

Diante disso, devem ser buscadas medidas tendentes a equilibrar e resgatar a legitimidade do discurso penal. Deve-se buscar o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, e a aplicação da pena de forma que, com estes, convirja.

Para tanto, é necessário identificar a principal causa do aumento da criminalidade e da ineficiência da pena para fins de ressocialização, o que não é tarefa árdua, uma vez que, nesse contexto, a inércia do Estado é notória.

Conforme explicitado, o encarceramento, na maioria dos casos, promove a segunda penalização. O Estado mantém-se inerte, e sua omissão se vê com maior clareza. Nesse momento, apela-se ao ativismo judicial.

É vasta a jurisprudência que responsabiliza o Estado pelas condições a que determinados presos são submetidos. Há casos em que o Estado é condenado a compensar os danos morais suportados por aqueles que estão sob sua custódia e são vitimados por sua inércia<sup>11</sup>.

Nesse sentido, insere-se a responsabilidade civil objetiva do Estado. A administração é responsável, independentemente da comprovação de culpa, pelos danos físicos e psíquicos causados àqueles sobre os quais possui dever de guarda e cuidado.

Ocorre que, repetidamente o Estado é condenado a indenizar os prejuízos suportados e, ao invés de as condenações estimularem a mudança ou tomada de alguma postura positiva, os prejuízos são, da mesma forma, repetidamente causados.

---

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. AC 8287 MS 2006.008287-3. Relator: Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4012723/apelacao-civel-ac-8287/inteiro-teor-12135959>>. Acesso em: 29 nov. 2015.



Nesse cenário, o operador do direito deve se valer de mecanismos tendentes a modificar a realidade dos jurisdicionados que se encontram nesse tipo de situação, mediante a concretização das normas, especialmente daquelas que consagram direitos fundamentais.

À guisa de exemplo, no RE 580.252<sup>12</sup>, o Ministro Luís Roberto Barroso propôs, à míngua de indenização em dinheiro, a diminuição da pena, pelo instituto da remição, a despeito de qualquer previsão legal neste sentido. De acordo com a proposta do Ministro, para cada dia três dias vivido em condições degradantes, um dia de pena deveria ser abatido.

A modulação da quantidade de pena imposta, na espécie, coaduna-se com a máxima efetividade dos direitos fundamentais<sup>13</sup>. Verificado, na hipótese, que o pagamento pelos prejuízos morais não seria capaz de compensar minimamente os danos advindos das condições a que foi submetido o apenado, optou-se por solução diversa, que busca fundamento de validade diretamente na Constituição e pretende atender à proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que ateu-se à exata condição em que se encontrava o indivíduo, entendendo-se que a remição da pena seria a medida mais eficaz para reequilibrar a situação concreta posta a análise.

O que se busca solucionar no confronto entre a realidade da vida carcerária e os objetivos da sanção penal, é justamente a legitimação de sua existência, uma vez que sem a reprimenda a sociedade seria relegada a um estado de caos. Nesse contexto, o julgador deve se socorrer dos postulados que norteiam o Estado de Direito, cujo centro é o ser humano, seja em liberdade ou privado desta. Não se pode diferenciar o indivíduo pela condição em que se encontra, a fim de legitimar omissões inconstitucionais, conforme o que vem sendo feito. O que se deve ter em mente é adoção de medida diametralmente oposta, ou seja, a concretização

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 580.252, Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStd/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>13</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.



da isonomia material, que consiste em tratar os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade<sup>14</sup>.

### **3. DA NECESSIDADE DE OBJETIVAÇÃO DA HIPÓTESE DE ATENUAÇÃO DA PENA**

O Estatuto Penal, além de prever causas especiais de aumento e de diminuição de pena relacionadas diretamente ao tipo penal incriminador, contempla hipóteses genéricas de atenuação e agravação da sanção penal. Constam do artigo 65<sup>15</sup> as atenuantes genéricas e, tão logo tenham sido positivadas, o legislador entendeu por bem introduzir um artigo 66<sup>16</sup>, de acordo com o qual “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

A previsão sob comento, ainda que timidamente, abre a possibilidade para que se aplique a Teoria da Co-Culpabilidade do Estado, conquanto a omissão em que incorre poderia ser considerada uma circunstância relevante não prevista expressamente em lei. Ainda assim, diante da crescente criminalidade, muitos julgadores são reticentes ao atenuar a pena, vinculados que estão a uma mentalidade de repressão e neutralização do indivíduo infrator da norma.

De acordo com a leitura do dispositivo supramencionado, extrai-se que a atenuação da pena, ainda que as circunstâncias sejam relevantes, não consubstancia uma obrigação, mas limita-se a facultar que o julgador proceda à dosagem da sanção penal, de acordo com o seu livre convencimento. Não se trata, nem mesmo, de um dever subjacente à necessidade de mo-

---

<sup>14</sup> SILVA, Nícolas Trindade da. *Da Igualdade Formal a Igualdade Material*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40530&seo=1>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

<sup>15</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2016.

<sup>16</sup> *Ibid.*

tivação das decisões judiciais, uma vez que não é nem mesmo imposto ao magistrado que consigne as razões pelas quais entende não haver circunstância relevante apta a atenuar a pena.

Coaduna-se com o direito fundamental à liberdade de locomoção, diretamente vinculado à dignidade humana, o reconhecimento de existir, na realidade, uma obrigação da qual o julgador não pode se desincumbir e, então, o apenado poderia valer-se de, ao menos, um esforço argumentativo por parte do julgador, o que lhe poderia servir, inclusive, para fins de eventual recurso a instâncias superiores.

Na medida em que a co-culpabilidade seja positivada, em critérios menos vagos quanto for possível, o julgador não poderá abster-se de se pronunciar acerca das influências exógenas do ambiente em que aquele a quem se julga foi relegado, fazendo com que a circunstância conste de sua sentença. Tal postura, ainda que por determinação legal, se incutida na mentalidade dos operadores do direito, num movimento pró-liberdade, dignidade e igualdade material se disseminaria no âmbito do Judiciário e, uma vez consagrada a possibilidade de uma divisão do encargo penal, seria possível considerar um Poder Executivo mais ativo, um verdadeiro Estado Social e prestacional.

Com efeito, ao começar a arcar, ainda que de forma indireta, com parte da sanção imposta aos jurisdicionados, nas ocasiões em que se constatou sua inércia no desenvolvimento do indivíduo a despeito de obrigações constitucionais, o Estado seria coagido a adotar posturas diferentes. Diante da ação positiva, não seria concebível repartir o encargo penal. Cuidasse, portanto, de compelir os vários atores a adotar as condutas que lhes foram atribuídas pela Constituição Federal e não de criar manobras e Teorias voltadas à impunidade.

A positivação de uma determinação legal quanto à necessidade objetiva de se considerar, objetivamente, que existe uma responsabilidade por parte do Estado no cometimento da



infração sob análise no caso concreto tende a remediar o incessante desrespeito ao princípio da igualdade e a constante violação, ainda que por omissão, a direitos fundamentais vários.

O comando legal que se propõe seja introduzido constituiria uma etapa de individualização das penas que, diga-se de passagem, é também um direito fundamental<sup>17</sup>. Verifica-se que, apesar da existência de um critério trifásico como balizador a ser observado na dosimetria da pena, uma circunstância extremamente relevante passa sempre despercebida. Na ausência de uma obrigação legal, cujo descumprimento acarrete sanção, não será viável a garantia e promoção de direitos fundamentais que propõe a Constituição Cidadã

## CONCLUSÃO

A despeito da instauração do Estado Social, assim concebido com a promulgação da Carta de 88, é possível verificar que determinados indivíduos têm, recorrentemente, os seus direitos fundamentais violados. O Estado, concebido como prestacional pela constituinte, incorre em inércia no que diz respeito à consecução da dignidade de determinados segmentos da sociedade, desobedecendo aos mandamentos constitucionais, agredindo direitos e se distanciando, a cada dia mais, da almejada igualdade substancial, com a qual se pretende construir uma sociedade livre e fraterna.

A Teoria da Co-culpabilidade pretende ser um remédio para anestesiar as mazelas da inação do Estado, propondo a divisão do encargo penal entre o infrator da norma e o Estado que o negligenciou. Nesse contexto, se reconhece que a omissão do Estado prejudica o desenvolvimento do ser humano, relegado à vida em comunidades, apartado da educação, do lazer,

---

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.



da alimentação, do trabalho e do convívio, em geral, com os direitos e garantias concebidos para a formação de um indivíduo sadio, em todos os sentidos.

A Teoria, ainda, busca funcionalizar a pena, há muito tempo distanciada de suas finalidades e impassível de promover a ressocialização. Propõe, ainda, a positivação de uma circunstância atenuante a ser analisada e considerada quando do cometimento das infrações penais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 554.075 AgR, Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601307>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 580.252, Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStd/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

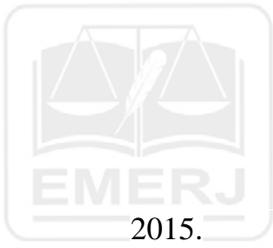
\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. AC 8287 MS 2006.008287-3. Relator: Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4012723/apelacao-civel-ac-8287/inteiro-teor-12135959>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Nícolas Trindade da. *Da Igualdade Formal a Igualdade Material*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 nov. 2012. Disponível em:



SOARES, Orlando. *O Estado, as Classes Dominantes e os Excluídos: o Darwinismo Social como Fundamento da Escola de Direito do Evolucionismo*. Rio de Janeiro: Ed. do Livro, 1999.



## REFORMA DO SISTEMA CARCERÁRIO PARA A DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Marcella Augusta Costa da Costa

Graduada pela Faculdade de Direito da  
Universidade Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo:** O índice de violência praticada por adolescentes aumenta de forma assustadora e descontrolada, levando a sociedade para uma reclusão forçada, para assim evitar convívio com aqueles que não respondem criminalmente pelos seus atos, apenas perante o ECA com medidas socioeducativas ineficientes. O maior desafio para a aceitação da redução da maioridade penal é o precário sistema carcerário, que não ressocializa e sim aumenta e propaga ainda mais a violência. A finalidade do trabalho é demonstrar que com uma reforma do sistema carcerário é possível pensar em reduzir a idade mínima para que um adolescente possa responder pelos seus atos criminosos.

**Palavras-chave:** Direito Penal, Reforma Carcerária, Diminuição da Maioridade Penal.

**Sumário:** Introdução. 1. Breves considerações sobre o Sistema Carcerário Brasileiro. 2. Incidência e Elevação do Índice de Violência na Adolescência. 3. Reforma do Sistema Carcerário e Diminuição da Maioridade Penal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda as discussões acerca do atual sistema carcerário brasileiro e as possibilidades de reforma, para assim possibilitar a redução da maioridade penal e consequente diminuição da violência praticada por aqueles não alcançados pela legislação penal vigente, os adolescentes.

Uma grande maioria de doutrinadores do Direito entende que o motivo para que não seja possível a redução da maioridade penal, com aplicação do Código Penal para os adolescentes infratores, é a caótica situação do sistema carcerário no Brasil. Acreditam que ao colocar um adolescente nas prisões e presídios juntamente com adultos de alta periculosidade, reincidentes e intimidadores, poderiam esses adolescentes sofrer um efeito contrario do que é previsto como objetivo da pena a ser cumprida, que é a ressocialização do preso.



É fato notório que o comportamento delinquente, em adolescentes infratores brasileiros cresce de forma desordenada e descontrolada, e diante deste panorama é importante que se encontrem formas de controle, de contenção e proteção da sociedade.

São fatores que clamam por mudanças urgentes, as rebeliões nos presídios, a formação de grupos criminosos, a falta de dignidade humana, e uma reforma do sistema carcerário visa garantir a ordem e a segurança pública. Observa-se que, durante a sua permanência no cárcere, o indivíduo passa a ser desadaptado e até mesmo desestimulado a conviver em sociedade e em liberdade, perdendo inclusive a noção de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social, passando a assumir os modelos comportamentais dos valores típicos do interior do sistema carcerário.

Por fim, serão analisados caminhos para a redução da maioria penal através de uma reforma do atual e precário sistema carcerário brasileiro, a ressocialização do preso é um dos objetivos que se pretende alcançar com a aplicação da pena, porém o que se tem observado é que objetivo tem falhado apesar de termos um grande arcabouço legal que define os métodos que devem ser utilizados para se readaptar o delinquente ao convívio em sociedade, não se tem conseguido alcançar o objetivo ressocializador da pena, principalmente pelo grande descumprimento das Leis que regem a execução penal e o funcionamento das unidades penitenciárias.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica.

## **1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Frise-se que, inicialmente, o sistema carcerário é o conjunto dos conceitos para que no âmbito jurídico, se analise o local de aplicação da pena, a amplitude e a temporariedade, do regime de cumprimento da pena de limitação à liberdade.



De acordo com Foucault<sup>1</sup>, o controle social se dá através do disciplinamento, que é inspirado no panóptico de Bentham, tendo a prisão a função de exclusão daqueles que estão habituados a sua condição de excluídos sociais.

Sobre a população carcerária atualmente no Brasil:

Dados do Instituto de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que aproximadamente 2% da população economicamente ativa brasileira estariam nas prisões. Dados de 2007 indicam que o Brasil conta com uma população prisional de mais de 419 mil detentos. Em junho de 2009 foram registrados 469 mil detentos, e o sistema carcerário apresentava um déficit de 170 mil vagas.<sup>2</sup>

O atual sistema carcerário brasileiro está falido, existindo de forma precária e não alcançando o seu objetivo maior que é a ressocialização daqueles que são privados de sua liberdade em razão do cometimento de crimes previstos no Código Penal Brasileiro<sup>3</sup>. Assim, esse ambiente, considerado hostil, não seria adequado aos adolescentes, menores infratores, que sairiam contaminados, revoltados e piores que o início da pena.

Uma noção dessa realidade pode ser compreendida, na seguinte explanação:

Infelizmente estamos nos habituando num processo de caos, onde o que ocorre é a falência e desestruturação do sistema carcerário. O descaso dos governantes, a falta de estrutura, a superlotação, a inexistência de um trabalho para a recuperação do detento. Assim é nosso sistema, promessas e nada de recompensas. Mas também não devemos nos esquecer que o Congresso Nacional infelizmente tem aprovado, atendendo à pressão da área de direitos humanos do Governo Federal e das notórias organizações não-governamentais que atuam no País, leis que cada vez mais afrouxam o Código Penal, mas principalmente a Lei de Execuções Penais. [...]. O sentido punitivo da pena foi completamente abolido, por considerar-se “*contrário aos direitos humanos dos internos*” e à evolução histórica do Direito Penal.<sup>4</sup>

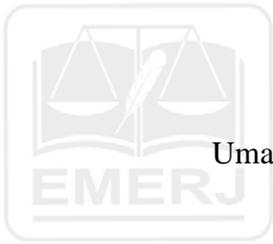
O colapso nos presídios, a falida estrutura do sistema é vista e apontada por muitos estudiosos, filósofos, doutrinadores e aplicadores do direito como a grande causa para a não diminuição da maioria penal, esquecendo-se dos riscos em que a sociedade entra, ao se ponderar os direitos da coletividade e do grupo dos menores infratores, esquecendo que, se o motivo é a não adequação dos presídios, por que não adequá-los a essa necessidade?

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 13.

<sup>2</sup> WIKPÉDIA. *Prisão*. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pris%C3%A3o>> Acesso em: 03 abr. 2015.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n. 2.842, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

<sup>4</sup> CAMARGO, Virgínia. *Realidade do Sistema Prisional no Brasil*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1299](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299)>. Acesso em: 03 abr. 2015.



### Uma importante visão sobre o assunto:

A atual onda de violência no Brasil, nomeadamente nos grandes centros urbanos e especificamente em São Paulo e Rio de Janeiro, reacendeu a discussão legal acerca da antecipação da maioridade penal, com ardorosos defensores de ambos os lados, uns sustentando a necessidade de recrudescimento da lei a fim de, com o maior rigor, desestimular o potencial infrator, e outros, imbuídos na defesa dos direitos humanos e destacando as deficiências de nosso sistema carcerário, rejeitando qualquer tipo de diminuição da idade penal. Interessante notar que o Brasil tem buscado modelos legais no exterior desde os primórdios. [...]. Em alguns países desenvolvidos, a legislação penal possui dispositivos criminais diferenciados para jovens na faixa etária acima da maioridade penal e até determinada idade (conforme o caso, até 18 anos, até 21 anos, até 25 anos etc.).<sup>5</sup>

É claro que são argumentos válidos, a falta de perspectiva de reintegração social do preso e as penitenciárias sempre lotadas, mas não se pode esquecer que tal situação é permitida e estimulada pelo Estado, que se acomoda e nada faz para solucionar nenhum dos problemas, quais sejam, a falência do sistema carcerário e a crescente violência dos adolescentes.

No Brasil, as prisões tornaram-se um amontoado de pessoas sem esperança de justiça e expectativas de ressocialização onde os indivíduos ignorados pela sociedade são alojados, não mencionado que a realidade desses indivíduos após deixar o sistema penitenciário e tentar nela se reinserir é, por vezes, uma utopia.<sup>6</sup>

Pelos motivos mencionados, os estudiosos, juristas, doutrinadores<sup>7</sup> e legisladores afirmam não ser possível inserir nesse meio caótico os menores que cometem crimes, esquecendo que sempre existe a possibilidade de adequação desse sistema, não podendo ser esse um motivo hábil para que os adolescentes que cometem crimes continuem sem punição e incitando cada vez mais a violência dentro dessa faixa etária não alcançada pelo Código Penal.

---

<sup>5</sup> FERREIRA, André Luís. *A falácia da maioridade penal e o sistema penitenciário brasileiro*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3524](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3524)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

<sup>6</sup> ARAUJO, Carlos. *Sistema Prisional Brasileiro: a busca de uma solução inovadora*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197374,81042-Sistema+Prisional+Brasileiro+A+busca+de+uma+solucao+inovadora>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

<sup>7</sup> *Ibid.*



Um caminho para a reintegração dos detentos à sociedade é a possibilidade de profissionalização e de estudo, diminuindo assim, conseqüentemente, a violência. Quando a sociedade brasileira clama por uma solução para o aumento da violência, se faz necessária à criação de mecanismos no sentido de inclusão social, de reinserção, até mesmo por ser um dever do Estado, a promoção da cidadania.

A prisão só deve ser utilizada como último recurso do Estado, e não deve ser usada como regra.

Para muitos, a prisão jamais ressocializará alguém no Brasil, pois o estigma que carrega o ex-detento mistura-se à sua vida de forma que torna-se quase impraticável a vida normal dentro de uma sociedade. E o Estado omite-se no desenvolvimento ações de reinserção na sociedade.

## **2. INCIDÊNCIA E ELEVAÇÃO DO ÍNDICE DE VIOLÊNCIA NA ADOLESCÊNCIA**

Do ponto de vista social e de saúde pública, a violência na adolescência é um fenômeno grave, onde existe grave ameaça para a sociedade que se vê obrigada a conviver e aceitar os menores que cometem crimes e apenas respondem pela branda, mansa e ineficaz norma do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>8</sup>

A crescente violência desses menores foi exemplificada em estudo realizado no Estado de São Paulo:

Os crimes praticados por menores de 18 anos no Estado de São Paulo aumentaram em 2014. Dados da SSP (Secretaria de Segurança Pública) de São Paulo do último trimestre do ano passado indicam que a apreensão de infratores em flagrante chegou a 4.760 — um aumento de 7,66% em relação ao mesmo período de 2013. [...] Na capital paulista, o número de jovens infratores apreendidos pela polícia passou de 902 no fim 2013 para 920 nos últimos três meses de 2014 — uma leve alta de quase %. No interior, o avanço das apreensões foi maior: saltou de 2.746 apreensões no fim de 2013 para 3.050 no mesmo período do ano passado — aumento de quase

---

<sup>8</sup> BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2015.



10%. Os números corroboram a tese de que uma lei mais dura para combater o crime juvenil é realmente necessária.<sup>9</sup>

Já no Estado do Rio de Janeiro:

O Estado do Rio apreende a cada 60 minutos uma criança ou adolescente por infração criminal. Ano passado, o número de jovens infratores levados ao Ministério Público ou ao Departamento Geral de Ações Socioeducativas (Novo Degase), quase 8,4 mil, triplicou em relação a 2010. Levantamento do Novo Degase mostra que a ligação com o tráfico de drogas é responsável por 41% desses recolhimentos; a prática de roubos e furtos, por outros 41%. Com variações de indicadores e de perfil das infrações, essa é uma realidade que, seguramente, se repete em outros estados. Em si, são dados assustadores. E eles se agravam ainda mais num país em que vigora uma legislação promulgada com objetivos distintos do que a realidade revela.<sup>10</sup>

O princípio da proteção integral foi baseado na Declaração Universal dos Direitos da Criança (DUDC) que dispõe “que a criança gozará proteção especial e serão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade” (Princípio 2º; DUDC). Para garantir tal proteção, dentre os seus dez princípios, a Declaração aponta, em seu princípio 6º, a família como sendo primordial para o desenvolvimento completo da criança e do adolescente:

PRINCÍPIO 6º<sup>11</sup>:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão.

Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.<sup>12</sup>

Esse crescente índice deve-se principalmente à inércia do poder público, em vários setores da sociedade. O poder público não atua de forma significativa na prevenção desses

<sup>9</sup> R7 NOTÍCIAS. *Apreensão de menores infratores em flagrante cresceu quase 8% em SP em 2014*. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/sao-paulo/apreensao-de-menores-infratores-em-flagrante-cresceu-quase-8-em-sp-em-2014-07042015>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

<sup>10</sup> O GLOBO. *ECA não recupera menor infrator e desprotege sociedade*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/eca-nao-recupera-menor-infrator-desprotege-sociedade-15335011>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

<sup>11</sup> *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 27 set. 2015.

<sup>12</sup> *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13383&revista\\_cademo=12](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13383&revista_cademo=12)>. Acesso em: 13 set. 2015.



crimes cometidos por adolescentes, assim como também o poder público não oferece os direitos básicos que contribuiriam para se evitar esse tipo de violência, como a adequada educação, com eficiência e qualidade, com uma atuação significativa na estrutura familiar desses adolescentes como o oferecimento de emprego adequado dos pais, uma residência digna, lazer satisfatório e vários outros fatores que se oferecidos pelo Estado, reduziriam e até mesmo evitariam esses crimes.

Ainda nesse viés, estudos do economista Ricardo Paes de Barros, do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (Ipea), mostram que anos perdidos de escolaridade têm, no Brasil, um impacto negativo muito forte na expectativa de renda futura, e as crises econômicas empurram adolescentes ao crime, como se observa no estudo a seguir:

Os adolescentes foram as maiores vítimas das crises econômicas do Brasil nas últimas décadas. Segundo um estudo realizado pelos economistas Mônica Viegas Andrade, da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), e Marcos Lisboa, da Fundação Getúlio Vargas do Rio (FGV/Rio), o ingresso maciço de adolescentes em atividades criminosas, por causa de quedas do salário real ou piora na distribuição de renda, explica quase todo o aumento dos homicídios nos Estados do Rio, São Paulo e Minas Gerais desde os anos 80. Essa explosão de violência fica clara em dados apresentados no trabalho de Mônica e Lisboa: de 1980 a 1997, a taxa estadual de homicídios por 100 mil habitantes aumentou 201% em São Paulo, de 12,71 para 38,26.<sup>13</sup>

Portanto, observa-se que a desestrutura do lar, fator presente em mais de 80% dos casos de delinquência juvenil, desencadeia no adolescente a necessidade da busca de autoafirmação em campo externo à sua casa, preferencialmente agregando-se a outros sob as mesmas circunstâncias, fator esse que eleva cada vez mais o índice de cometimento de crimes por adolescentes.

A sociedade clama pela segurança e diminuição da violência, indignando-se com a impunidade e o governo não investe nos meios necessários para a diminuição da criminalidade no país.

---

<sup>13</sup> Presos da cadeia pública de Leopoldina, MG. *Recomeço*. Disponível em: <<http://www.nossacasa.net/recomeco/0071.htm>>. Acesso em: 13 set. 2015.



O tema sempre volta à mídia, cada vez que crimes cometido por adolescente se destacam e ondas de criminalidade como arrastões nas praias e as polêmicas medidas da polícia.

Dados nacionais mostram:

[...] uma elevação no índice de jovens internados por cometerem crimes. Levantamento da Secretaria de Direitos Humanos, ligada à Presidência da República, aponta que o número de adolescentes que cumprem medidas socioeducativas com restrição de liberdade subiu de 16.868, em 2008, para 20.532, em 2012. Juristas e advogados ligados aos direitos das crianças e adolescentes têm, ao longo dos últimos anos, se mostrado contra alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aprovado em 1990, que ratificou a maioridade penal de 18 anos estabelecida desde o Código Penal de 1940. Por outro lado, outras correntes de juristas defendem que adolescentes menores de 18 anos deveriam sofrer punições maiores do que a atual pena máxima de três anos de internação em instituições de ressocialização.<sup>14</sup>

### **3. REFORMA DO SISTEMA CARCERÁRIO E DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

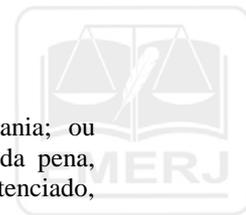
Um indivíduo que cometeu um crime deve ser julgado segundo o devido processo legal e, se condenado, sujeito a um sistema que objetive sua ressocialização e a realidade das prisões brasileiras é à corrupção e à violência que ali imperam.

O sistema penitenciário brasileiro mostra-se desumano e ineficiente e uma das sustentações mais utilizadas pelos defensores da não redução da maioridade penal é o fato das prisões brasileiras não oferecerem a ressocialização dos que ali são encarcerados, contudo esquecem-se que dessa forma, não retirando da sociedade aqueles que nela não conseguem se adequar, fazem com que a sociedade seja obrigada a conviver com o medo, com ameaças e assim, encarceram-se em suas casas aqueles que deveriam viver em plena liberdade.

O Direito Penitenciário possui seus princípios, como a seguir:

Os princípios do Direito Penitenciário, configuram novas regras, e ainda a evolução que informa a própria política criminal, na missão da tutela da pessoa humana do preso e proteção de convivência humana na comunidade. Entre outros, mencionam-se o seguintes: I – princípio de proteção dos direitos humanos do preso e da paz pública; II – o da consideração do preso como membro da sociedade; III – o da reeducação e reinserção social do preso, com especial ênfase na aprendizagem

<sup>14</sup> BBC BRASIL. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150128\\_maioridade\\_analistas\\_jp](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150128_maioridade_analistas_jp)>. Acesso em: 13 set. 2015.



escolar, formação profissional e educação para o exercício da cidadania; ou aprendizagem do uso social da liberdade; IV – o da individualização da pena, classificação e programa de tratamento; V – o da participação ativa do sentenciado, no processo de ressocialização; VI – o da jurisdição da execução[...].<sup>15</sup>

É evidente que o maior de todos os problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro é a superlotação, a escalada de violência entre os internos, e a inexistência de garantias mínimas aos condenados, sendo que o poder público pouco faz para solucionar tais fatos.

O poder público não observa, não se preocupa em inserir formas de ressocialização, como poderia, seguindo o princípio de que a educação é a base da cidadania, dar aos presos o acesso ao conhecimento, ao trabalho, viabilizar o satisfatório atendimento à saúde dentre outros modos de se modificar a realidade carcerária brasileira.

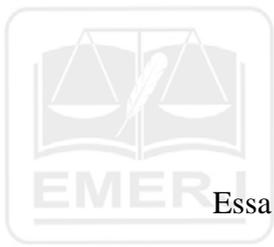
O Brasil ainda convive "com tortura", má condições de seus presídios e execuções extrajudiciais e o sistema prisional abriga mais do que sua capacidade, sendo que muitos são presos provisórios, ainda à espera de uma decisão judicial. É nítida a situação caótica do sistema carcerário, e sendo continuado esse predomínio de locais que não são apropriados para a ressocialização, não se deve pensar em aumentar essa população. Mas pelo fato do abandono do Estado em relação a essas instituições, deve-se permitir a convivência da sociedade com indivíduos incapazes de socialização, sejam estes imputáveis ou não? A resposta não é nada simples, mas clama a sociedade por essa solução.

Para Luiz Flávio Gomes:

Diz que há uma série de mitos em torno da concepção de que no Brasil o menor não é punido. O jurista, que se diz contrário à redução da maioridade, lembra que o ECA prevê punições e medidas socioeducativas, com ou sem restrição da liberdade, para crianças a partir de 12 anos. Ele admite, no entanto, que a pena máxima de três anos poderia ser revista, e elevada para até oito anos. "Como o ECA coloca três anos para tudo, acaba gerando uma injustiça. Eu não posso equiparar um roubo a um homicídio." Gomes diz acreditar no ajuste da pena máxima e investimentos em educação como as melhores opções. "Além da reforma do ECA e da adoção da escola integral em todo o país, não vejo outras soluções. [...]."<sup>16</sup>

<sup>15</sup> *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1299](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299)>. Acesso em: 13 set. 2015.

<sup>16</sup> *BBB Brasil*. Disponível em: <<http://santanajus.jusbrasil.com.br/noticias/196151047/debate-sobre-reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 13 set. 2015.



Essa visão, do Luiz Flávio Gomes é a da maioria que não concorda com a redução da maioria penal, por entender que não seria razoável “jogar” adolescentes no sistema prisional já falido, concordando apenas que o ECA não aplica da melhor maneira as medidas socioeducativas. Contudo, é visível que o problema está em não existir um sistema carcerário que possibilite a ressocialização desses adolescentes infratores e não por ser inviável a punição eficiente, qual seja, que permita retirar esses infratores do convívio com a sociedade e possibilitar a sua reabilitação, através da educação e acompanhamentos necessário para uma ressocialização adequada.

Uma reforma no sistema penitenciário brasileiro é necessária, mudar com bom senso e razoabilidade a legislação vigente, que mantém o falido sistema carcerário, em que a prisão é tida como uma violência à sombra da Lei. É hora de se refletir mais sobre o preconceito, egoísmo, arrogância, ambição, enfim, o sentimento diário que acomete o meio social e que atinge principalmente o próximo mais carente.<sup>17</sup>

Mudanças radicais neste sistema se fazem urgentes, pois as penitenciárias se transformaram em verdadeiras "usinas de revolta humana", uma bomba-relógio que o judiciário brasileiro criou no passado a partir de uma legislação que hoje não pode mais ser vista como modelo primordial para a carceragem no país. O uso indiscriminado de celular dentro dos presídios, também é outro aspecto que relata a falência. [...] Ocorre a necessidade urgente de modernização da arquitetura penitenciária, a sua descentralização com a construção de novas cadeias pelos municípios, ampla assistência jurídica, melhoria de assistência médica, psicológica e social, ampliação dos projetos visando o trabalho do preso e a ocupação, separação entre presos primários e reincidentes, acompanhamento na sua [...] <sup>18</sup>.

Essa reforma, pode ser feita de forma ampla, visando a transformação do modelo atual, modernizando e descentralizando os serviços necessários, melhorando a assistência jurídica, médica e psicológica e acompanhando a reinserção na sociedade.

<sup>17</sup> *Aspectos críticos ao sistema penitenciário brasileiro*. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2936/Aspectos-criticos-ao-sistema-penitenciario-brasileiro>>. Acesso em: 13 set. 2015.

<sup>18</sup> *Sistema penitenciário brasileiro: a falibilidade da prisão no tocante ao seu papel ressocializador*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sistema-penitenci%C3%A1rio-brasileiro-falibilidade-da-pris%C3%A3o-no-tocante-ao-seu-papel-ressocializ>> Acesso em: 28 set. 2015.



## CONCLUSÃO

Diante do que foi abordado neste trabalho, é possível concluir que a violência na adolescência é um fenômeno grave, levando grande ameaça para a sociedade, e que o atual sistema carcerário brasileiro, falido e ultrapassado, é a maior teoria utilizada pelos defensores da atual maioria penal, com a alegação de não ser a redução uma solução para o grande aumento da criminalidade praticada por adolescentes.

A falida estrutura do sistema carcerário é vista como o grande e maior obstáculo para a diminuição da maioria penal, pois o fato as prisões brasileiras não oferecerem a ressocialização dos que ali são encarcerados, impossibilita a reintegração necessária e adequada.

A superlotação, a escalada de violência entre os internos, e a inexistência de garantias mínimas aos condenados são os maiores obstáculos para a adequada ressocialização dos que são aprisionados. Uma visão de reestruturação do sistema carcerário atual pode ser uma solução para que adolescentes possam responder pelos seus atos criminosos de forma adequada e eficiente.

É nítida que a situação atual é apenas o reflexo de décadas de falta de interesse político para resolver o problema, por ser uma temática impopular, que não atrai eleitores, revelando o verdadeiro cunho político envolvido com o caótico sistema penitenciário brasileiro.

Com um eficiente sistema carcerário, em que se possibilite a reinserção na sociedade, é possível a redução da maioria penal, e dessa forma diminuir a violência praticada por aqueles não alcançados pela legislação penal vigente, os adolescentes.

## REFERÊNCIAS

ÂMBITO.JURÍDICO.Disponível em:<[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13383&revista\\_caderno=12](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13383&revista_caderno=12)>. Acesso em: 13 set. 2015.



ÂMBITO JURÍDICO. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1299](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299)>. Acesso em: 13 set. 2015.

ARAUJO, Carlos. *Sistema Prisional Brasileiro: a busca de uma solução inovadora*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197374,81042Sistema+Prisona+Brasileiro+A+busca+de+uma+solucao+inovadora>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

*Aspectos críticos ao sistema penitenciário brasileiro*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2936/Aspectos-criticos-ao-sistema-penitenciario-brasileiro>>. Acesso em: 13 set. 2015.

BBB BRASIL. Disponível em: <<http://santanajus.jusbrasil.com.br/noticias/196151047/debate-sobre-reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 13 set. 2015.

BBC BRASIL. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150128\\_maioridade\\_analistas\\_jp](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150128_maioridade_analistas_jp)>. Acesso em: 13 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 2.842, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

CAMARGO, Virgínia. *Realidade do Sistema Prisional no Brasil*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1299](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

*Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 27 set. 2015.

FERREIRA, André Luís. *A falácia da maioria penal e o sistema penitenciário brasileiro*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3524](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3524)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.



O GLOBO. *ECA não recupera menor infrator e desprotege sociedade.* Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/opiniao/eca-nao-recupera-menor-infrator-desprotege-sociedade-15335011>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

PRESOS DA CADEIA PÚBLICA DE LEOPOLDINA, MG. *Recomeço.* Disponível em: < <http://www.nossacasa.net/recomeco/0071.htm>>. Acesso em: 13 set. 2015.

R7 NOTÍCIAS. *Apreensão de menores infratores em flagrante cresceu quase 8% em SP em 2014.* Disponível em: <<http://noticias.r7.com/sao-paulo/apreensao-de-menores-infratores-em-flagrante-cresceu-quase-8-em-sp-em-2014-07042015>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

*Sistema penitenciário brasileiro: a falibilidade da prisão no tocante ao seu papel ressocializador.* Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sistema-penitenci%C3%A1rio-brasileiro-falibilidade-dapris%C3%A3onotocanteaoseupapelressocializ>> Acesso em: 28 set. 2015.

WIKPÉDIA. *Prisão.* Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pris%C3%A3o>> Acesso em: 03 abr. 2015.



## APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL: ANÁLISE SOBRE AS CONTROVÉRSIAS EXISTENTES QUANTO AOS REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO

Marcelle Gandara Esteves Vidal Simões

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Técnica de atividade judiciária. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Candido Mendes.

**Resumo:** O princípio da fungibilidade recursal tem sua aplicação muito restrita em razão dos requisitos estabelecidos pelos Tribunais Superiores. Apesar da inexistência de previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio quanto ao princípio da fungibilidade recursal, é pacífico na doutrina e na jurisprudência o reconhecimento de sua existência. Tal instituto é um instrumento muito importante no combate ao formalismo processual, na garantia ao acesso à justiça, bem como na pacificação social. A essência do trabalho é abordar a importância do princípio em estudo, bem como expor a necessidade de mitigação dos requisitos para sua aplicação, permitindo um maior aproveitamento do instituto.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Recursos. Fungibilidade. Requisitos. Mitigações.

**Sumário:** Introdução. 1. Breve histórico. 2. Conceito e finalidade. 3. Requisitos e mitigações. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de mitigação dos requisitos necessários para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Procura-se demonstrar que a análise objetiva dos mencionados requisitos muitas vezes inviabilizam o acesso a justiça e conseqüentemente à prestação jurisdicional adequada.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a expor os requisitos para a aplicação do princípio em comento e a forma como esses requisitos inviabilizam a aplicação do princípio.

O princípio da fungibilidade serve como meio de se combater o formalismo excessivo no direito processual civil. O processo civil moderno deve ser visto como mecanismo de realização do direito material, um processo civil de resultados. O princípio da fungibilidade recursal permite que se alcance a satisfação da sociedade sem que para isso seja preciso abrir mão da forma que garante a regularidade do procedimento.



A fungibilidade existe para evitar que o excesso de formalismo interfira na prestação jurisdicional de modo a comprometer o acesso à justiça. Nesse contexto, surge o princípio da fungibilidade recursal, que admite que um recurso, ainda que incabível em certo momento processual, seja recebido no lugar do recurso que seria adequado, desde que observados alguns requisitos.

A relevância do tema em análise se verifica diante das divergências sobre a interpretação dos requisitos para a aplicação da fungibilidade recursal entre os doutrinadores e as decisões das Cortes Superiores são causa de insegurança aos operadores do Direito.

O tema também possui inegável importância social, eis que a fungibilidade existe para evitar que o excesso de formalismo interfira na prestação jurisdicional de modo a comprometer o acesso à justiça.

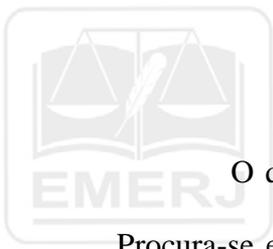
Entretanto, a aplicação do referido princípio é extremamente dificultosa em razão da interpretação que os Tribunais Superiores faz sobre os requisitos para a sua aplicação.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar um breve histórico do princípio em análise, esclarecer o conceito e a finalidade do mesmo, e fazer uma análise aprofundada sobre os requisitos necessários para a sua aplicação. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de mitigação desses requisitos, viabilizando uma maior efetividade ao princípio da fungibilidade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando um breve histórico do princípio da fungibilidade, sua origem e previsão no ordenamento jurídico pátrio.

Segue-se, no segundo capítulo, demonstrando o conceito de “fungibilidade” e a finalidade do referido princípio.

O terceiro capítulo destina-se a examinar detalhadamente os requisitos necessários para a aplicação do princípio da fungibilidade, quais sejam, a existência de dúvida objetiva, a ausência de erro grosseiro e a tempestividade.



O quarto capítulo analisa a possibilidade de mitigação dos mencionados requisitos. Procura-se explicitar que a interpretação dada pelos Tribunais Superiores afasta a aplicação do princípio, o que prejudica o acesso à justiça.

A pesquisa se valerá do meio bibliográfico e comparado, em abordagem qualitativa e predominantemente explicativa.

## 1 BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

O princípio da fungibilidade tem origem no direito alemão nas teorias subjetiva e objetiva e no direito português.

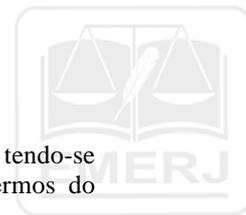
A teoria subjetiva entendia que caso o magistrado não proferisse a decisão correta e o recurso interposto pelo recorrente fosse voltado à esta decisão que não foi proferida, o recurso seria incabível. Em sentido contrário, a teoria objetiva entendia que o recurso interposto deve ser cabível para a decisão prolatada independentemente de esta estar ou não correta.

Nesse contexto, foi criado o princípio do recurso indiferente, posteriormente denominado de teoria do maior favorecimento. O mencionado princípio estabelecia que o recurso deveria ser admitido quando interposto contra decisão erroneamente proferida pelo magistrado, bem como quando interposto em face da decisão que deveria ter sido prolatada. Assim, o mencionado princípio superou as teorias subjetiva e objetiva.

No Código Civil Português, o princípio da fungibilidade tinha previsão expressa, semelhantemente como o previa o Código brasileiro revogado de 1939, em seu art. 687, item 3, parte final, *verbis*:

ARTIGO-687. (Interposição do recurso - Despacho do requerimento)

1. Os recursos interpõem-se por meio de requerimento, dirigido ao tribunal que proferiu a decisão recorrida e no qual se indique a espécie de recurso interposto e, nos casos previstos nos nos 2, 4 e 6 do artigo 678.o e na parte final do no 2 do artigo 754.o, o respectivo fundamento.
2. Tratando-se de despachos ou sentenças orais, reproduzidos no processo, o requerimento de interposição pode ser ditado para a acta.
3. Junto o requerimento ao processo, será indeferido quando se entenda que a decisão não admite recurso, ou que este foi interposto fora de tempo, ou que o requerente não tem as condições necessárias para recorrer. Mas não pode ser



indeferido com o fundamento de ter havido erro na espécie de recurso: tendo-se interposto recurso diferente do que competia, mandar-se-ão seguir os termos do recurso que se julgue apropriado.<sup>1</sup>

Ademais, desde o advento do decreto 21.287 de 1932, alterando o CPC Português de 1876, já havia proibição no sentido do juiz indeferir o recurso por entender que outro seria o competente. Neste caso deveria o magistrado mandar seguir nos termos do recurso que julgava competente.<sup>2</sup>

O princípio da fungibilidade recursal ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio da previsão expressa contida no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939 que dispunha: “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.”.

Após a criação de um novo Código de Processo Civil, em 1973, o legislador entendeu desnecessário manter a referida previsão, uma vez que, na visão do legislador, o novo Código não deixava dúvida objetiva acerca do recurso apropriado.

Entretanto, o código vigente, embora menos confuso que o anterior, também possui dúvidas capazes de fazer com que os operadores do direito cometam equívocos no momento da interposição dos recursos.

Apesar do princípio da fungibilidade não estar positivado expressamente no nosso ordenamento jurídico, ele encontra correspondência no Princípio da instrumentalidade das formas, que está consagrado nos artigos 154, caput e 244, ambos do CPC. Dessa forma, trata-se de um princípio jurídico implícito, que deriva do princípio da instrumentalidade das formas.

O princípio da instrumentalidade das formas é de fundamental importância para proporcionar uma maior dinâmica ao sistema processual, evitando-se o excesso de

<sup>1</sup> NERY, Nelson Junior. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 141.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 140.



formalismo e privilegiando a finalidade do ato. Assim, reconhece-se que mesmo sendo importante a observância das formas para garantir a regularidade procedimental, o aspecto formal deve ceder ao sentido teratológico, desde que não tenha advindo, do erro de forma, nenhum prejuízo para as partes.

Logo, apesar da ausência de norma explícita a respeito do princípio da fungibilidade recursal, é pacífico na doutrina o reconhecimento de sua existência.

Nesse sentido é o entendimento de Guilherme Freire de Barros Teixeira: “Não obstante o Código de Processo Civil de 1973 não tenha reproduzido o dispositivo da lei revogada, o princípio da fungibilidade tem aplicação ainda hoje, tratando-se de um princípio implícito, decorrente da instrumentalidade das formas.”<sup>3</sup>

No mesmo sentido, de defender a aplicação da fungibilidade mesmo diante da ausência de previsão expressa, Barbosa Moreira afirma que:

a solução não repugna ao sistema do novo Código, que não leva a preocupação do formalismo a ponto de prejudicar irremediavelmente o interesse substancial das partes por amor ao tecnicismo. Se o erro de forma não torna inaproveitável a própria ação, menos ainda a escolha de for a imprópria para impugnar determinada decisão tornará inaproveitável o recurso<sup>4</sup>

A professor Rita de Cássia Vasconcelos sustenta que “os princípio são normas jurídicas de caráter geral, que não precisam estar positivadas. Não é exigida a previsão legal expressa para que os princípio tenha validade e eficácia; eles decorrem do próprio sistema jurídico”.<sup>5</sup>

Dessa forma, constata-se que, diversas vezes, a própria legislação deixa dúvidas a respeito do recurso adequado ao pronunciamento judicial que se quer impugnar, o que fez com que a ideia da fungibilidade mantivesse a importância, ainda que não prevista

<sup>3</sup> TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

<sup>4</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo cautelar. Estudos sobre o novo código de processo civil, apud: Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos. *Princípio da Fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

<sup>5</sup> VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *Princípio da Fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

expressamente.

Assim, o princípio da fungibilidade, que é reconhecido doutrinariamente, consagra, a possibilidade da parte interpor um recurso que não seja o adequado para aquela decisão de que se recorre.

Contudo, para que esse recurso seja recebido é necessário o preenchimento de alguns requisitos, que serão oportunamente analisados.

## **2 CONCEITO DE FUNGIBILIDADE E FINALIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE**

Fungibilidade significa a qualidade de poder ser substituída por outra coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Segundo o dicionário jurídico, fungível é derivado do latim *fungibilis*, de fungir, cumprir, satisfazer, entende-se, no conceito jurídico, tudo que possa ser substituído. Embora fungível se mostre na acepção de consumível porque tem sentido de referir-se ao que satisfaz ou cumpre suas funções, na técnica jurídica eles se distinguem, notadamente quando se refere às coisas.<sup>6</sup>

Conforme o art. 85, do Código Civil de 2002, são bens fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.<sup>7</sup>

Logo, para o Direito Material, fungibilidade significa substitutividade, ou possibilidade de troca.

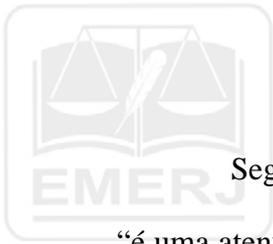
Consagrado no meio processual, o princípio da fungibilidade indica que um recurso, mesmo sendo incabível para atacar determinado tipo de decisão, pode ser considerado válido.

Assim, recurso fungível é aquele que pode ser trocado por outro, em determinadas hipóteses, desde que preenchidos alguns requisitos, que serão estudados adiante.

---

<sup>6</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 646.

<sup>7</sup> BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 85, do Código Civil Brasileiro.



Segundo Rita de Cassia Corrêa de Vasconcelos, o princípio da fungibilidade recursal “é uma atenuação de diversos outros princípios, num abrandamento das respectivas regras, na medida em que autoriza o recebimento de um recurso por outro, proporcionando o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra uma única decisão judicial.”<sup>8</sup>

Com efeito, o Código de Processo Civil privilegia o respeito às formalidades procedimentais, porém, o nosso sistema processual, embora discipline quais as situações que ensejarão os tipos de processos e suas respectivas formas, apresenta dispositivos que suavizam o seu rigorismo, com objetivo de resolver a lide posta e facilitar que a efetiva prestação jurisdicional.

O formalismo objetiva dar segurança e efetividade às relações jurídicas já aperfeiçoadas. Diante dessa realidade, o princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais evitam que a finalidade do ato seja substituída pela formalidade do mesmo.

A fungibilidade, como já mencionado no capítulo anterior, é um desdobramento do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, porque tem como objetivo manter o ato que em seu conteúdo atingiu a sua finalidade.

Assim, a flexibilidade do procedimento às exigências da causa é fundamental para a melhor consecução dos seus fins, em uma perspectiva instrumentalista do processo.

Nesse sentido Fred Didier, mencionando Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, diz que:

A flexibilidade do procedimento às exigências da causa é, no entanto, fundamental para a melhor consecução dos seus fins, em uma perspectiva instrumentalista do processo, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *Princípio da Fungibilidade*: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

<sup>9</sup> DIDIER, Fredie Souza Junior. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo*: adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2986>>. Acesso realizado em 23/08/2015.



Assim, a aplicabilidade do princípio implícito da fungibilidade deve ser aceita, desde que os requisitos para uma satisfatória prestação jurisdicional estejam satisfeitos, no âmbito processual.

Contudo, não se pode admitir a aplicação do princípio da fungibilidade a qualquer título, para salvar erros cometidos no curso processual, uma vez que não se admite erros absurdos nem se ameniza efeitos da preclusão e demais disposições expressas em lei.

Ademais, deve haver o cuidado na aplicabilidade do princípio da em análise para que a sua incidência não resulte em conflito com outros preceitos processuais, como por exemplo, o princípio da singularidade recursal, dentre outros outros, evitando-se o conflito de princípios.

Assim, a aplicação do princípio da fungibilidade requer boa-fé e tem de se coadunar com as exigências doutrinárias e jurisprudenciais. Esse princípio serve para mitigar o rigor do requisito chamado adequação, e não para admitir a qualquer pretexto, o recebimento de um recurso pelo outro.

Para evitar subjetivismos, a doutrina e a jurisprudência pátria vêm criando requisitos para afastar a má-fé, quais sejam: a existência de dúvida objetiva, a ausência de erro grosseiro e a tempestividade.

A dúvida objetiva consiste em situações que ensejem dúvidas concretas, sendo hipóteses de controvérsia doutrinária e jurisprudencial. O erro grosseiro consiste em situações atécnicas, ou seja, quando há interposição de um recurso no lugar do outro, afrontando a lei e a jurisprudência. Por fim, a tempestividade se refere à observância do prazo recursal cabível.

### **3 REQUISITOS E MITIGAÇÕES À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA**

Ao ter expressamente reconhecido a fungibilidade recursal, no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939, o legislador excepcionou sua aplicação em duas hipóteses, quais



sejam, ausência de erro grosseiro e de má-fé.

A ausência de erro grosseiro era interpretada como sendo a existência de uma situação de dúvida que justificasse o equívoco da parte recorrente, evolução essa da qual resultou a ideia hoje bastante difundida de que a fungibilidade se aplica às situações de dúvida objetivamente verificável junto ao sistema jurídico.

Por sua vez, a má-fé era associada à ideia da utilização do princípio para o fim de admitir recurso intempestivamente interposto. Assim, para demonstrar a ausência de má-fé, o recurso interposto necessitava ter sempre um prazo maior ou igual ao prazo do que o tido como correto.

Por se tratarem de requisitos que demandavam a interpretação de conceitos vagos, a norma da fungibilidade, dentro daquela sistemática, era realmente um princípio e não uma regra, sendo aplicada na maior medida possível, conforme a análise havida em cada caso concreto.

Diante da ausência de previsão do mencionado princípio no Código de Processo Civil atualmente vigente, a jurisprudência, além de expressamente o admitir no ordenamento jurídico, estabeleceu os requisitos para sua aplicação.

No julgamento do Recurso Especial 1.330.172/MS, o STJ dispôs que os requisitos necessários para a aplicação do princípio em análise são: a ausência de erro grosseiro; a ausência de má-fé do recorrente; e a tempestividade do recurso cabível.

No que tange aos requisitos, a aplicação do princípio da fungibilidade norteia-se pela ausência de erro grosseiro e de má-fé do recorrente, desde que respeitada a tempestividade do recurso cabível

Pode-se dizer que haverá erro grosseiro sempre que não houver dúvida objetiva, ou, em outras palavras, quando (i) a lei for expressa ou suficientemente clara quanto ao cabimento de determinado recurso e (ii) inexistirem dúvidas ou posições divergentes na doutrina e na jurisprudência sobre qual o recurso cabível para impugnar determinada decisão.<sup>10</sup> Assim, não se admite a interposição de um recurso por outro se a dúvida decorrer única e exclusivamente da interpretação feita pelo próprio recorrente do texto legal, ou seja, se se tratar de uma dúvida de caráter subjetivo.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.330.172/MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento em 11/03/2014. Disponível em:



A dúvida objetiva pode ser positiva ou negativa. Será positiva sempre que decorre da divergência que a doutrina e a jurisprudência possuem a respeito de determinado meio processual. Será negativa quando decorre da falta de informação sobre certo meio processual, lacuna informativa essa que também pode provocar dúvida a respeito da caminho a ser utilizado pelo operador do direito.

Há ainda uma terceira ordem de dúvida que merece atenção, que são aquelas oriundas de pronunciamentos incorretos por parte do magistrado. Em tais hipóteses a jurisprudência tem afastado a existência de erro grosseiro e má-fé, para admitir a aplicação do princípio da fungibilidade.

Nesse sentido, foi o entendimento do STJ, no julgamento do Recurso Especial 898.115/PE, que admitiu a aplicação do princípio em comento em uma hipótese em que o magistrado induziu a erro quanto a interposição do recurso equivocado. Tal decisão merece ser transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO AO INVÉS DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ E ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APLICABILIDADE.

1. É possível sanar o equívoco na interposição do recurso pela aplicação do princípio da fungibilidade recursal, se inócidente erro grosseiro e inexistente má-fé por parte do recorrente, além de comprovada a sua tempestividade.

2. Informa o acórdão recorrido que o recorrente interpôs recurso de agravo de instrumento em situação em que o juiz de 1º grau determinou o arquivamento, com baixa na distribuição, situação em que seria cabível a apelação. Ocorre, entretanto, que ao apreciar os embargos declaratórios opostos pelo ora recorrente contra a decisão terminativa, denominada de "despacho", o próprio juiz de 1º grau o induziu a erro, no que consignou que: "a irrisignação dos autores traz ínsito o escopo de reforma do decisório, vertendo-se, pois, contra os próprios argumentos de direito abraçados em sua fundamentação, insurgência que não cabe na estreita via declaratória, havendo de conformar-se ao recurso cabível, precisamente o de agravo de instrumento" (fl. 275).

3. A indução à interposição de recurso equivocado pelo próprio órgão recorrido, aliada ao prazo mais exíguo do agravo de instrumento, quando em comparação com a apelação, afasta a suspeita de má fé e o erro grosseiro, permitindo a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

4. Recurso especial provido. (RESP 898.115/PE. Ministro Teori Zavasky. Primeira Turma. Julgamento em 03/05/2007).<sup>11</sup>

---

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24988802/recurso-especial-resp-1330172-ms-2012-0061580-6-stj/inteiro-teor-24988803>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 898.115/PE. Relator: Ministro Teori Zavasky. Primeira Turma. Julgamento em 03/05/2007. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8935617/recurso-especial-resp-898115-pe-2006-0237558-5/inteiro-teor-14103511>>. Acesso realizado em 05/09/2015.



O erro grosseiro consiste na interposição de recurso que não encontra amparo legal, violando o ao princípio da taxatividade.

Nesse sentido cabe destacar o entendimento do STF, no julgamento no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 821.490/SP.

A apresentação de simples petição, como na espécie, configura erro grosseiro, não se admitindo, ao menos, a invocação do princípio da fungibilidade, incidente apenas nas hipóteses de dúvida objetiva, o que não é o caso. Há certeza sobre o recurso cabível na espécie e sobre os efeitos dele decorrentes. Não se revela admissível “agravo regimental” contra acórdão emanado de órgão colegiado (Turma ou Plenário) do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Tratando-se de erro grosseiro, mostra-se inaplicável o princípio da fungibilidade recursal.<sup>12</sup>

Ressalte-se que a preocupação da jurisprudência é a possibilidade da exceção fungibilidade, tornar-se regra, subvertendo-se a ordem do sistema processual. Nesse sentido, cabe destacar a decisão do STJ no julgamento do Embargos de declaração no Agravo Regimental em Mandado de Segurança 23605MG:

O princípio da fungibilidade recursal deve ser aplicado com parcimônia, sob pena de comprometer-se o sistema recursal previsto no Código de Processo Civil, principalmente quando há erro grosseiro na escolha do recurso cabível.<sup>13</sup>

Com efeito, esse requisito está diretamente relacionado à dúvida objetiva, pois inexistindo erro grosseiro, certamente estamos diante de dúvida objetiva, e conseqüentemente, escusável.

Dessa forma, embora seu reconhecimento na doutrina e jurisprudência seja praticamente unânime, tal requisito deve ser dispensável em face da já presente exigência de dúvida objetiva. Repita-se que demonstrada a dúvida objetiva, é descabido falar em erro grosseiro.

O mais instigante dos requisitos para a aplicação do princípio em análise é a ausência de má-fé que se relaciona com a tempestividade, motivo pelo qual serão tais requisitos

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Rg. no Ag.Rg. no RE com Agravo n. 821.490/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 25/02/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/171812183/andamento-do-processo-n-821490-do-dia-06-03-2015-do-stf>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 23605 AgE-ED/MG. Relatora: Ministra Ellen Grace. Julgamento em 21/09/2005. Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;ms:2005-09-21;23605-3685473>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

abordados com maior detalhamento.

Como já mencionado anteriormente, o Código de Processo Civil de 1939, positivou a má-fé como um dos requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Em razão da imprecisão e subjetividade desse requisito, os aplicadores do direito, buscando sua objetivação, acordaram que presumir-se-ia a má-fé do recorrente quando, na dúvida, interpusessem o recurso de maior prazo.

Como já exposto, a doutrina e a jurisprudência entendiam que a interposição no menor prazo era um indício razoável de que o de boa-fé do recorrente, desde que ausente o erro grosseiro. O fundamento era o de que, se o recurso adequado fosse o de menor prazo do que aquele efetivamente interposto, ter-se-ia operado a preclusão, circunstância que inviabilizaria a aplicação do instituto da fungibilidade recursal.

Após o advento do Código de Processo Civil de 1973, a maioria da jurisprudência manteve o entendimento de que esse requisito seria fundamental para a aplicação da fungibilidade.

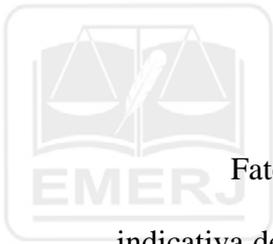
Nesse sentido cabe destacar a decisão do STJ no julgamento do Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo 1364118/MT:

Não incide o princípio da fungibilidade em caso de ausência de qualquer dos requisitos a que se subordina, quais sejam: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo do que deveria ter sido apresentado.<sup>14</sup>

Com efeito, a análise dos requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade conforme entendimento dos Tribunais Superiores, inviabiliza a utilização do princípio, motivo pelo qual grande parte dos doutrinadores vêm se convencendo, gradualmente, da impropriedade dessas exigências, afirmando a necessidade de que os Tribunais revejam o tradicionalmente esses requisitos, principalmente o da da tempestividade.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agrg no Ag n. 1.364.118/MT. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento em 05/04/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18805672/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-agrg-no-ag-1364118-mt-2010-0203972-1>>. Acesso realizado em 05/09/2015.



Fato é que que o prazo para a interposição do recurso não pode ser considerada indicativa de má-fé. Em primeiro lugar, porque a presunção do sistema é sempre a de boa-fé, nunca o contrário. Assim, exigir que o recorrente demonstre sua boa-fé é subverter a lógica do direito. Em segundo lugar, dispõe a legislação processual de outros meios mais objetivos e eficientes de sancionar atos de má-fé que não o não conhecimento da demanda em virtude do prazo.

Em sentido contrário ao entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, Teresa Arruda Alvim Wambier leciona que a boa-fé do recorrente induz ao mesmo a interpor o recurso no prazo do que entende ser adequado, ainda que este seja o de maior prazo:

Não nos parece coerente essa afirmação, pois o recorrente de boa-fé, que está sincera e intimamente convencida de que o recurso cabível é o de prazo maior, neste prazo maior, evidentemente, há de interpô-lo. De fato, interpor o recurso, ainda que não o mais correto, no prazo que a lei prevê, na verdade poderia até ser indício de boa-fé. O tema deve ser examinado em face da própria amplitude e significação do princípio da fungibilidade. A fungibilidade não admitiria que se trocasse integralmente um recurso por outro e, pois, também, o próprio prazo? Se assim não for, estar-se-ia negando a própria existência do princípio da fungibilidade.<sup>15</sup>

Alexandre Câmara também se opõe ao entendimento dos Tribunais Superiores, aduzindo que na existência da dúvida objetiva devem ser analisados os requisitos de admissibilidade do recurso efetivamente interposto e não os do recurso que o magistrado entende adequado. Nesse sentido dispõe:

Importante notar, por fim, que a dúvida objetiva alcança não só o mens iuris do remédio a ser utilizado, mas também os seus requisitos de admissibilidade, inclusive quanto ao prazo. Assim, por exemplo, no caso de ter interposta apelação no lugar de agravo, não se pode aplicar o princípio da fungibilidade para, posteriormente, se considerar o recurso inadmissível por intempestividade. A aplicação do princípio da fungibilidade leva a que se admita a via utilizada. Desde que presentes os seus próprios requisitos de admissibilidade (e não os requisitos da outra via, que não foi empregada).<sup>16</sup>

Ressalte-se que a aplicação do mencionado requisito inviabiliza a aplicação do princípio da fungibilidade, pois havendo dúvida objetiva, temos que exigir que a parte interponha um recurso dentro do prazo indicado para aquele que considerou o recurso

<sup>15</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; MEDINA, J. M. G. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 384.

<sup>16</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. 2, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 76.



adequado, entendimento contrário é negar a própria existência do princípio da fungibilidade.

Importante mencionar que o STJ já mitigou a própria regra estabelecida quanto ao requisito da tempestividade para aplicação do princípio da fungibilidade, no julgamento do Recurso Especial 16.978/SP e admitiu um recurso interposto fora do prazo do recurso próprio, com fundamento na prevalência do princípio do duplo grau de jurisdição e aplicação da antiga teoria do recurso indiferente. Cabe destacar parte do julgado:

Se a jurisprudência ainda não tornou perfeitamente uniforme, o erro pode apresentar-se escusável e assim ser revelado, ainda que o recurso impróprio haja sido interposto após findo o prazo assinada para o recurso próprio. Prevalência da regra maior do duplo grau de jurisdição, e aplicação da antiga teoria do ‘recurso indiferente’, consagrada no CPC de 1939, artigo 810, nos casos de ausência de má-fé e de erro grosseiro. Fungibilidade recursal aceita na sistemática vigente do Código processual civil.<sup>17</sup>

Com efeito, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal sempre foi uma manifestação de desvio de perspectiva, o que impede a aplicação do mencionado princípio. Ao “receber um recurso como se fosse outro”, o que o Estado-Juiz faz, a rigor, não é considerar os recursos fungíveis, mas conversíveis.

Frise-se que o princípio que se está objetivando aplicar não é o “princípio da conversibilidade”, mas o da fungibilidade. Fungível, como já mencionado, é o que pode ser substituído por outro. Assim, por exemplo, ao receber uma apelação como agravo, ou vice-versa, não se está a substituir um recurso pelo outro, mas sim convertendo um recurso no outro, e não é isso que se trata a aplicação do princípio da fungibilidade.<sup>18</sup>

Aplicar o princípio da fungibilidade é admitir o recurso interposto, ainda que não seja o adequado, no lugar do que deveria ter sido ajuizado, desde que esteja ausente o erro grosseiro. Assim, o recurso inadequado não deve ser convertido no adequado, e sim deve ser julgado pelo procedimento previsto para aquela espécie recursal.

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 16.798/SP. Relator: Ministro Athos Carneiro. Quarta Turma. Julgado em 20/11/1992. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199100244783&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em 05/09/2015.

<sup>18</sup> CÂMARA, op. cit., p. 75.



## CONCLUSÃO

Inicialmente pensado com o objetivo de mitigar o formalismo legislativo e processual, atenuando imprecisões do sistema e evitando que as partes viessem a ser prejudicadas pela interposição de recursos considerados impróprios pelos aplicadores do direito, naquelas tantas hipóteses duvidosas, o princípio da fungibilidade recursal encontrou em sua concretização um obstáculo quase intransponível.

Apesar de não estar positivado no ordenamento jurídico vigente, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que o referido princípio tem aplicabilidade atualmente, restando superada a polêmica de sua existência na ordem jurídica.

Em razão da ausência de sua positivação, a jurisprudência criou requisitos para a sua aplicação, quais sejam, a existência de dúvida objetiva, ausência de erro grosseiro e de má-fé e tempestividade. Ressalte-se que esses requisitos apresentam contornos excessivamente rígidos, que acabam por inviabilizar a consecução do seu objetivo.

Com efeito, é de extrema importância a ponderação de alguns princípios, como forma a delimitar o conteúdo do da fungibilidade recursal. De um lado, deve ser observado o princípio da unicidade recursal, bem como o respeito à lógica dos recursos; de outro, os princípios da instrumentalidade das formas e economia processual. Deve prevalecer, pois, uma interpretação sistemática e teleológica dos institutos propostos.

Diante do exposto, resta evidente que a previsão de dúvida objetiva quando da interposição do recurso é um requisito necessário decorrente da indicada ponderação. A sua finalidade é impedir que a parte seja prejudicada em virtude de imprecisões do sistema que ocasionem dúvidas intransponíveis, não podendo ser vista como um artifício de proteção de erros individuais. Por essa razão, em respeito à minuciosa organização instituída, não pode sua aplicação ser irrestrita e imoderada.

Ademais, como já mencionado oportunamente, o requisito da inexistência de erro



grosseiro é decorrência implícita e lógica da existência de dúvida objetiva, razão pelo qual o melhor entendimento é no sentido de que seja dispensável tal requisito.

Resta, por fim, a questão da tempestividade associada à má-fé. Como já disposto, a forma como vem sendo interpretada a aplicação dos mencionados requisitos pelos Tribunais Superiores não deve prosperar, sob pena de se estar afastando a aplicação do princípio da fungibilidade.

Diante do exposto, deve ser realizada uma abordagem alternativa de modo a compatibilizar devidamente os princípios em conflito. Assim, a aplicação da fungibilidade recursal deve se dar exclusivamente em função de um único requisito, qual seja, a existência de dúvida objetiva.

Demonstrada a divergência atual entre parte da doutrina e a jurisprudência recente, o benefício da fungibilidade não pode ser negado, sob pena de tornar-se letra morta.

Assim, privilegia-se a substância em detrimento da forma, concretizando o objetivo para o qual fora instituído, e dá-se verdadeira estima ao princípio da economia processual. Em consequência, excepciona-se, diante da situação de imperfeição inerente à atividade humana, o rigor formal dos institutos recursais, bem como a unirecorribilidade.

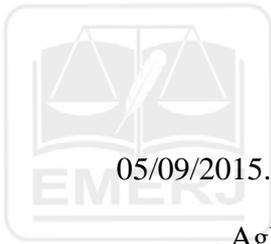
Dessa forma, o processo efetivamente poderá atingir seu escopo maior, hoje pouco considerado pelos Tribunais, qual seja, a pacificação social.

## REFEFÊNCIAS

BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 85, do Código Civil Brasileiro.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.330.172/MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento em 11/03/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24988802/recurso-especial-resp-1330172-ms-2012-0061580-6-stj/inteiro-teor-24988803>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

\_\_\_\_\_. REsp n. 898.115/PE. Relator: Ministro Teori Zavasky. Primeira Turma. Julgamento em 03/05/2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8935617/recurso-especial-resp-898115-pe-2006-0237558-5/inteiro-teor-14103511>>. Acesso realizado em



05/09/2015.

\_\_\_\_\_. AgRg no Agrg no Ag n. 1.364.118/MT. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento em 05/04/2011. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18805672/agravo-regimental-no-agravoregimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-agrg-no-ag-1364118-mt-2010-0203972-1>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

\_\_\_\_\_. REsp 16.798/SP. Relator: Ministro Athos Carneiro. Quarta Turma. Julgado em 20/11/1992. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199100244783&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em 05/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Rg. no Ag.Rg. no RE com Agravo n. 821.490/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 25/02/2015. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/171812183/andamento-do-processo-n-821490-do-dia-06-03-2015-do-stf>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

\_\_\_\_\_. MS n. 23605 AgE-ED/MG. Relatora: Ministra Ellen Grace. Julgamento em 21/09/2005. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;ms:2005-09-21;23605-3685473>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 2, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER, Fredie Souza Junior. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2986>>. Acesso realizado em 23/08/2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; MEDINA, J. M. G. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY, Nelson Junior. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *Princípio da Fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



**COISA JULGADA PROGRESSIVA  
O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES  
ACERCA DO TRÂNSITO EM JULGADO DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA NÃO  
IMPUGNADOS**

**Marcus Vinicius Vieira Miguel**

Graduado pela UFF – Universidade Federal Fluminense. Advogado. Pós-Graduando pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Resumo:** A função primordial da atividade jurisdicional é pacificar os conflitos de interesses existentes na sociedade. Nesse contexto, a Coisa Julgada assume relevante função, por conferir a imutabilidade do provimento jurisdicional, bem como funcionar como termo inicial do prazo da Ação Rescisória, meio para sua relativização. Assim, é necessário que se determine o momento de efetiva ocorrência do fenômeno da Coisa Julgada, tema que ainda possui divergências nos posicionamentos dos Tribunais Superiores, sobretudo no que tange ao Trânsito em Julgados dos Capítulos de Sentença não Impugnados. Tal fenômeno recebe o *nomen iuris* de Coisa Julgada Progressiva.

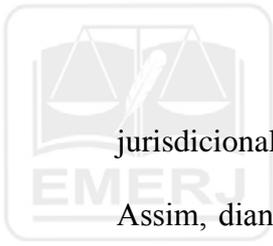
**Palavras-Chave:** Direito Processual Civil. Sentença. Capítulos de Sentença. Recursos. Coisa Julgada. Trânsito em Julgado. Coisa Julgada Progressiva. Jurisprudência Tribunais Superiores. STF/STJ.

**Sumário:** Introdução. 1. Coisa Julgada, Recursos Parciais e Capítulos de Sentença. 2. Capítulos de Sentença, Coisa Julgada Progressiva e Tribunais Superiores. 3. Coisa Julgada Progressiva e o NovoCPC. Conclusão. Referências

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto trabalhar a questão da admissibilidade da Coisa Julgada Progressiva, sobretudo no que tange ao posicionamento jurisprudencial adotado pelos Tribunais Superiores, STJ e STF.

A Coisa Julgada é instituto de máxima relevância para o Direito e para a administração da Justiça, eis que a pacificação dos conflitos, escopo primordial da atividade



jurisdicional, só é efetivamente alcançada quando a decisão não mais pode sofrer alterações. Assim, diante da possibilidade dos denominados “recursos parciais”, surge a questão acerca do momento do Trânsito em Julgado dos Capítulos de Sentença não Impugnados pela irresignação recursal. No entanto, o STF e o STJ apresentam entendimentos contrapostos no que tange ao momento em que se consolida a Coisa Julgada na hipótese vertente, o que implica em insegurança jurídica, já que o ideal é a uniformidade das decisões prolatadas desde o Juízo de Primeiro Grau até a máxima instância jurisdicional. Ademais, conforme se adote uma ou outra corrente para a resolução desta problemática, a repercussão ocorrerá em situações tais quais a viabilidade de execução provisória da parcela não impugnada, assim como no atinente ao prazo e competência para ajuizamento da Ação Rescisória.

Para a melhor compreensão do tema, buscar-se-á trabalhar, em primeiro lugar, com uma breve delimitação do que se entende por ‘Coisa Julgada’, ‘Decisão Objetivamente Complexa’ e por ‘Capítulos de Sentença’. Na sequência, adentrar-se-á na temática dos recursos, mais precisamente dos Efeitos Recursais, para uma melhor reflexão acerca das consequências de um recurso parcial, dos limites dos Efeito Devolutivo e Suspensivo e sua influência no Trânsito em Julgado das Decisões Complexas.

Far-se-á, então, uma análise jurisprudencial acerca das teses jurisprudencialmente acolhidas pelos Tribunais Superiores, tarefa que se mostra necessária em virtude de o STJ e o STF adotarem entendimentos divergentes sobre o tema, o que dificulta seja alcançada a pacificação da controvérsia ora suscitada, trazendo insegurança ao Ordenamento Jurídico.

Por fim, tendo em vista o advento do NovoCPC – Lei 13.105/15 – faz-se mister analisar o tratamento dispensado à questão da Coisa Julgada Progressiva, buscando esclarecer ‘se’ e, eventualmente, ‘como’ foi regulamentada a matéria.

Assim, o principal objetivo é esclarecer o tratamento dispensado pelos Tribunais Superiores, buscando a justificativa para a divergência entre os entendimentos sustentados.



A pesquisa se realizará seguindo metodologia bibliográfica, de cunho descritivo qualitativo e parcialmente exploratório.

## **1.: COISA JULGADA, RECURSOS PARCIAIS E CAPÍTULOS DE SENTENÇA**

A atividade jurisdicional tem por escopo pacificar o conflito de interesses levado a Juízo, o que só é possível uma vez que a decisão prolatada torne-se imutável. Tal condição é obtida apenas quando alcançada a Coisa Julgada e sua relevância é tamanha que goza do status de Garantia Fundamental. Nesse sentido, a previsão constitucional insculpida no art.5º, XXXVI, de que nem mesmo a Lei nova prejudicará a Coisa Julgada que se forme sob a égide da normativa anterior.

A definição de Coisa Julgada pode ser encontrada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>1</sup>, outrora denominada Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

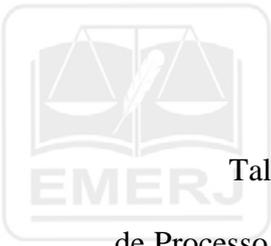
§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

De forma complementar, o Código de Processo Civil<sup>2</sup>, em seu art.467, acresce que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Cabe mencionar o deslize na previsão do CPC, vez que o fenômeno alcança não apenas a sentença, mas também as decisões proferidas em grau recursal, os Acórdãos.

---

<sup>1</sup> BRASIL, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei 4657, de 4 de setembro de 1942, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>, acessado em 07/04/2015.

<sup>2</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>, acessado em 07/04/2015.



Tal deslize foi sanado com o advento da Lei 13.105/15, que institui o Novo Código de Processo Civil<sup>3</sup>, uma vez que a nova redação foi mais técnica ao referir-se à Coisa Julgada como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, teor do art. 502, dispositivo correspondente ao supracitado art.467 do CPC/73.

Note-se que a irrecorribilidade da decisão, apontada nos referidos diplomas normativos, não depende do exaurimento das vias recursais. Pode decorrer, também, da simples não interposição do recurso cabível ou do assentimento com a decisão prolatada, implicando, respectivamente, nas preclusões temporal e lógica.

Neste ponto, cabe abordar a temática dos Capítulos de Sentença, o que implica na possibilidade de interposição de recurso parcial. Tais pontos, juntamente com o estudo dos efeitos da interposição dos recursos, são fundamentais para a adequada compreensão do que se denomina Coisa Julgada Progressiva.

A sentença, embora represente uma decisão una, é uma decisão juridicamente complexa, eis que através dela o magistrado se manifesta acerca de uma série de pontos jurídico-processuais que devem ser claramente delimitados para a máxima eficácia do provimento jurisdicional. Tais pontos abrangem não apenas o exame do Mérito propriamente dito, mas também questões preliminares e prejudiciais, bem como custas processuais, honorários advocatícios, entre outras. Tal complexidade não se restringe às sentenças, existindo, também, quando da prolação de Acórdãos.

Diante desta multiplicidade de manifestações no provimento decisório, surgiu a noção de ‘Capítulos de Sentença’, já tendo sido objeto de teorias desenvolvidas por Chiovenda, Carnelutti, Liebman, entre outros.

---

<sup>3</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>, acessado em 24/08/2015.



Na doutrina brasileira, merece destaque o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco<sup>4</sup>, que afirma ser:

[...] uma unidade elementar autônoma, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outras. Nesse plano, a autonomia dos diversos capítulos de sentença revela apenas uma distinção funcional entre eles, sem que necessariamente todos sejam portadores de aptidão a constituir objeto de julgamentos separados, em processos distintos e mediante mais de uma sentença: a autonomia absoluta só se dá entre os capítulos de mérito, não porém em relação ao que contém julgamento da pretensão ao julgamento deste (capítulo que aprecia preliminares). Na teoria dos capítulos de sentença, autonomia não é sinônimo de independência, havendo capítulos que comportariam julgamento em outro processo e também, em alguns casos, um capítulo que não o comportaria (o que rejeita preliminares).

Alexandre Câmara<sup>5</sup> esclarece que “cada decisão contida na sentença é um capítulo desta. A sentença será, sempre, formalmente una, ainda que nela sejam proferidas diversas decisões. Haverá, então, uma sentença em capítulos”.

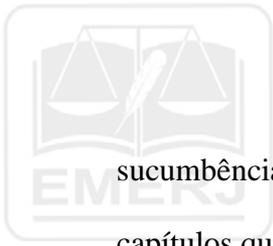
Uma vez prolatada a sentença, abre-se a oportunidade para que o sucumbente apresente sua irresignação, através da interposição do recurso cabível. A abrangência do recurso é restrita, porém, aos limites da sucumbência suportada pelo recorrente quando da decisão recorrida.

Diante da autonomia entre os capítulos de sentença, abre-se a possibilidade de que haja interposição do chamado recurso parcial, atacando não a integralidade da decisão judicial *a quo*, mas apenas os capítulos contra os quais o recorrente esteja insatisfeito e deseje a reapreciação pela instância *ad quem*.

Assim, Daniel Assumpção<sup>6</sup>, ao tratar dos recursos totais e parciais afirma que “[...] o recurso total é aquele que impugna a totalidade dos capítulos da decisão que geraram

<sup>4</sup> DINAMARCO *apud* CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris., 2010, p.466.

<sup>5</sup> CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris., 2010, p.466.



sucumbência à parte, enquanto recurso parcial é aquele no qual somente um, ou alguns dos capítulos que geraram sucumbência são objeto de recurso [...]”.

Uma vez que haja interposição de recurso parcial, apenas sobre os capítulos impugnados incide a produção de efeitos da impugnação.

Dentre os mais variados efeitos inerentes à interposição recursal, além dos exaustivamente trabalhados em doutrina efeitos suspensivo e devolutivo, pode-se enumerar uma série de outros, tais quais os efeitos translativo, expansivo, substitutivo, regressivo e diferido. Ao tema, porém, é de relevante interesse a pontuação do denominado efeito obstativo.

Como o próprio nome indica, o efeito obstativo tem o condão de impedir que ocorra a preclusão da decisão judicial impugnada e, via de consequência, obsta a formação da Coisa Julgada Material.

Novamente através de lições de Daniel Assumpção<sup>7</sup> “[...] doutrina majoritária com razão aponta que o ingresso de qualquer recurso impede a geração de preclusão temporal, com o conseqüente trânsito em julgado, que somente se verificará após o devido julgamento do recurso”.

Desta forma, em caso de interposição de recurso parcial, manifesta-se a preclusão dos capítulos de sentença não recorridos, mantendo-se o regular trâmite processual inerente à apreciação da matéria integrante dos capítulos de sentença recorridos.

Discute-se, então, a real natureza da preclusão ocorrida e que atinge os capítulos de sentença não impugnados.

Ao fenômeno, dá-se o nome de Coisa Julgada Progressiva, que guarda controvérsia no tratamento pelos Tribunais Superiores, como se verá adiante.

---

<sup>6</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Método. 2012, p.573.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p.579/580.



## 2.: CAPÍTULOS DE SENTENÇA, COISA JULGADA PROGRESSIVA E TRIBUNAIS SUPERIORES

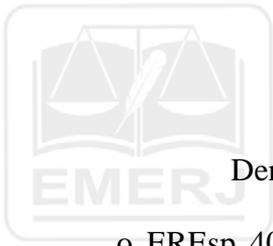
Uma vez esclarecido no que consiste a denominada Coisa Julgada Progressiva, e entendido o *iter* procedimental que implica sua ocorrência, faz-se necessária a abordagem do fenômeno sob o prisma da jurisprudência do STJ e do STF. Não apenas com a finalidade de se apontar o tratamento dispensado pelas Cortes Superiores, mas também em homenagem à sistemática instituída pelo Novo Código de Processo Civil, que busca fortalecer o instituto dos Precedentes Jurisprudenciais.

Em primeiro lugar, cabe mencionar que a matéria não se encontra pacificada pelos Tribunais Superiores. Ao contrário, STJ e STF têm posições não só díspares, mas efetivamente antagônicas, na medida em que os entendimentos são conflituosos e inconciliáveis, como se demonstrará.

O exame jurisprudencial parte da perspectiva do termo inicial para ajuizamento da Ação Rescisória em face de decisões objetivamente complexas, uma vez que tal Impugnação Autônoma tem por pressuposto de cabimento justamente a ocorrência do Trânsito em Julgado.

O Superior Tribunal de Justiça manifesta-se pelo entendimento segundo o qual a decisão somente alcança o *status* de Coisa Julgada uma vez que não mais haja pendência de qualquer recurso interposto contra ela. Assim, embora não seja necessário o exaurimento das vias recursais, todos os recursos efetivamente interpostos contra a decisão devem estar julgados em definitivo, não se sujeitando a alterações.

Nesse sentido, cabe destacar a consolidação de tal posição no âmbito do STJ, sendo objeto da Súmula 401, segundo a qual “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.



Dentre os precedentes citados para a edição de referido verbete sumular encontra-se o REsp 404.777/DF<sup>8</sup>, do ano de 2003, no qual já se discutia a possibilidade ou não do Trânsito em Julgado autônomo dos Capítulos de Sentença, o que demonstra a relevância da questão e o longo debate que existe há tempos.

Entendeu-se, na oportunidade, pela impossibilidade da Coisa Julgada Progressiva. Reconheceu-se a preclusão sucessiva e a Coisa Julgada Formal das decisões não recorridas, sem que, contudo, a situação repercuta como Coisa Julgada Material, alcançada apenas e tão somente com o julgamento definitivo de todas as questões suscitadas na demanda.

Tal julgado restou assim ementado:

Processual Civil. Embargos de divergência no recurso especial. Ação rescisória. Prazo para propositura. Termo inicial. Trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos. CPC, arts. 162, 163, 267, 269 e 495.

- A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide.

- Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial.

- Consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa.

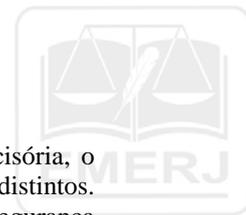
- Embargos de divergência improvidos.

Desde então, a matéria seguiu controvertida. As vozes dissonantes, contudo, não foram capazes de alterar o entendimento sumulado, como se depreende de recente julgado da Corte no REsp 736.650/MT<sup>9</sup>, que, inclusive, consta do Informativo de Jurisprudência 547, de outubro/2014, *in verbis*:

A contagem do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória se inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, ainda que algum dos capítulos da sentença ou do acórdão tenha se tornado irrecorrível em momento anterior. [...] Esse posicionamento leva em consideração que o trânsito em julgado - requisito para o cabimento de ação rescisória - somente se opera no momento em que a decisão proferida no processo não seja suscetível de recurso (art. 467 do CPC).

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 404.777/DF. Relator Min Fontes Alencar. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERESP%27.clas.+e+@num=%27404777%27\)+ou+\(%27ERESP%27+adj+%27404777%27.suce.\)\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clas.+e+@num=%27404777%27)+ou+(%27ERESP%27+adj+%27404777%27.suce.))), acessado em: 30/09/2015.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 736.650/MT. Relator Min Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2714950%27>, acessado em: 30/09/2015.



Dessa forma, não se deve admitir, para fins de ajuizamento de ação rescisória, o trânsito em julgado de capítulos da sentença ou do acórdão em momentos distintos. Entender de modo diverso causaria tumulto processual e indesejável insegurança jurídica para as partes.

Assim, o STJ demonstra consagrada a tese que rejeita a formação progressiva da *res iudicata*. Tem por principal fundamento a premissa de que o Processo e a Sentença nele prolatada são unos e indivisíveis, razão pela qual não se poderia admitir a cisão do conteúdo decisório para que se efetivasse, progressivamente, o trânsito em julgado de elementos da sentença não impugnados.

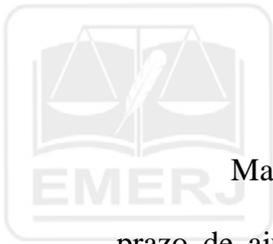
O Supremo Tribunal Federal, porém, tem entendimento diametralmente oposto ao tratar da questão, admitindo a possibilidade de caracterização da Coisa Julgada Progressiva.

Como fenômeno processual, a discussão da Coisa Julgada Progressiva não se exaure na seara cível, tendo repercussão também na esfera penal. Tanto assim que, no julgamento da Ação Penal 470, que ficou conhecida por tratar do Mensalão, em julgamento de Questão de Ordem na sessão de 13/11/2013, o STF admitiu a possibilidade de se iniciar a Execução das condenações não impugnadas por recurso, ainda que houvesse impugnações sobre outros capítulos das sentenças condenatórias. Dessa forma, acolheu expressamente a possibilidade de fracionamento objetivo dos comandos decisórios. Nesse sentido, excertos do Informativo de Jurisprudência 728<sup>10</sup>:

Em seguida, o Plenário resolveu questão de ordem trazida pelo relator para: a) por unanimidade, decretar o trânsito em julgado e determinar a exequibilidade imediata dos capítulos autônomos do acórdão condenatório, não impugnados por embargos infringentes, considerados os estritos limites do recurso; [...] O Ministro Luiz Fux aduziu que as decisões de mérito fariam coisa julgada na medida em que ficassem ao desabrigo dos recursos. [...] O Ministro Celso de Mello ponderou que, nas situações em que houvesse cúmulo material de pedidos ou formação litisconsorcial passiva, seria possível divisar-se a existência de vários capítulos de conteúdo sentencial, a impor o reconhecimento da possibilidade de existir, também no âmbito penal, a formação progressiva da coisa julgada. Nesse sentido, a sentença ou acórdão poderia apresentar capítulos estáveis, que não mais admitiriam a possibilidade de impugnação recursal. Considerou que cada capítulo, portanto, seria dotado de eficácia executiva própria. Asseverou não se cuidar de execução provisória, mas definitiva. Analisou que o STF reconheceria a suspensibilidade dos embargos infringentes apenas quando atacassem a totalidade do acórdão majoritário, mas não quando essa decisão fosse composta por capítulos sentenciais autônomos.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Rel Min Joaquim Barbosa. Questão de Ordem na sessão de 13/11/2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo728.htm>>, acessado em 30/09/2015.



Mais recentemente, no RE 666.589/DF<sup>11</sup>, o STF manifestou-se no sentido de que o prazo de ajuizamento da Ação Rescisória tem início independente para cada Capítulo de Sentença, na medida em que cada um deles alcance o Trânsito em Julgado. Tal decisão consta do Informativo de Jurisprudência 740:

COISA JULGADA – ENVERGADURA. A coisa julgada possui envergadura constitucional. COISA JULGADA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – CAPÍTULOS AUTÔNOMOS. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória.

Esse entendimento vai de encontro ao fixado como paradigma pelo STJ. Vale frisar, ainda, que o supracitado Recurso Extraordinário tem por objeto, justamente, o mesmo caso enfrentado pelo STJ no julgado anteriormente citado, EREsp 404.777/DF, e que serviu de precedente para a edição da referida Súmula 401.

Assim, sem dúvidas, a posição adotada pelo STJ sofre um duro golpe. No entanto, não o suficiente para se afirmar pela superação do paradigma jurisprudencial até então vigente na Casa, uma vez que a edição de Súmula de Jurisprudência exige a caracterização de um entendimento dominante, o que só se alcança a partir de reiteradas decisões, de modo que a reforma de uma delas não descaracteriza a jurisprudência consolidada.

Frise-se, ainda, que predomina em sede doutrinária o entendimento esposado pelo STF, pela admissibilidade da Coisa Julgada Progressiva, em detrimento do posicionamento encontrado na jurisprudência do STJ.

Nesse sentido, por todos, pode ser citado recente artigo de José Rogério Cruz e Tucci<sup>12</sup>, no qual, tomando por base os citados EREsp 404.777/DF e RE 666.589/DF, defende

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 666.589/DF. Rel Min. Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+666589%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+666589%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a6odgfn>>, acessado em 30/09/2015.

<sup>12</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Uma luz no fim do túnel: a inconstitucionalidade da Súmula 401/STJ*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/luz-fim-tunel-inconstitucionalidade-sumula-401stj>>, acessado em 24/08/2015.



a necessidade da superação da Súmula 401/STJ, entendendo-a por inconstitucional ante ao julgamento superveniente pelo STF.

### 3.: COISA JULGADA PROGRESSIVA E O NOVO CPC

Examinadas as teses acolhidas pela jurisprudência do STJ e do STF, não se pode olvidar que o Ordenamento Jurídico nacional passa por um momento de transição, tendo-se em vista que o Novo Código de Processo Civil encontra-se no período de *vacatio legis*. Assim sendo, é necessário buscar referências ao presente tema na nova legislação, procurando refletir acerca de sua repercussão sobre a divergência em exame.

Mesmo que os debates doutrinários se encontrem efervescentes, não se pode negar que ainda passam por um processo de amadurecimento, o que não impede, de forma alguma, a busca pela interpretação crítica dos novos dispositivos legais, bem como da legislação considerada como um sistema uno.

A primeira alteração que merece destaque já foi objeto de exame no Capítulo 1, oportunidade na qual se pontuou a nova redação do art.502<sup>13</sup> do Novo CPC, definindo a Coisa Julgada como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

A modificação vem no sentido de conferir maior rigor técnico, deixando explícito que a Coisa Julgada alcança as decisões de Mérito, independentemente de sua classificação como Sentença.

Questão que merece ser pontuada é a atinente ao Julgamento Antecipado de Mérito. Em primeiro lugar, destacando-se que não se trata de uma alteração, mas sim de uma

---

<sup>13</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>, acessado em 24/08/2015



inovação do Novo CPC, que dedica ao tema a Seção III, do Capítulo X, do Título I, do Livro I, da Parte Especial, assim dispondo o art.356<sup>14</sup>:

### Seção III

#### Do Julgamento Antecipado Parcial do Mérito

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1o A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2o A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3o Na hipótese do § 2o, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4o A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5o A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

Tal instituto, que, repita-se, é inovação do NCPC, possibilita que parcela do Mérito seja julgada antecipadamente, desvinculada da Sentença. O provimento, inclusive, é apto a gerar a Coisa Julgada, podendo ser objeto de Execução Definitiva, nos termos do §3º. A possibilidade de ser acobertada pelo manto da Coisa Julgada vincula-se, também, à alteração da definição do Instituto, como acima mencionado.

Por outro lado, porém, sujeita-se ao Agravo de Instrumento, como meio de impugnação pelo prejudicado, a teor do §5º.

Assim, muito embora resolva parcialmente o Mérito, não pode ser classificada como Sentença. Essa conclusão é alcançada não apenas pela interpretação do recurso manejável contra ela, mas da própria definição de Sentença, presente no art.203 §1º<sup>15</sup>, entendida como “o

<sup>14</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>, acessado em 24/08/2015

<sup>15</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>, acessado em 07/09/2015.



pronunciamento por meio do qual o juiz [...] põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

Esse entendimento, embora majoritário, é criticado por Daniel Assumpção<sup>16</sup>, para quem a natureza do provimento jurisdicional deve ser fruto de seu conteúdo, e não de seus efeitos. Assim, para o doutrinador, seria hipótese evidente de Sentença Parcial de Mérito. Entretanto, o próprio autor reconhece a relutância da doutrina majoritária em reconhecer tal instituto, de modo que a maior parte dos autores prefere falar, então, em Decisão Interlocutória de Mérito.

Não obstante não possa ser classificado como Sentença e, via de consequência, não se trate de Capítulo de Sentença transitado em julgado separadamente, é forçoso se admitir, a partir da exegese do dispositivo, que o NCPC permite, expressamente, o fracionamento do Mérito da causa, que pode ser decidido de forma progressiva durante a demanda, permitindo-se, inclusive, seu Trânsito em Julgado.

Ademais, há que se tecer considerações acerca da sistemática da Ação Rescisória, também apontando para a admissibilidade da cisão do Mérito durante o iter processual.

O primeiro aponte a ser feito sobre a Rescisória trata de uma sucinta alteração da previsão legal, mas que vem no sentido de atender à inovação anteriormente mencionada, o Julgamento Parcial de Mérito. A redação do art.966<sup>17</sup> prevê as hipóteses nas quais “a decisão de mérito transitada em julgado” poderá ser rescindida. O CPC/73 previa, no art.485<sup>18</sup> as hipóteses nas quais “a sentença de mérito transitada em julgado” poderia ser objeto de impugnação rescisória.

A alteração pode ser alvo de duas considerações.

---

<sup>16</sup> NEVES, op.cit., p.493

<sup>17</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>, acessado em 07/09/2015

<sup>18</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>, acessado em 07/09/2015.



A primeira, no sentido de conferir redação mais técnica ao dispositivo, nos moldes anteriormente referidos à Coisa Julgada, de modo que, agora, a redação deixa claro que podem ser impugnados por Rescisória outros provimentos que não estritamente a Sentença. Via de consequência, e aqui aponta-se a segunda consideração, legitima-se a Rescisória em face de decisões de mérito definitivas, mas que não se enquadram no conceito de Sentença, tais quais aquelas provenientes do Julgamento Antecipado Parcial de Mérito, que se entendem por Interlocutórias.

Ademais, no próprio art.966<sup>19</sup>, mas agora no §3º, prevê-se expressamente a possibilidade de que a rescisória tenha por objeto apenas 1 capítulo da sentença, não sendo necessária a impugnação da decisão em seu conteúdo integral. Forçoso concluir, então, que os Capítulos de Sentença gozam de autonomia entre si.

E, se podem ser objeto de superveniente desconstituição da Coisa Julgada em apartado, sem que isso influencie os demais, por que não se admitir o inverso, ou seja, que uns alcancem o Trânsito em Julgado antes que os demais o façam, eis que ainda pendente recurso sobre eles?

Por fim, o art.975<sup>20</sup> do NCPC dispõe que “o direito à rescisão se extingue em 2 anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”. A nova redação altera a anterior, que constava do art.495<sup>21</sup> do CPC/73, segundo a qual “o direito de propor a ação rescisória se extingue em 2 anos, contados do trânsito em julgado da decisão”.

Dessa forma, reconhece-se não apenas a natural multiplicidade de decisões em um mesmo processo, o que é inequívoco diante de interlocutórias, sentença e acórdãos. Reconhece-se, também, a potencial pluralidade de trânsitos em julgado, sendo possível que

---

<sup>19</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>, acessado em 07/09/2015

<sup>20</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>, acessado em 07/09/2015

<sup>21</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>, acessado em 07/09/2015.



duas ou mais decisões alcancem tal condição, em momentos processuais distintos, desde que impugnadas apenas parcialmente.

A partir do exame de tais considerações é possível concluir, então, que o Novo CPC alinha-se à jurisprudência consolidada do STF, reconhecendo a possibilidade de ocorrência da Coisa Julgada Progressiva.

Não obstante tal alinhamento, colhe dos julgados do STJ a tese de que o termo *a quo* para o oferecimento da Ação Rescisória é o momento do Trânsito em Julgado da última decisão proferida no processo.

Assim, é imperioso que se atente para o fato de que, apesar de serem temas muito afins, o reconhecimento da Coisa Julgada Progressiva não se identifica com a determinação do marco inicial do prazo da Rescisória.

Pela normativa do Novo CPC, admite-se expressamente a formação progressiva da Coisa Julgada, sendo o prazo decadencial de propositura da Ação Rescisória deflagrado pelo Trânsito em Julgado da última decisão a transitar em julgado.

## CONCLUSÃO

O conceito de Coisa Julgada Progressiva deve ser compreendido como a possibilidade de gradual consolidação da *res iudicata* nas decisões complexas, aquelas compostas por múltiplos capítulos decisórios, como reflexo da irresignação recursal que não ofereça impugnação integral. Desta forma, os capítulos não recorridos alcançam, desde já, o Trânsito em Julgado, permanecendo o trâmite processual regular quanto aos demais capítulos impugnados pelas partes.

Tal possibilidade, há muito, é defendida em sede doutrinária. Entretanto, é objeto de divergência quando do exame em âmbito jurisprudencial. Mesmo os Tribunais Superiores,



responsáveis pela uniformização da jurisprudência pátria, não tem posicionamento convergente quanto a essa questão. Ao revés, tradicionalmente, adotam entendimentos díspares ao tratar do tema.

O STJ não admite a Coisa Julgada Progressiva, entendendo que o fenômeno da Coisa Julgada ocorre apenas uma vez findo o processo, não mais havendo qualquer impugnação recursal pendente de julgamento. Antes disso, a definitividade das decisões tem caráter meramente endoprocessual, como materialização de sucessivas preclusões.

Como reflexo de tal entendimento, mesmo as execuções referentes aos capítulos de sentença não impugnados têm caráter provisório, assim como o termo *a quo* da Ação Rescisória tem seu prazo iniciado quando não mais haja qualquer recurso pendente.

O STF, por sua vez, admite expressamente a gradual consolidação da imutabilidade dos provimentos, de modo que a não impugnação de determinado capítulo transcende a simples preclusão, sendo efetivamente reconhecida como Coisa Julgada, de cunho extraprocessual.

Permite-se, assim, que a execução definitiva dos capítulos não impugnados, contando-se autonomamente o prazo de oferecimento da Rescisória, em relação a cada capítulo decisório.

Ainda que o tema não se encontre pacificado em sede jurisprudencial, o advento do NovoCPC traz novos paradigmas que merecem ser observados, com o fito de perquirir se a *novatio legis*, de alguma forma, se alinha a um dos entendimentos acerca da (im)possibilidade de reconhecimento da Coisa Julgada Progressiva.

Tal análise permite concluir que o NovoCPC traz em seu bojo as premissas sustentadas pelo STF, reconhecendo a possibilidade de que os capítulos de sentença não impugnados transitem em julgada de forma autônoma àqueles objeto de recurso. Permite, assim, a gradual formação da Coisa Julgada. Entretanto, aproxima-se, também, do



posicionamento do STJ, ao fixar expressamente como termo inicial do prazo da Ação Rescisória a última decisão prolatada no processo.

Assim, ao reconhecer expressamente a Coisa Julgada Progressiva, nos moldes preconizados pelo STF, e fixar a deflagração do prazo da Ação Rescisória o Trânsito em Julgado da última decisão prolatada em juízo, o NovoCPC vem ser elemento de integração entre os posicionamentos antagônicos dos Tribunais Superiores.



## REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei 4657, de 4 de setembro de 1942, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>, acesso em 07/04/2015.

\_\_\_\_\_, Código de Processo Civil, Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>, acessado em 07/04/2015.

\_\_\_\_\_, Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>, acessado em 24/08/2015

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 404.777/DF. Relator Min Fontes Alencar. Disponível em: <[\\_\\_\\_\\_\\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 736.650/MT. Relator Min Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2714950%27>>, acesso em: 30/09/2015.](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27ERESP%27.clas.+e+@num=%27404777%27)+ou+(%27ERESP%27+adj+%27404777%27.suce.))></a>>, acessado em: 30/09/2015.</p></div><div data-bbox=)

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Rel Min Joaquim Barbosa. Questão de Ordem na sessão de 13/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo728.htm>>, acessado em 30/09/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 666.589/DF. Rel Min. Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+666589%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+666589%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a6odgfn.>, acessado em 30/09/2015.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris., 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Uma luz no fim do túnel: a inconstitucionalidade da Súmula 401/STJ*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/luz-fim-tunel-inconstitucionalidade-sumula-401stj>>, acessado em 24/08/2015.

DINAMARCO *apud* CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris., 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Método. 2012.



## DIREITO DE AUTOR E SOCIEDADE: PARÂMETROS PARA UMA PONDERAÇÃO DE INTERESSES CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS

Maria Fernanda Tovar Cardoso da Silva

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Pós-Graduada em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUCRJ. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro - EMERJ. Advogada.

**Resumo:** A atual redação da Lei n. 9.610/98 privilegia o interesse privado sobre o público. Contudo, a proteção aos bens imateriais não pode ter como único propósito o resguardo da propriedade, pois deve atender simultaneamente ao interesse público e à função social. Ademais, não pode inviabilizar o exercício de outros direitos constitucionalmente tutelados, como o acesso à informação, cultura e educação. Diante desse contexto, objetiva o presente trabalho demonstrar que a inserção de uma cláusula geral na referida lei se apresenta como o mecanismo jurídico adequado para reequilibrar os interesses em conflito.

**Palavras-Chave:** Direito de Autor. Função Social da Propriedade. Cláusula Geral.

**Sumário:** Introdução. 1. Natureza Jurídica do Direito de Autor e aplicabilidade da Função Social da Propriedade. 2. Função Social do Direito de Autor. 3. Os limites do Direito de Autor e a necessidade de inserção de uma cláusula geral na Lei n. 9.610/98. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute as dificuldades atuais existentes na aplicação da Função Social da Propriedade ao Direito Autoral e de que forma a inserção de uma cláusula geral na Lei n. 9.610/98 pode auxiliar no exercício dos direitos envolvidos. Considera, em especial, as dificuldades jurídicas decorrentes da falta de parâmetros claros para o equilíbrio de interesses, bem como os contornos diferenciados que o instituto adquire ao ser aplicado a este ramo do direito.

Embora atualmente haja uma tendência irreversível de exigir que toda propriedade cumpra uma função social, por muito tempo o direito de autor foi vislumbrado apenas em sua



faceta privada, entendendo-se como um direito de exclusiva do autor sobre sua obra. Tal entendimento refletiu na estrutura da Lei de Direitos Autorais, a qual ao ser confeccionada deixou em segundo plano os direitos da população.

Contudo, hodiernamente, faz-se necessário observar que há balizas constitucionais a uma interpretação que contemple apenas os interesses privados do autor, uma vez que a CRFB/88 também prevê os direitos da sociedade à informação, cultura e educação.

Diante desse cenário, diversos segmentos da sociedade se reuniram nos últimos anos na busca por uma forma de garantir maior equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos autorais e os da sociedade à luz da Função Social da Propriedade, tendo debatido exatamente sobre a necessidade de inserção de uma cláusula geral na atual Lei de Direitos Autorais.

Sendo assim, o primeiro capítulo do artigo objetiva comprovar que a natureza híbrida do direito de autor, pessoal e patrimonial, não é óbice a aplicação da Função Social, uma vez que a CRFB/88 ordena a aplicação do instituto à Propriedade Intelectual, da qual faz parte o Direito de Autor.

O segundo capítulo destina-se a identificar a base normativo-filosófica da Função Social do Direito de Autor, bem como delinear seus contornos específicos diante da falta de menção expressa ao instituto na CRFB/88 e na Lei n. 9.610/98.

O terceiro capítulo busca demonstrar que a técnica da cláusula geral ao fixar parâmetros em vez de listar hipóteses concretas facilita o exercício da Função Social do Direito de Autor, pois permite uma ampliação do uso livre de obras em casos que envolvam outros direitos constitucionalmente tutelados.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, explicativa e qualitativa.



## 1. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE AUTOR E APLICABILIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Conceitualmente é possível definir o direito de autor como uma “norma jurídica que concede ao autor de uma obra os benefícios morais e intelectuais resultantes da mesma.”<sup>1</sup> Contudo, na verdade, tal direito possui duas facetas: moral e patrimonial.

O direito moral do autor pode ser delimitado como sendo “os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade.”<sup>2</sup> Estes direitos são caracterizados por serem pessoais, irrenunciáveis, impenhoráveis, perpétuos, inalienáveis e imprescritíveis.<sup>3</sup> Sua previsão legal encontra-se no artigo 24 da Lei n. 9.610 de 1998.

Quanto aos direitos patrimoniais, esses se referem à utilização econômica da obra, por meio da comunicação e disponibilização ao público<sup>4</sup> e possuem como características a conotação real de propriedade, a mobilidade e a alienabilidade (podendo ser transferidos ou cedidos a terceiros), a limitação no tempo para efeitos de sua fruição, a penhorabilidade e a prescritibilidade.<sup>5</sup> Implicam, por sua vez, a obrigatoriedade de autorização prévia por parte do titular de direitos autorais para a utilização das obras intelectuais, exceto nos casos em que a lei a dispensa.

O Direito de Autor é previsto constitucionalmente, em sua faceta patrimonial, no artigo 5º inciso XXVII, que dispõe que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei

---

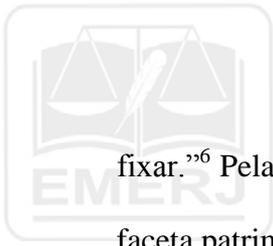
1 OLIVEIRA JÚNIOR, Mário Ângelo de; MARTINS, Nathaly Dias; SOL, Renata Rodrigues. A Função Social do Direito de Autor. In: CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, 2, 2008, Florianópolis. *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*, p. 672. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008. Disponível em: <<http://www.direitoautor.ufsc.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

2 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.10.

3 PIRES, Eduardo; TOLOTTI, Stella Monson. Limitações ao Direito de Autor: Considerações Sobre Cópia Privada e a Função Social do Direito de Autor. In: CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, 2, 2008, Florianópolis. *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*, p. 581. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008. Disponível em: <<http://www.direitoautor.ufsc.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

4 Ibid., p.581 e 582.

5 Ibid.



fixar.”<sup>6</sup> Pela sua topografia, e também pelo caráter de propriedade, o direito autoral em sua faceta patrimonial é considerado um direito fundamental.

Curiosamente, os direitos morais de autor não foram explicitados pelo texto constitucional, o que não significa que não estejam abarcados pelo mesmo, visto que o rol do artigo 5º não é taxativo. Isto, pois, a Carta Magna protege os direitos da personalidade, aí incluídos os morais do autor, através da positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual através de sua efetivação plena permite que sejam resguardados “além dos diversos aspectos da personalidade em si, a defesa dos diversos direitos derivados da exteriorização e projeção da mesma personalidade”.<sup>7</sup>

Todavia, mesmo tendo status de direito fundamental, o Direito de Autor, especialmente em sua faceta patrimonial, não é absoluto, pois possui uma função social a ser cumprida. Isso significa que deverá haver uma ponderação com outros direitos constitucionalmente previstos a fim de que se promova o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico do país, bem como “a concretização dos direitos humanos, econômicos e sociais, (...) como instrumentos de política pública que conferem privilégios a indivíduos ou instituições com o propósito de tão-somente contribuir para o bem público maior.”<sup>8</sup>

Destaque-se que, embora o instituto da função social da propriedade não seja novo, é somente com a Constituição de 1988 que ele se torna realmente eficaz ao deixar de ser uma norma programática para tornar-se auto-aplicável, tendo o legislador, inclusive, estabelecido algumas condições para o atendimento da função social e as sanções em caso de descumprimento. É possível apontar também que além de prevê-la no artigo 5º, junto ao

---

6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 21 set. 2015.

7 SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 131.

8 COMISSÃO SOBRE DIREITOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Integrando Direito de Propriedade Intelectual e Política de Desenvolvimento*. Londres, setembro de 2002, p.6. Disponível em: <[http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi\\_Lingual\\_Documents/Multi\\_Lingual\\_Main\\_Report/DFID\\_Main\\_Report\\_Portuguese\\_RR.pdf](http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Portuguese_RR.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2015.



direito de propriedade, o legislador lançou mão do instituto em outros momentos da Constituição, como nos artigos 156, 170 e 182 a 191<sup>9</sup>.

Salienta-se também que o instituto ganha ainda mais força ao estar intimamente ligado aos objetivos da República. Sua base encontra-se especialmente no inciso III do artigo 3º, pois impossível perseguir a erradicação da pobreza, da marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais sem internalizar o conceito de Função Social. Sendo assim, presente na Constituição, seja direta ou indiretamente, se erradia por todo o ordenamento e torna-se aplicável não somente à propriedade como também ao contrato, à empresa e à família.

Ressalta-se que para a inserção da Função Social de maneira tão profunda, foi necessária uma mudança de paradigmas, que no Brasil veio a reboque dos movimentos políticos europeus, onde passou-se a rechaçar o modelo liberal sem limites do século anterior para abraçar outro no qual os institutos jurídico-privados deveriam atender não somente aos interesses pessoais, mas também respeitar os interesses da coletividade. Ou seja, o direito de propriedade deixava de ser visto como absoluto, pois deveria condicionar-se em certa medida aos interesses da coletividade.

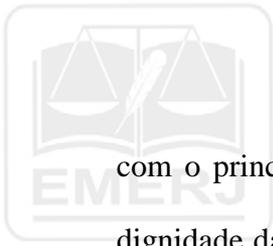
Contudo, para que fosse deixado de lado o ideário liberal com sua interpretação positivista e restritiva e se internalizasse o princípio da solidariedade social, base do instituto da função social, relativizou-se o valor da segurança jurídica, tendo em vista que para a manutenção de todos os direitos sobre a propriedade se deveria dar a ela uma destinação condizente com os interesses sociais<sup>10</sup>.

Por outro lado, o instituto da função social da propriedade não foi introduzido como justificador de toda e qualquer intervenção estatal em nome do interesse social. O direito de propriedade permaneceu forte na Constituição Federal de 1988, tendo sido apenas ponderado

---

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 21 set. 2015.

10 GAMA, Guilherme Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p.19.



com o princípio da solidariedade social. Ademais, foi necessário o reforço do princípio da dignidade da pessoa humana para que fosse possível o avanço do instituto, sendo a partir do momento em que estes dois princípios ganham robustez que se legitima a interferência do Estado na propriedade como ente capaz de corrigir as distorções e promover a Justiça Social.

Não se pode deixar de comentar que para a ascensão tanto do princípio da solidariedade social como o da dignidade da pessoa humana houve uma mudança significativa na forma de se entender e articular os institutos do Direito. Se antes se enxergava que os direitos partiam da sua titularidade por um indivíduo, posteriormente inverteu-se esta lógica, entendendo-se que os direitos teriam origem na sociedade e, portanto, deveriam receber aprovação social “em razão das finalidades sociais úteis que realizam.”<sup>11</sup>

É a partir da funcionalização dos institutos jurídicos que o Estado, antes totalmente omissos em relação à ordem econômica, passa a ser legitimado para interferir e evitar abusos, buscando equilibrar as relações sociais e econômicas a partir de uma ponderação entre os interesses exclusivamente individuais e as necessidades coletivas e sociais.

Sendo assim, embora quando se fale de função social da propriedade imagina-se de pronto o latifúndio improdutivo, não é apenas em matéria de terras que ele é aplicável. A Constituição Federal determinou regras para a utilização de diversos tipos de propriedade, tanto as propriedades urbanas e rurais, como aquelas ligadas aos bens imateriais. A diferença é que no primeiro caso especificou de forma clara e precisa quais os requisitos que devem ser cumpridos para que qualquer uma delas cumpra a sua função social, enquanto foi mais vaga em relação aos bens imateriais, o que demandará maior esforço interpretativo.

---

<sup>11</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 294.

## 2. FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR

Como visto, na Constituição Federal de 1988 não se encontra previsão expressa acerca da função social do direito de autor. Contudo, é possível extraí-la da conjugação de diversos dispositivos constitucionais, sendo o primeiro que a fundamenta o próprio artigo 5º, inciso XXIII, uma vez que o direito autoral possui uma faceta patrimonial. Em seguida, o inciso XXIX do mesmo artigo, que embora trate da função social da Propriedade Industrial também deve ser aplicado aos direitos autorais para assim formarem os chamados direitos da Propriedade Intelectual.

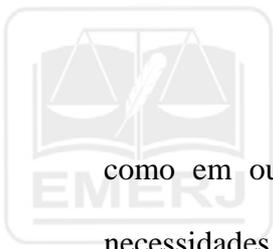
Por fim, o art.170, incisos II, III e IV. Infere-se de sua leitura que ao intitular como princípio a livre concorrência, afasta-se o monopólio, o qual apenas poderia ser concedido em situações excepcionais justificadas pelo interesse social ou para preservação da própria concorrência. Neste sentido, inclusive, assevera Allan Rocha que “o monopólio sobre os bens imateriais é aceito juridicamente no intuito de impedir a concorrência desleal, mas somente enquanto o exercício do monopólio autoral não impede ou dificulta o acesso aos bens que controla.”<sup>12</sup>

Há ainda inúmeros outros artigos constitucionais que também norteiam o instituto, em especial os artigos 5º, inciso XIV, 205 e 215, que referem-se respectivamente aos direitos ao acesso à informação, educação e cultura, na medida em que se apresentam como balizas ao direito de autor.

Percebe-se, portanto, que o monopólio autoral somente pode existir enquanto atende ao interesse público, pois a proteção aos bens imateriais não surge com o único propósito de beneficiar os autores e sim como forma de estímulo aos mesmos a criarem e enriquecerem o meio social. Motivo pelo qual, inclusive, a proteção dos direitos autorais não é perpétua,

---

12 SOUZA, op. cit., p. 140-142.



como em outras formas de propriedade, e possui determinadas limitações em face das necessidades coletivas.

Sendo assim, o direito de autor seria uma recompensa àqueles que criaram algo capaz de enriquecer culturalmente a sociedade, servindo como incentivo à criação literária, artística e científica. O direito exclusivo sobre a obra seria a contrapartida pelo benefício social representado pela sua própria criação e que justificaria a restrição de liberdade que é à sociedade imposta.<sup>13</sup> José de Oliveira Ascensão, em seu texto *O Direito Intelectual em Metamorfose*<sup>14</sup>, aponta como o Direito Autoral surgiu por haver um Interesse Público que o justificasse e jamais por ser um direito natural do autor:

Houve uma consciência muito nítida que a atribuição de direitos exclusivos implicava uma restrição da liberdade dos outros. O fundamento foi encontrado numa razão de interesse público: as restrições deveriam ser temporárias, e justificavam-se por a atribuição dos direitos, recompensando o autor, estimular a criatividade. Passado o período normal de proteção, dar-se-ia a queda no domínio público.

Isso implicava um predomínio do interesse público em relação aos interesses privados. A extensão da proteção não era ditada por estes, mas pelo benefício público decorrente da outorga temporária do exclusivo.

(...)

Talvez esta orientação não seja em nenhum lugar tão visível como, justamente, nos países de direito anglo-americano. Nos Estados Unidos da América há desde logo a disposição constitucional que prevê a atribuição aos autores de direitos limitados sobre as suas obras para promover o incremento das ciências e das artes. Isto leva a negar em geral qualquer tipo de direito natural do autor e a encontrar um fundamento primário de interesse público. Dentro destes limites, o interesse dos autores coincidiria com o interesse público.

Nesse mesmo sentido, Guilherme C. Carboni complementa o pensamento de Ascensão acerca do que comporia o interesse público capaz de justificar a concessão de um direito exclusivo de autor:

Do ponto de vista do interesse público, existem diversas funções do direito de autor que justificam a sua existência. Ressaltamos as seguintes: (a) função de identificação do autor, entendida como o interesse da sociedade em saber o verdadeiro autor de uma obra intelectual, com fundamento no princípio da transparência e veracidade das informações como norteadoras de um espaço público democrático; (b) função de estímulo à criação intelectual, através da concessão de um direito exclusivo ao autor; (c) função econômica, em se tratando da apropriação da informação e da obra

13 ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito Intelectual em Metamorfose*. *Revista de Direito Autoral*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p.3-24, fev. 2006, p. 6.

14 *Ibid.*, p. 5.



intelectual enquanto mercadoria; e (d) função política, que diz respeito ao direito de autor enquanto instrumento de política cultural ( pois, ao versar sobre a criação e a utilização econômica das obras intelectuais, o direito de autor não deixa de ser um instrumento que visa promover a produção, a distribuição e o uso da cultura) [...].<sup>15</sup>

A partir dessas considerações é possível concluir que a função social do direito de autor deve ser compreendida como sendo a de “promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público e pode ser usada livremente por qualquer pessoa.”<sup>16</sup>

Vale ressaltar que esse conceito foi abraçado também pela Organização Mundial do Comércio, que já reconheceu a importância da função social dos direitos autorais ao formular em 2002 um relatório no qual concluiu que “os direitos de propriedade intelectual têm que ser considerados como um dos meios pelos quais as nações e a sociedade podem promover a concretização dos direitos humanos, econômicos e sociais, como instrumentos de política pública que conferem privilégios a indivíduos ou instituições com o propósito de tão-somente contribuir para o bem público maior.”<sup>17</sup>

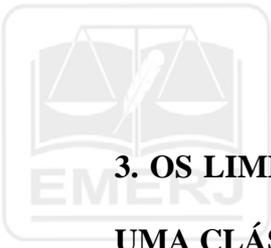
Contudo, devido à amplitude do instituto, torna-se fácil perceber quão nebulosa é a sua aplicação no caso concreto, em especial quando há um conflito com outros direitos constitucionalmente tutelados, como o direito de acesso à informação, educação e cultura. A dificuldade se alarga ainda mais devido à falta de parâmetros na CRFB/88 e na legislação infraconstitucional, que ao não tratarem especificamente da função social do direito de autor acabam por fomentar o litígio na medida em que conferem espaço para uma interpretação restritiva dos direitos autorais com base numa leitura literal de seus dispositivos.

---

15 CARBONI, Guilherme C. Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor. In: CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, 2, 2008, Florianópolis. *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*, p.91-92. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008. Disponível em: <<http://www.direitoautoral.ufsc.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

16 Ibid.

17 Ibid., p. 95.



### **3. OS LIMITES DO DIREITO DE AUTOR E A NECESSIDADE DE INSERÇÃO DE UMA CLÁUSULA GERAL NA LEI N. 9.610/98**

Por todo o exposto, resta claro que os direitos da coletividade simultaneamente fundamentam e trazem limites aos Direitos de Autor. Todavia, a atual Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98) tornou-se ultrapassada, não apenas pelos avanços tecnológicos como também pelo ideário que sustenta, refletindo-se em uma das legislações autorais mais restritivas do mundo. Ciente da inadequação da Lei, o Ministério da Cultura presidiu diversas conferências e debates acerca da possibilidade de mudança da legislação, o que culminou na redação de um projeto de uma nova lei de direitos autorais.

Coerentemente, o artigo que sofrerá as maiores alterações é o de número 46, que traz as limitações ao direito de autor, as quais, segundo Otávio Afonso, “constituem o reconhecimento dos legítimos interesses dos usuários de utilizar, em certa medida, material protegido sem autorização <sup>18</sup>”. Tais legítimos interesses, conforme o autor, englobariam os direitos fundamentais dos usuários, como a livre circulação da informação e a difusão do conhecimento.

Contudo, a redação atual do artigo, por meio de um rol de limitações, o tornou extremamente polêmico e de difícil aplicação no caso concreto. Isso porque os interessados em ampliar a proteção autoral sustentam tratar-se de um rol taxativo, ou seja, o uso seria livre apenas nas situações listadas expressamente na lei; enquanto os defensores dos direitos da coletividade de rol exemplificativo, à luz da função social do direito de autor. Esta questão permeou os debates acerca das propostas de mudança da Lei n. 9.610/98, culminando na inserção de uma cláusula geral a permitir uma interpretação extensiva, mas dentro de certos parâmetros.

---

18 AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. São Paulo: Manole, 2009, p. 53-54



A estrutura do artigo 46 na atual Lei de Direitos Autorais contempla o caput e mais oito incisos. Caso aprovada, além de receber nova redação em seu caput, a lei será ampliada para um total de dezoito incisos e a adição de dois parágrafos, aumentando as hipóteses de limitações ao Direito de Autor.

A necessidade de tais mudanças surgiu da percepção de que a Lei Autoral permitiu um “desequilíbrio entre os direitos conferidos pela Lei Autoral aos titulares de direitos autorais e os direitos dos membros da própria sociedade de terem acesso ao conhecimento e à cultura<sup>19</sup>.” Marcos Wachowicz aponta também que a opção por um modelo maximalista de proteção acabou por restringir demasiadamente o “acesso necessário aos bens intelectuais para a promoção do conhecimento, da educação e da difusão da própria cultura.”<sup>20</sup>

É possível concluir, portanto, que a atual estrutura dificulta em demasia a aplicação da função social do direito de autor, pois exige enorme esforço interpretativo a partir da conjugação de diversos dispositivos e princípios que se encontram fora da legislação autoral. A proposta de inserção de uma cláusula geral, por outro lado, introduz na própria lei o ferramental necessário ao julgador.

Ademais, a referida cláusula traz parâmetros concretos para a resolução dos conflitos, tendo sido inspirada na “Regra dos Três Passos” prevista no artigo 9.2 da Convenção de Berna e no art.13 do Acordo TRIPS, tratados internacionais do qual o Brasil é signatário. A sua redação, conforme o PL 3133/2012, restaria da seguinte forma:

§2.º Além dos casos previstos expressamente neste artigo, também não constitui ofensa aos direitos autorais à reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for:

---

19 WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Estudos de Direito de Autor e a Revisão da Lei Brasileira de Direitos Autorais*. Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2010, p.75. Disponível em: [www.direitoautor.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC\\_LivroEstudosDirAutor\\_virtual.pdf](http://www.direitoautor.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC_LivroEstudosDirAutor_virtual.pdf). Acesso em: 4 de abril de 2015

20 Ibid.



I – para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo; e

II – feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. (NR)<sup>21</sup>

A inserção de uma cláusula geral busca, portanto, reequilibrar os interesses públicos e privados em jogo, adequando a Lei de Direitos Autorais à realidade social, econômica e cultural do país ao incorporar o conceito de função social à legislação, ainda que não use expressamente o termo. Isso porque permite ao juiz maior flexibilidade quando da análise do caso concreto, ampliando as possibilidades de usos livres para além do rol descrito nos incisos do artigo 46, sem, contudo, abrir espaço para subjetivismos.

Repare que a referida cláusula traz dois nortes importantes: por um lado exige para a concessão do uso livre que se esteja a atender finalidades educacionais, culturais ou informacionais e, por outro, que não se ultrapasse o estritamente necessário nem prejudique a exploração normal da obra ou cause prejuízos injustificados aos legítimos interesses dos autores.

Tal mecanismo confere maior maleabilidade à legislação, facilitando a aplicação do instituto da função social, e se apresenta como um meio termo interessante entre o método do *fair use* americano, baseado em princípios, e o atualmente adotado por nós do rol casuístico, pois implica na existência de um rol enumerativo que pode ser estendido a partir de uma cláusula aberta. Ademais, se configura como uma solução adequada e em conformidade com o atual sistema brasileiro de direitos autorais, pois compatibiliza o direito de exclusivo dos autores com outros direitos também constitucionalmente tutelados, como o direito à informação, cultura e educação.

---

21BRASIL. Projeto de Lei nº 3133/2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1305791&filename=Tramitacao-PL+3133/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1305791&filename=Tramitacao-PL+3133/2012)>. Acesso em: 21 set. 2015.

## CONCLUSÃO

O Direito de Autor, mesmo tendo status de direito fundamental, não é absoluto, pois, possui uma função social a ser cumprida. Dessa forma, imperativo que haja uma ponderação com outros direitos constitucionalmente previstos a fim de que se promova o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico do país.

Nesse sentido, os direitos da coletividade referentes ao acesso à informação, cultura e educação se apresentam como balizas justas e necessárias, pois tendo o interesse público sido a justificativa primária para o surgimento e consolidação dos Direitos de Autor, é razoável que a sociedade espere contrapartida à concessão de tal monopólio.

Sendo assim, a atual Lei de Direitos Autorais tornou-se insustentável ao revelar-se uma das legislações autorais mais restritivas do mundo e que privilegia em demasia os interesses dos titulares das obras sobre os direitos da coletividade, o que culminou na redação do projeto de uma nova lei de direitos autorais.

Referido projeto altera significativamente o artigo 46 da atual lei, ampliando as situações em que o uso livre de obras, ou seja, sem a necessária autorização ou remuneração, poderá ser realizado. Por meio da inserção de uma cláusula geral se busca o reequilíbrio entre os direitos da sociedade e dos titulares de direitos autorais ao mesmo tempo em se que atenta para as particularidades do país, em especial sua realidade social, econômica e cultural, sem desconsiderar os compromissos firmados pelo Brasil no plano internacional.

Dessa forma, se vislumbra a ótica privada e pública do direito autoral, que durante muito tempo foi enxergado apenas como um direito de exclusiva do autor sobre sua obra. Com essa mudança de foco, permite-se que o direito autoral se torne em verdadeiro instrumento de difusão cultural, a partir do fortalecimento de políticas públicas, bem como da ampliação do acesso aos bens culturais. A proposta de reforma, portanto, vem para sanar a distorção causada por um modelo maximalista de proteção autoral.



Para tanto, houve a inserção de uma cláusula geral que admite outras utilizações, além das previstas na lei, para fins educacionais, didáticos, informáticos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo, desde que subordinados à regra dos três passos. A partir desta cláusula passa-se a permitir uma melhor adequação e equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos autorais e os da sociedade, compatibilizando direitos constitucoinalmente tutelados à luz da função social.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachou. *A Internet e sua inserção no sistema de direitos autorais*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/14780>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. São Paulo: Manole, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., refundida e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. O Direito Intelectual em Metamorfose. *Revista de Direito Autoral*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p.3-24, fev. 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais. *Pesquisa de Informações Básicas Municipais*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em : [www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=980](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=980). Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *Pesquisa de Sistema de informações e indicadores culturais*. 2003-2005. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em : <[www.ibge.gov.br/home/estatística/população/indic\\_culturais/2005/default.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatística/população/indic_culturais/2005/default.shtm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Cartilha do Ministério da Cultura sobre a Reforma da Lei de Direitos Autorais*. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautor/wp-content/uploads/2010/07/cartilha-direito-autoral.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 21 set. 2015.



\_\_\_\_\_.Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1305791&filename=Tramitacao-PL+3133/2012](http://www.planalto.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1305791&filename=Tramitacao-PL+3133/2012)>. Acesso em: 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_.Projeto de Lei nº 3133/2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1305791&filename=Tramitacao-PL+3133/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1305791&filename=Tramitacao-PL+3133/2012)>. Acesso em: 21 set. 2015.

CARBONI, Guilherme C. Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor. In: CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, 2, 2008, Florianópolis. *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008. Disponível em: <<http://www.direitoautoral.ufsc.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

COMISSÃO SOBRE DIREITOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Integrando Direito de Propriedade Intelectual e Política de Desenvolvimento*. Londres, setembro de 2002. Disponível em: <[http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi\\_Lingual\\_Documents/Multi\\_Lingual\\_Main\\_Report/DFID\\_Main\\_Report\\_Portuguese\\_RR.pdf](http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Portuguese_RR.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2015.

CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, 3, 2010, Florianópolis. *Estudos de Direito de Autor e a Revisão da Lei Brasileira de Direitos Autorais*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2010. Disponível em: <[www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC\\_LivroEstudosDirAutor\\_virtual.pdf](http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC_LivroEstudosDirAutor_virtual.pdf)>. Acesso em: 4 abr. 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

EBOLI, João Carlos de Camargo. *Direitos Autorais - Noções Gerais*. Disponível em: <[www.socinpro.org.br/legislacao/artigos\\_juridicos/9.pdf](http://www.socinpro.org.br/legislacao/artigos_juridicos/9.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

FERNANDES, Cleander César da Cunha. *A revolução tecnológica e o direito autoral brasileiro*. Disponível em: <[www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/JO16090812.pdf](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/JO16090812.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

GAMA, Guilherme Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, Mário Ângelo de; MARTINS, Nathaly Dias; SOL, Renata Rodrigues. A Função Social do Direito de Autor. In: CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, 2, 2008, Florianópolis. *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008. Disponível em: <<http://www.direitoautoral.ufsc.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Pereira. Os Direitos Autorais na Base das Políticas que Conciliem Desenvolvimento Econômico e Social. In: ENCONTRO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES EM CULTURA, 4, 2008, Salvador. *Trabalhos apresentados*. Disponível em: <[www.cult.ufba.br/enecult2008/14535.pdf](http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14535.pdf)>. Acesso em : 28 jan. 2015.



PIRES, Eduardo; TOLOTTI, Stella Monson. Limitações ao Direito de Autor: Considerações Sobre Cópia Privada e a Função Social do Direito de Autor. In: CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO, 2, 2008, Florianópolis. *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008. Disponível em: <<http://www.direitoautoral.ufsc.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

SILVEIRA, Newton; BARBOSA, Denis Borges; GRAU-KUNTZ, Karin. *Nota ao Anteprojeto de Lei para Reforma da Lei Autoral Submetido à Consulta Pública pelo Ministério da Cultura*. Disponível em : <http://ibpibrasil.org/ojs/index.php/Revel/article/view/24>. Acesso em: 15 fev. 2015.

SOUZA, Allan Rocha de. *A construção Social dos Direitos Autorais: Primeira Parte*. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/allan\\_rocha\\_de\\_souza.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/allan_rocha_de_souza.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2015

\_\_\_\_\_. *A Função Social dos Direitos Autorais*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006.



## O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR DE CRÉDITO

Mariana Lessa Silva

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:** O presente trabalho objetiva a discutir sobre a proteção do consumidor superendividado. Ademais, analisa os princípios e dispositivos presentes na Constituição Federal, bem como no Código de Defesa do Consumidor, na qual se verifica que há uma tutela ao consumidor superendividado, entretanto, uma tutela insuficiente. Ainda, tem como objetivo defender a necessidade de uma legislação específica para prevenir e proteger o consumidor superendividado frente ao fornecedor que fornece crédito de forma irresponsável.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor. Proteção do Consumidor Superendividado. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Princípio do Empréstimo Responsável.

**Sumário:** Introdução. 1. O Superendividamento. 1.1. Contextualização do superendividamento: Conceito, Causa e Efeito. 2. Princípios. 2.1. Da Dignidade da Pessoa Humana. 2.2. Da 3. Prevenção e Proteção do Superendividamento. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

No Brasil, nas últimas décadas, houve um aumento no poder de consumo e de crédito concedido ao consumidor da classe C e D. Entretanto, houve um aumento desproporcional de crédito ante a renda dos consumidores, tal aumento propiciou ao consumidor o acesso aos produtos e aos serviços antes não acessíveis, bem como trouxe o superendividamento.

O trabalho em questão irá conceituar, bem como trazer as causas e efeitos do superendividamento, de modo que o crédito concedido sem a informação e responsabilidade gerará ao consumidor uma incapacidade de pagar as dívidas assumidas, ou seja, se tornará inadimplente. Assim, o superendividamento passa a ser um problema econômico e social.



O problema surge quando o crédito é fornecido de forma irresponsável e desacompanhado de informação precisa e fundamental ao consumidor, pois o crédito irresponsável poderá comprometer o orçamento por inteiro de um consumidor e aumentar o nível de inadimplência.

O artigo pretende, ainda, demonstrar através de princípios a tutela e proteção do consumidor superendividado, como os princípios da boa-fé objetiva e seus deveres anexos (cooperação, proteção, lealdade, informação) e da função social.

Desta forma, diante da realidade do consumidor superendividado, surge à necessidade de prevenção e de proteção ao referido consumidor.

O presente trabalho objetiva a discutir sobre a proteção do consumidor superendividado. Ainda, tem como objetivo defender a necessidade de uma legislação específica para prevenir e proteger o consumidor superendividado frente ao fornecedor que fornece crédito de forma irresponsável.

Por fim, a pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de estudo descritiva – qualitativa e exploratória.

## **1. O SUPERENDIVIDAMENTO**

No Brasil, a democratização do crédito veio acompanhada com o aumento do superendividamento do consumidor, uma vez que há o fornecimento do crédito para o consumidor ter acesso aos bens e serviços, porém muitas vezes de forma irresponsável. A falta de informação e de educação financeira contribui para o aumento do consumidor superendividado.

Importante ressaltar que o crédito e o consumo são importantes para a economia do país, uma vez que o crédito impulsiona as aquisições de serviços e de bens de consumo, que



por sua vez promovem o crescimento da economia e a geração de novos empregos. O problema surge quando o crédito é fornecido de maneira irresponsável e desenfreado para os consumidores.

O crescimento do fornecimento indiscriminado de crédito tem como consequência direta o comprometimento da parte da renda referente a subsistência do consumidor e também um aumento significativo na inadimplência, que promove prejuízo a ambas as partes dos contratos, bem como a economia de forma geral. Assim, o superendividamento é um fenômeno social e jurídico de grande relevância para a sociedade de consumo moderna.

## **1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO: CONCEITO, CAUSAS E EFEITOS**

Na sociedade atual, são criadas novas e facilitadas formas de crédito a cada dia que passa, o que alimenta o consumidor na busca, muitas vezes desenfreada, de uma felicidade que é vendida na mídia como possível a todos. Tal fato desencadeia um padrão consumista que só torna o superendividamento cada vez maior.

O superendividamento pode ser definido como a impossibilidade do consumidor de boa-fé de quitar suas dívidas atuais e futuras, tendo em vista que tal dívida compromete o mínimo a subsistência do consumidor.

A ilustre professora Cláudia Lima Marques conceitua o superendividamento como “a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras”<sup>1</sup>.

---

1 MARQUES, Cláudia Lima, *Direito do Consumidor endividado: superendividamento e crédito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.2011.



Cabe destacar, ainda, a definição de superendividamento segundo Heloísa Carpena: “ Trata-se de um fenômeno social que atinge o consumidor de crédito, pessoa física, que, agindo de boa-fé, voluntariamente ou em virtude de fatos da vida, contrai dívidas, cujo total, incluindo vencidas e a vencer, compromete o mínimo existencial garantido constitucionalmente. “<sup>2</sup>

Importante ressaltar que a doutrina europeia separa o superendividamento entre passivo e ativo<sup>3</sup>.

O superendividado passivo é quando o consumidor não conseguiu quitar a dívida em razão de circunstâncias imprevistas, por exemplo, o desemprego.

Já o ativo é quando o consumidor utiliza o crédito e ultrapassa a sua renda. O superendividado ativo se subdivide em inconsciente e consciente. O inconsciente é aquele que não soube calcular a dívida em seu orçamento em razão de falta de informação pelo fornecedor ou por acesso ao crédito de forma irresponsável, ou seja, é consumidor de boa-fé. Quanto ao consciente, este está excluído de tutela protetiva, uma vez que o consumidor contrata o crédito já sabendo que não irá honrar a dívida, isto é, consumidor de má-fé.

No Brasil, a maior causa para o superendividamento do consumidor são as situações imprevistas que acontecem ao decorrer da vida. Os consumidores ficam superendividados em razão do desemprego, doença ou acidente, separação/dissolução de união estável, morte de alguém que contribuía para o orçamento da família, bem como outros motivos que reduzem a renda. <sup>4</sup>

---

2 CARPENNA, H. Contornos Atuais do Superendividamento. In: MARTINS, G.M (Coord). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.232.

3 MARQUES, Maria Manuel Leitão (coord). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 200, p.2.

4 LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p.39.



Outro fator preponderante para o crescimento do superendividamento é o consumo movido impulso, ou seja, sem um planejamento financeiro adequado e subestimando o risco do negócio jurídico celebrado entre as partes.

A falta de informação e de educação financeira também contribui para o crescimento do superendividamento. O consumidor ao contratar deve ser informado, de forma clara e preferencialmente concisa, de todas as condições do contrato, bem como do impacto que tal contrato irá ter em sua renda.

Importante mencionar o papel fundamental da mídia nessa crescente do superendividamento, pois a publicidade agressiva de novas formas de crédito incita o consumo excessivo e, por conseguinte, o superendividamento do consumidor. Tal estratégia de mídia pode inclusive afetar pessoas mais vulneráveis como as crianças e os devedores que acabaram de sair de um status de superendividado.

No que tange às crianças, a publicidade pode estimular o consumo excessivo e indiscriminado, haja vista que essas crianças e adolescentes, na sua situação peculiar da pessoa em desenvolvimento, são mais suscetíveis a influencia da mídia e do grupo. O principal problema de forma geral é que os desejos impetrados pela mídia na mente dos jovens são artificiais, supérfluos e não refletem a suas necessidades reais desses jovens.

Quanto aos devedores que saíram a pouco tempo da inadimplência, nota-se um cuidado necessário, tendo em vista a fragilidade da situação financeira em que se encontram esses consumidores.

Os efeitos do superendividamento são vários. O primeiro é em relação ao consumidor que se torna menos produtivo, já que perde a vontade de aumentar sua renda formal, haja vista que sua renda está toda comprometida com os credores. Desta forma, o consumidor vai para a economia informal com o intuito de evitar os seus credores.



Outro efeito é a dificuldade de manter a subsistência e a qualidade de vida, tal situação pode levar ao problema direto de efetivo comprometimento da renda mínima necessária para manter o sustento da família ou para uma situação conflituosa e estressante entre os consumidores inadimplentes e os respectivos credores..

Ademais, o superendividamento gera a insegurança econômica, em especial para os consumidores de baixa renda, uma vez que dependem de crédito para as despesas básicas e essenciais para a família.

Outrossim, o estresse causado por dívidas financeiras é um efeito negativo, haja vista que acarreta em problemas de saúde e psicológicos como por exemplo depressão e acessos de raiva, tais complicações costumam ter efeitos destrutivos na vida social e no próprio ambiente de trabalho, o que pode acarretar em uma piora ainda maior de sua situação financeira.

Assim, o superendividamento do consumidor necessita de uma tutela e prevenção, tanto para a proteção do consumidor que sofre com o superendividamento como para o próprio credor através da redução da inadimplência. Tendo em vista seu impacto e relevância cada vez maior na sociedade brasileira e mundial, torna-se notório que representa um fenômeno social e jurídico.

## **2. PRINCÍPIOS**

Os princípios são fontes do servem para prevenir o superendividamento, tendo em vista que garantem um empréstimo responsável entre o consumidor e o fornecedor, bem como a dignidade do consumidor vulnerável.



## 2.1 - DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República, conforme art. 1º da referida Constituição<sup>5</sup>, sendo sob ótica deste princípio, o dever da análise da proteção do devedor superendividado.

Cabe destacar que a defesa do consumidor está amparada na Constituição Federal como um direito fundamental, conforma artigo 5, inciso XXXII, bem como princípio geral da atividade econômica, de acordo com artigo. 170, inciso V da Constituição Federal<sup>6</sup>.

Assim, o direito do consumidor é um direito fundamental, isso porque o consumidor busca no mercado suas necessidades essenciais.

O direito do consumidor reconhece que o consumidor deve ter uma vida digna, não podendo ser violado pelo fornecedor, conforme artigo. 4º do Código de Defesa do Consumidor<sup>7</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana visa proteger o consumidor superendividado, garantindo a esse consumidor condições digna de sobrevivência, pois o fornecedor não pode ofender a dignidade do consumidor.

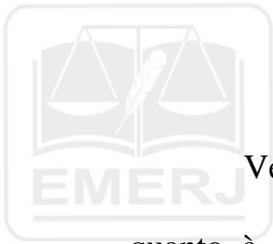
Certo é que o referido princípio garante ao consumidor superendividado uma vida digna.

---

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) . Acesso em: 15 abr. 2015.

6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) . Acesso em: 15 abr. 2015.

7 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm) . Acesso em: 15 abr. 2015.



Verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve prevalecer quanto à garantia creditícia, uma vez que deve assegurar meios indispensáveis à sobrevivência do consumidor superendividado, de modo a garantir a todos uma vida digna.

No caso sob exame, deve reconhecer o mercado como um espaço livre para o desenvolvimento econômico, bem como reconhecer que a população não pode ser reduzida à lógica das regras do mercado financeiro, sob pena de ofender o princípio da dignidade da pessoa humana.

O consumidor superendividado vive em situação de exclusão social, atingindo seu padrão de dignidade de vida. Sob essa ótica da proteção do superendividamento, conforme adverte Marília de Ávila e Silva Sampaio, “Não raro o devedor superendividado vivencia situação de exclusão social, afetando o padrão de dignidade de vida desse devedor e sua família, o que tende a se agravar, diante da oferta de crédito e de acesso fácil ao dinheiro, a bens e à fruição de serviços. Assim, o estudo do superendividamento no mundo jurídico permite a inclusão social deste consumidor superendividado, com sua reinserção no mercado de consumo e na sociedade desse tipo de consumidor”.<sup>8</sup>

Desta forma, o referido princípio serve como proteção para o consumidor de boa-fé, que se tornou superendividado em razão da democratização de crédito de forma irresponsável pelo fornecedor, tendo em vista que este fornecedor concede crédito acima da capacidade de adimplemento do consumidor.

---

<sup>8</sup> SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (coord). *Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p.222.



Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana vem para permitir a inclusão social do consumidor superendividado, garantindo uma vida digna para ele e sua família.

## **2.2- DO EMPRÉSTIMO RESPONSÁVEL**

O princípio do empréstimo responsável consiste em ter o fornecedor um dever em analisar a situação financeiro do consumidor no momento em conceder o crédito, tendo em vista que o crédito não poderá afetar a dignidade de vida desse consumidor e de sua família.

O fornecedor deve solicitar informações ao consumidor para que aquele analise se este terá condições de adimpler realmente com a obrigação pactuada entre as partes.

O Código de Defesa do Consumidor menciona o dever de transparência no artigo 4º, caput.

O dever de transparência significa informação clara e adequada, a lealdade e a cooperação entre o consumidor e o fornecedor, isto é, preconiza que deve ser atingida a legítima expectativa do consumidor na contratação.

Ademais, o Código de Direito do Consumidor estabelece como direito básico o direito à informação, conforme o artigo 6º, inciso III, do referido diploma legal, devendo sempre o fornecedor informar de maneira clara e adequada os diferentes produtos e serviços, bem como o risco que apresentem.



Cabe destacar, ainda, que o Código de Direito do Consumidor, artigo 6º, inciso II, menciona como direito básico a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços.

O dever de informa, bem como o dever de advertência, traduzem em um meio de prevenção e proteção ao consumidor, visto que esse poderá antes mesmo de realizar um negócio jurídico, refletir sobre as condições do negócio que irá celebrar.

Ocorre que a mídia reflete uma publicidade agressiva, omissa e enganosa, de modo que não permite ao consumidor refletir sobre as condições da concessão de crédito, tornando mais uma vítima do endividamento superior às suas capacidades de adimplemento, surgindo o consumidor superendividado.

A realidade é que o consumidor é atraído por uma oferta ou publicidade sem qualquer informação adequada e clara, em que o fornecedor não tem a conduta de conceder crédito de forma responsável.

A concessão de crédito de forma irresponsável faz com que cresça mais ainda o número de inadimplente, uma vez que o fornecedor concede crédito de forma banalizada com juros abusivos.

Verifica-se que o direito deve proteger a opção pelo crédito para consumo, com prevenção e proteção ao consumidor superendividado.

Importante mencionar que o artigo 52 do CDC estabelece que o fornecedor tem o dever de informar prévia e adequadamente o consumidor sobre todos os aspectos da contratação de crédito ou concessão de financiamento, o que não ocorre em muitos casos de aposentados e pessoas de baixa renda.



O princípio do empréstimo responsável está amparado no dever anexo da boa-fé objetiva, isso é, o dever de informação. Esse dever não é somente prestar uma informação objetiva, mas também o dever de aconselhamento. Assim, o fornecedor não deve apenas se ater em explicar as condições objetivas do contrato, mas também deve aconselhar o consumidor.

Certo é que o dever de informação é um dos instrumentos de prevenção do superendividamento.

O dever de informação é recíproco, isto é, o consumidor também tem dever de prestar informação que somente ele detém, para o fornecedor analisar se o consumidor ficará inadimplente ou não.

Por fim, o princípio em questão se traduz em uma obrigação ao fornecedor, sendo este mais ativo na participação no momento da contratação, uma vez que deve analisar se a concessão do crédito irá comprometer a dignidade de vida do consumidor.

### **3. PREVENÇÃO E PROTEÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO**

No Brasil, não há uma regulamentação específica para a questão do superendividamento.

O ordenamento jurídico brasileiro carece de uma regulamentação específica sobre o tratamento do superendividamento, com a finalidade de prevenir o superendividamento e contribuir para uma economia doméstica mais saudável e estável.

Cabe esclarecer que tal lei não teria como finalidade de combater o desenvolvimento do crédito, mas sim conceder o crédito de forma responsável.



A Clarisse Costa de Lima esclarece que “diversas iniciativas e respostas legislativas estão surgindo para regular a prevenção e o tratamento do superendividamento em nível nacional e internacional.”<sup>9</sup>

Importante mencionar que na França, por exemplo, já existe uma lei regulamentando o superendividamento do consumidor, na qual prever benefícios tanto para o consumidor quanto para o fornecedor.

No direito brasileiro, O Código de Defesa do Consumidor, no art. 52<sup>10</sup>, estabeleceu apenas quais as informações que devem ser prestadas ao consumidor vulnerável, mais isso não evita o acontecimento do fenômeno do superendividamento.

Ademais, o artigo 37 do referido código<sup>11</sup>, que estabelece que é proibida a publicidade enganosa e abusiva, veio de forma tímida, razão pela qual também é pouco no que tange à prevenção e ao tratamento do superendividamento.

Atualmente é utilizado como forma de prevenção e proteção do superendividamento os princípios da dignidade da pessoa humana, do empréstimo responsável, bem como da boa-fé objetiva e seus deveres anexos de lealdade e cooperação.

Importante destacar que todo consumidor é vulnerável e necessita de uma regulamentação abrangendo o tratamento do superendividamento, para evitar que o fenômeno se instale e provoque os efeitos maléficos que são sentidos por todas da sociedade, por exemplo, a insegurança econômica no país. Vale lembrar que todo consumidor é vulnerável frente ao fornecedor, uma vez que o consumidor não tem conhecimentos técnicos do produto ou serviço do fornecedor.

---

9 LIMA, op. cit., 2014, p.43.

10 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm) . Acesso em: 15 abr. 2015.

11 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm) . Acesso em: 15 abr. 2015.

Desta forma, mesmo com a utilização dos referidos princípios e dos artigos citados acima, ainda remanesce a necessidade de criação de uma regulamentação específica do tratamento do superendividamento.

Verifica-se que as fontes que são utilizadas atualmente pelos juristas não são suficientes para prevenir e proteger o superendividamento. Assim, é necessário uma lei específica para o instituto do superendividamento.

## CONCLUSÃO

O superendividamento pode ser definido como a impossibilidade de o consumidor de boa-fé quitar suas dívidas atuais e futuras, tendo em vista que tal dívida compromete o mínimo a subsistência do consumidor.

O aumento de crédito de forma irresponsável gera o superendividamento do consumidor, tornando um problema social e econômico na sociedade.

Importante ressaltar que o crédito e o consumo são importantes para a economia do país, uma vez que o consumo e o crédito geram mais empregos, porém o problema está no fornecimento de crédito de forma irresponsável.

Os fatores preponderantes para o crescimento do superendividamento são: o desemprego, a contratação sem qualquer planejamento financeiro, a falta de informação e de educação financeira, a publicidade agressiva.

Quanto aos efeitos, constata que o consumidor se torna menos produtivo; tem dificuldade de manter a subsistência e a qualidade de vida; problemas de saúde; e a insegurança econômica.



Os princípios da dignidade da pessoa humana, do empréstimo responsável e da boa-fé objetiva, juntamente com seus deveres anexos de lealdade, cooperação e informação, visam a prevenir e proteger o fenômeno do superendividamento, entretanto, não são suficientes.

Dessa forma, há necessidade de uma lei específica para regulamentar o instituto do superendividamento, tendo em vista o crescimento desse fenômeno na sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 15 abr. 2015.

CARPENA, H. Contornos Atuais do Superendividamento. In: MARTINS, G. M. (Coord.) *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIANCOLI, Brunno Pandori. *O Superendividamento do consumidor Como Hipótese de Revisão dos Contratos de Crédito*, São Paulo: Verbo Jurídico, 2008.

LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores*. São Paulo: RT, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima, *Direito do Consumidor endividado: superendividamento e crédito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro*. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (coord). São Paulo: Atlas, 2014.



## A ADOÇÃO DA FIGURA DO “JUIZ SEM ROSTO” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O CONFRONTO ENTRE A SEGURANÇA DOS MAGISTRADOS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

**Mariana Tavares Barbosa**

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Societário e Mercado de Capitais pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais. Advogada.

**Resumo:** O instituto do juiz sem rosto é uma previsão legal que possibilita o anonimato dos juízes responsáveis pelo julgamento de crimes cometidos por organizações criminosas, que já foi adotado nos ordenamentos jurídicos da Colômbia, Peru, México, Itália e Nicarágua. No Brasil esse instituto tem enfrentado resistência acadêmica, pois alguns doutrinadores vislumbram que sua inclusão na legislação brasileira violaria princípios constitucionais. Esse estudo buscou defender a possibilidade da instituição do juiz sem rosto no ordenamento jurídico brasileiro, pois não haveria violação dos princípios constitucionais, mas a sua mitigação. A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

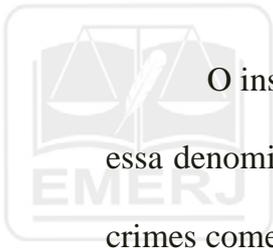
**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Juiz sem rosto. Constitucionalidade. Princípio da Publicidade. Lei n. 12.649/12.

**Sumário:** Introdução. 1. Conceito do instituto do juiz sem rosto. 2. A experiência da Lei n. 12.649/2012. 3. Mitigação de princípios constitucionais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O aumento da criminalidade no país preocupa toda a sociedade. Sendo assim, torna-se essencial o debate sobre formas de proteção dos responsáveis pela persecução criminal.

Nesse sentido, o presente trabalho trata de um instituto que se destina a garantir a segurança dos magistrados, por meio da adoção da figura do “juiz sem rosto” no ordenamento jurídico brasileiro, o que, contudo geraria confronto entre a segurança dos magistrados e os princípios constitucionais do Direito brasileiro.



O instituto do juiz sem rosto pode ser encontrado no Direito Comparado e recebe essa denominação por tornar sigilosa a identidade dos magistrados que precisem julgar crimes cometidos por organizações criminosas.

Esse instituto já é adotado na Colômbia, Peru, México e Nicarágua, como forma de garantir a segurança dos magistrados que estejam atuando em processos que envolvessem organizações criminosas.

Entretanto, como regra geral, não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro a figura do juiz sem rosto, por se entender que sua inserção violaria princípios do Direito Constitucional como o do juiz natural, pois o acusado não saberia a identidade física do juiz responsável pelo seu julgamento.

Nesse sentido, é necessário discutir se seria razoável excepcionar princípios constitucionais em prol da segurança dos magistrados, até como forma de garantir a eficácia do processo penal.

No primeiro capítulo será apresentado o conceito do instituto do juiz sem rosto. O segundo capítulo versará sobre a experiência da Lei n. 12.649/2012, bem como quais são os problemas práticos que vêm sendo enfrentados pelos Estados que criaram os colegiados nela previstos, para evidenciar que a experiência funciona e, portanto pode ser aprofundada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo discutirá a possibilidade da mitigação de princípios constitucionais em face da necessidade de segurança dos juízes envolvidos no julgamento de organizações criminosas, para tal serão ponderados casos nos quais princípio da publicidade pode ser excepcionado.

Sendo assim, objetiva-se demonstrar por meio da metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa a possibilidade de serem excepcionados princípios constitucionais como o da publicidade, já que é cediço que



nenhum princípio é absoluto e na harmonização desse princípio com o direito à vida e à segurança do magistrado, devem prevalecer os últimos.

## 1. CONCEITO DO INSTITUTO DO JUIZ SEM ROSTO

O “juiz sem rosto” é um instituto que já foi previsto nos ordenamentos jurídicos da Colômbia e da Itália, entre outros, como forma de prevenção de assassinatos dos magistrados responsáveis pelo julgamento de associações criminosas.

Como esclarece Ricardo Antonio Andreucci essa prevenção se daria por meio da preservação da “identidade das autoridades judiciárias envolvidas nas investigações e julgamentos”.<sup>1</sup>

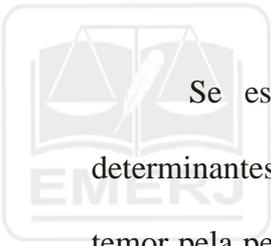
Trata-se de medida excepcional, mas que já foi adotada em países com índice de criminalidade alto, a fim de preservar a eficácia da persecução criminal, pois em um ambiente de insegurança, a intimidação do magistrado pode gerar decisões que com a finalidade de preservar a sua própria vida, acabem por colocar toda a sociedade em risco.

Com efeito, a tomada de decisões pelo magistrado pode ser influenciada por inúmeros fatores, como já foi estudado pela escola de Realismo Jurídico, que ponderava a influência até mesmo preconceitos dos juízes sobre suas decisões, senão veja-se:

A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as instituições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *O Juiz sem rosto e a Lei n. 12.694/12*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-juiz-sem-rosto-e-a-lei-no-1269412/9770>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

<sup>2</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell apud OLIVEIRA, Sabrina Leal de. *A presença de fatores sociais nas decisões dos Magistrados. Considerações a partir do Realismo Jurídico Norte-Americano*. Disponível em: <<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/75385/2/13041.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2015.



Se essa premissa for verdadeira, e efetivamente preconceitos podem ser determinantes para a tomada de decisão judicial, quanto mais se pode considerar que o temor pela perda da própria vida possa impedir a realização de um julgamento objetivo e justo da demanda.

Deve ser considerado, outrossim, que “de cada cem homicídios no Brasil apenas 8 são devidamente apurados”, ou seja, o índice de solução de crimes é extremamente baixo no Brasil.

Tampouco é alto o percentual de casos que são efetivamente punidos, pois, “no final, cerca de 4 ou 5%”<sup>3</sup> efetivamente são condenados, o que faz parecer razoável fornecer o máximo de proteção possível aos responsáveis pela persecução criminal.

Além de uma flagrante impunidade, deve ser recordado ainda que o número de homicídios no Brasil entre 2004 e 2007 superou o “total de vítimas fatais registradas em doze países que viveram conflitos armados”<sup>4</sup>, o que demonstra o risco de morte ao qual os brasileiros estão na verdade, todos sujeitos, mas alguns pelos cargos que ocupam, ainda tendem a ser alvos mais óbvios.

A adoção do instituto do juiz sem rosto na Itália foi deflagrada pela série de crimes cometidos pela máfia italiana em retaliação às persecuções criminais contra seus integrantes, entre eles, o assassinato dos juízes Giovanni Falcone e Paolo Borsalino, que tinham sentenciado integrantes da máfia<sup>5</sup>.

No Brasil, houve o assassinato da Juíza Patrícia Aciolli em 2011, o que entretanto, resultou apenas na edição da Lei n. 12.649/12<sup>6</sup>, a qual prevê em alguns de

---

<sup>3</sup> WAISELFISZ, Julio Jacobo apud GOMES, Luiz Flávio. *Homicídios: Impunidade de 92%*. Disponível em: < <http://institutoavantebrasil.com.br/homicidios-impunidade-de-92/>>. Acesso em 09 jul.15.

<sup>4</sup> NEPOMUCENO, Eric. *Homicídios no Brasil superam os de países que vivem em guerra*. Disponível em: < <http://brasildefato.com.br/node/12564>>. Acesso em 10 jul.15.

<sup>5</sup> PANZA, Celso. *A ‘Omerta’: quem não silencia é silenciado*. Disponível em: < <http://www.recantodasletras.com.br/cronicas/2047895>>. Acesso em 10 jul.15.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 12.694, de 17 de maio de 2012. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2015.



seus artigos alguns conceitos parecidos com os do juiz sem rosto, mas ainda com muita cautela.

Contudo, os meios atuais de proteção dos magistrados não parecem ser eficientes, considerando-se que após agosto de 2011, mesmo ano e mês do brutal assassinato da Juíza Patrícia Acioli, houve um aumento no número de juízes ameaçados de morte de 50% (cinquenta por cento) em três meses, constando à época 150 (cento e cinquenta) juízes ameaçados de morte<sup>7</sup>.

Até o ano passado, apesar do número de magistrados da Justiça Estadual ter se mantido praticamente constante (11.361 em 2011<sup>8</sup> e 11.631 em 2014<sup>9</sup>) o número de juízes ameaçados em 2014 chegou a 202 (duzentos e dois)<sup>10</sup>.

Sendo assim, pode-se observar a importância de se discutir alternativas de garantia da segurança dos magistrados, até mesmo como meio para garantir a segurança de toda a sociedade.

## 2. A EXPERIÊNCIA DA LEI N. 12.649/2012

A execução da Juíza Patrícia Acioli, que ocorreu em 2011<sup>11</sup> deflagrou novos debates sobre a necessidade de maior segurança dos magistrados, pois as circunstâncias

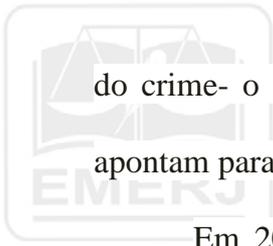
---

<sup>7</sup> GÓES, Bruno. *CNJ: número de juízes ameaçados sobe 50%*: Levantamento mostra que, em 3 meses, a quantidade de magistrados na mira de criminosos foi de 100 para 150. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/cnj-numero-de-juizes-ameacados-sobe-50-3331902>>. Acesso em 23 out. 2015.

<sup>8</sup> BASTOS, Aurélio Wander e CARNEVALE, Marcos. *O Poder Judiciário e a Justiça em números*. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2015/01/o-poder-judiciario-e-justica-em-numeros/>>. Acesso em 24 out. 2015.

<sup>9</sup> *Justiça em números 2015 (ano-base 2014)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 24 out. 2015.

<sup>10</sup> *Bandnews exhibe série de reportagens sobre juízes ameaçados*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/05/bandnews-exibe-serie-de-reportagens-sobre-juizes-ameacados>>. Acesso em 24 out. 2015.



do crime- o fato de ter sido assassinada com vinte e um tiros na porta de sua casa- apontam para uma possível fragilidade do ordenamento jurídico.

Em 2012 adveio a Lei n. 12.694/12<sup>12</sup>, que tinha como um de seus objetivos garantir maior proteção aos juízes envolvidos em processos de organizações criminosas. Deve ser ressaltado que a lei supracitada pode não solucionar eventuais casos como o de Patrícia, pois mesmo nessa lei em regra a identidade dos julgadores continua sendo conhecida do acusado.

De acordo com ela, passa a haver julgamento por um colegiado e não somente por um juiz, o que dificultaria a ação criminosa, mas não necessariamente a impossibilita, já que ainda se sabe quem são os juízes responsáveis pelo julgamento da causa.

---

<sup>11</sup> “Patrícia, 47 anos, era juíza titular da 4ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo, na Região Metropolitana do Rio, quando foi morta na porta de casa. Ela atuou em vários processos em que policiais militares eram acusados de envolvimento com supostos autos de resistência (casos em que civis são mortos em supostos confrontos com a polícia). A magistrada recebeu 21 tiros e segundo testemunhas, foi atacada por homens em duas motos e dois carros. (...) O julgamento do tenente-coronel da Polícia Militar Claudio Luiz Silva Oliveira, acusado de ser o mentor do assassinato da juíza Patrícia Acioli em 11 de agosto de 2011, no bairro de Piratininga, Niterói, na região metropolitana do Rio de Janeiro, começou na manhã desta quinta-feira. Oliveira comandava o 7º Batalhão de Polícia Militar (São Gonçalo) na época do crime e responde por homicídio triplamente qualificado (por motivo torpe, mediante emboscada e com o objetivo de garantir impunidade de crimes) e formação de quadrilha. (...) Segundo a Associação de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (Amaerj), apesar de os seis PMs não poderem mais recorrer da sentença, a Polícia Militar não iniciou o processo de expulsão deles. “É uma vergonha que eles ainda estejam na corporação, sendo pagos com o nosso dinheiro”, disse a irmã de Patrícia, Simone Acioli, ao chegar no fórum.” RIBEIRO, Marcelle. *Comandante da PM acusado de morte de juíza é julgado no Rio*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/comandante-da-pm-acusado-de-morte-de-juiza-e-julgado-no-rio,15dd6ad246fd4410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>>. Acesso em 10 jul.15. “Patricia Acioli, de 44 anos, era conhecida por uma atuação dura contra a ação de grupos de extermínio na região. Policiais do 7º BPM (São Gonçalo) denunciados por homicídio em casos que foram registrados, inicialmente, como autos de resistência, seriam julgados pela juíza, que era titular da 4ª Vara Criminal de São Gonçalo desde 1999. Ela era a única que julgava processos de homicídio — e crimes correlatos — na cidade. Conhecida pelo rigor na hora de inquirir os réus e por dar celeridade aos processos, ela considerava o crime cometido por um policial durante o serviço mais grave que o praticado por um cidadão comum. Recentemente, ela havia prendido quatro milicianos do bairro Luiz Caçador — responsáveis por mais de cem homicídios — e outros sete do bairro Engenho Pequeno.” *Patricia Acioli, juíza linha-dura com grupos de extermínio de São Gonçalo, é morta na porta de casa*. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/patricia-acioli-juiza-linha-dura-com-grupos-de-extermínio-de-sao-goncalo-morta-na-porta-de-casa-2438304.html#ixzz3gewKIDmD>>. Acesso em 22 jul. 15.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n. 12.694, de 17 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2015.



A eficácia restrita da Lei n. 12.694 de 2012<sup>13</sup> como forma de proteção dos juízes se tornou evidente em junho do mesmo ano de promulgação do referido diploma legal, pois, no mesmo ano, o juiz Paulo Moreira Lima, responsável pelo julgamento de Carlos Augusto Ramos, pediu seu afastamento após receber ameaças de pessoas ligadas ao réu<sup>14</sup>.

Em 2013, no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso foi estabelecido o colegiado de juízes previsto na Lei n. 12.649/2012<sup>15</sup>, para julgar os crimes praticados por organizações criminosas.

Na oportunidade em que foi editada a Resolução que autorizou a criação desses colegiados, declarou a desembargadora Maria Erotides Kneip:

Estamos dando um passo importantíssimo para proteger nossos magistrados. Tenho conhecimento de casos gravíssimos de ameaças a juízes. Essa regulamentação vem acolher diversas circunstâncias onde o juiz vai poder trabalhar muito mais tranqüilo, vai diluir a questão do perigo da ameaça.<sup>16</sup>

Essa afirmação, proferida por uma desembargadora que preside a Comissão de Segurança do Permanente do Poder Judiciário demonstra que não existem atualmente medidas protetivas necessárias para a eficiente prestação jurisdicional.

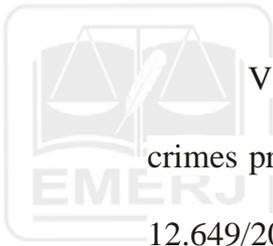
---

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> “Pelo menos por enquanto, a Ação Penal que apura suposto esquema criminoso comandado pelo empresário goiano Carlos Augusto Ramos, o Carlinhos Cachoeira, está sem juiz. O processo ficou órfão em decorrência do afastamento do magistrado responsável pelo caso, Paulo Moreira Lima, que pediu afastamento da 11ª Vara Federal em Goiás. Ele diz estar sofrendo ameaças de pessoas ligadas ao grupo de Cachoeira. (...) *Juiz ameaçado*: Ação penal contra Cachoeira está suspensa. Disponível em: <<http://www.complexoandreucci.com.br/?page=noticia&id=654>>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n. 12.694, de 17 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>16</sup> *Para proteger magistrados, TJMT institui 'juiz sem rosto' em processos*: Modelo é para juízes que atuam em ações de organizações criminosas. Resolução foi aprovada pelo Pleno e visa proteger juízes de retaliações. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2013/10/para-proteger-magistrados-tjmt-institui-juiz-sem-rosto-em-processos.html>>. Acesso em: 22 out. 2015.



Vale destacar que a iniciativa de estabelecer um colegiado de juízes para julgar crimes praticados por meio de ações de organizações criminosas é até anterior à Lei n. 12.649/2012<sup>17</sup>.

Com efeito, desde 2007 já existiam no Estado de Alagoas “varas colegiadas”, para julgar processos que envolvessem organizações criminosas, o que já havia sido questionado em ação de inconstitucionalidade pelo Conselho Federal da OAB, a qual não logrou êxito<sup>18</sup>.

### 3. MITIGAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como regra geral, não poderia ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro a figura do “juiz sem rosto”, por se entender que sua inserção violaria, por exemplo, o princípio do juiz natural, pois o acusado não saberia a identidade física do juiz responsável pelo seu julgamento<sup>19</sup>.

A impossibilidade da violação de princípios advém da importância destacada por diversos autores, entre eles, Celso Antônio Bandeira de Mello, que define princípio como:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido do harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao

<sup>17</sup> BRASIL. Lei n. 12.694, de 17 de maio de 2012. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>18</sup> MADEIRO, Carlos. *STF declara constitucional criação de vara colegiada para julgar organizações criminosas*. Disponível em: < <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/05/31/stf-declara-constitucional-criacao-de-vara-colegiada-para-julgar-organizacoes-criminosas.htm>>. Acesso em: 24 out. 2015.

<sup>19</sup> Há debate no meio acadêmico sobre a possibilidade de instituição do instituto do juiz sem rosto no ordenamento jurídico brasileiro, pois existem entendimentos de que a adoção desse conceito violaria os princípios da publicidade, do juiz natural, da imparcialidade do juiz e da ampla defesa, por requerer o anonimato do juiz responsável pelo julgamento da causa.

princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos.<sup>20</sup>

Entretanto, mesmo que o princípio seja esse mandamento nuclear do sistema jurídico, base do ordenamento jurídico, apenas a dignidade da pessoa humana é considerada absoluta, portanto, todos os demais princípios estariam sujeitos a serem mitigados diante das circunstâncias do caso concreto.

Nesse mesmo sentido se manifesta Dworkin quando afirma que

os princípios não são aplicáveis segundo um modelo de tudo-ou-nada, apresentando apenas uma dimensão de peso ou de importância. Quando dois princípios entram em colisão, ganha aplicação aquele princípio que, pelas circunstâncias concretas do caso, mereça primazia sem que isso importe na invalidade do princípio oposto.<sup>21</sup>

Portanto, no caso do risco de morte dos juízes, em um país como o Brasil que tem baixíssimo índice de apuração de crimes, e elevado número de homicídios, parece razoável se pensar em iniciativas que garantam a segurança do magistrado, ainda que se precise mitigar princípios em decorrência disso.

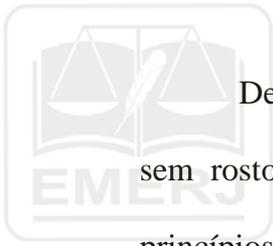
Alguns magistrados já se posicionaram a favor desse entendimento. Nesse sentido, deve ser ressaltado artigo do Ministro Luiz Fux, que, mencionando a Convenção de Palermo, a qual foi ratificada pelo Brasil em 2004, afirma que a instalação de varas de juízes sem rosto já se encontrava prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

A estratégia responde a anseios nacionais e transnacionais. É que a Convenção de Palermo firmada pelo Brasil, o II Pacto Republicano e a Resolução n 3 do CNJ de há muito preconizam a instalação das varas de juízes sem rosto, à semelhança do que previsto no Código Antimáfia da Itália, no Tratado de Maastricht da União Europeia, no modelo Espanhol previsto na Ley de Enjuiciamiento Criminal (artigo 282) e nas experiências exitosas da França e da Colômbia.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 807.

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald apud GUEDES, Néviton. *A importância de Dworkin para a teoria dos princípios*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>>. Acesso em 09 jul.15.

<sup>22</sup> FUX, Luiz. *Juízes sem rosto*. Disponível em: <<http://www.justocantins.com.br/noticias-do-brasil-9634-artigo-juizes-sem-rosto.html>>. Acesso em 10 jul.15.



Dessa forma, a mais relevante ponderação sobre a adoção do instituto do “juiz sem rosto” no ordenamento jurídico brasileiro é a análise de suposta violação aos princípios Constitucionais que poderia ocorrer, e que passará a ser analisada.

Discute-se a violação ao princípio da Publicidade, pois, se os juízes permanecem anônimos, não há como se ter julgamentos públicos, como previsto no art. 93, inc. IX da CRFB/88<sup>23</sup> o qual prevê que todos os julgamentos do órgão judiciário serão públicos, sob pena de nulidade.

Nesse sentido, é necessário discutir se seria razoável excepcionar princípios de em prol da segurança dos magistrados, até como forma de garantir a eficácia do processo penal.

Luigi Ferrajoli define o princípio da publicidade como uma forma de controle externo e interno da atividade judiciária, pois:

[...] com base nela os procedimentos de formulação de hipóteses e de averiguação da responsabilidade penal devem desenvolver-se à luz do sol, sob o controle da opinião pública e, sobretudo do imputado e de seu defensor. Trata-se do requisito seguramente mais elementar e evidente do método acusatório.<sup>24</sup>

Sendo assim, os processos penais não podem prescindir do controle de todos, dessa realização de um princípio democrático. Entretanto, pode ser destacado que já na aplicação da Lei n. 12.649/12<sup>25</sup> há a mitigação do princípio da Publicidade. Com efeito, assim dispõe o art. 1º, §6º do citado diploma legal:

Art. 1º Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente: (...) § 6º As decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem

<sup>23</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2015.

<sup>24</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 492.

<sup>25</sup>BRASIL. Lei n. 12.694, de 17 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2015.



exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro.

Portanto, de acordo com esse Diploma Legal, não é dado ao acusado o conhecimento da identidade do desembargador que tenha proferido voto divergente no julgamento de seu caso. Essa lei foi considerada constitucional e se encontra atualmente em vigor, o que demonstra a possibilidade de ser mitigado o princípio da publicidade, quando em confronto com a segurança dos magistrados.

Em verdade, não somente há que se resguardar a segurança dos magistrados, mas também deve-se recordar que o princípio da dignidade da pessoa humana, objetivo e fundamento da República, também deve ser garantido por meio de condições mínimas de segurança no trabalho.

Segundo o entendimento do juiz Hugo Barbosa Torquato Ferreira, foi acertada a nova lei, quando garantiu o anonimato dos juízes que votassem de forma divergente nos julgados que envolvessem organizações criminosas:

As decisões do colegiado deverão ser devidamente fundamentadas e assinadas por todos os seus integrantes. Contudo, mesmo que a decisão não seja unânime, não poderá ser publicada qualquer referência ao voto divergente. Deste modo, não será possível aferir qual dos integrantes do colegiado não concordou com os demais, o que evita que a pessoa eventualmente insatisfeita com a decisão se volte contra este ou aquele magistrado<sup>26</sup>.

Dessa forma, o autor destacou que o anonimato do juiz que votou de forma divergente o protegeria de eventuais retaliações, realizando, portanto, uma ponderação entre a segurança do magistrado e a publicidade das decisões.

O Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante também se posicionou favoravelmente, e discorreu sobre a inexistência de violação ao princípio da Publicidade no caso analisado, da seguinte forma:

Inexiste violação ao princípio da publicidade, tendo em vista que a decisão do colegiado será regularmente publicada. Ademais, o interesse social na

---

<sup>26</sup> FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. *Nova lei não cria a perigosa figura do juiz sem rosto*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-29/hugo-torquato-lei-nao-cria-perigosa-figura-juiz-rosto>>. Acesso em: 07 abr. 15.



proteção da independência do Poder Judiciário e da segurança dos magistrados recomenda o sigilo do voto divergente sendo, neste caso, mínimo o sacrifício à publicidade em prol da segurança dos juízes.<sup>27</sup>

Assim, ainda que de forma bem restrita, já pode ser verificado no ordenamento jurídico uma hipótese de proteção da identidade dos juízes, com a mitigação do princípio da Publicidade, o que demonstra não haver inconstitucionalidade nesse tipo de previsão, a qual pode vir a ser adotada de forma mais ampla, para a própria conveniência da persecução penal.

Na verdade, a Lei n. 12.694/12<sup>28</sup> pode ser considerada mais protetiva do que o instituto do “juiz sem rosto”, pois prevê a omissão do próprio voto divergente, que seria parte da decisão judicial.

O instituto do “juiz sem rosto” protegeria somente a identidade física do juiz, mas sua decisão ainda precisaria ser publicada em sua integralidade, sob pena de violação à regra que exige a fundamentação de todas as decisões judiciais.

Destaque-se ainda que o artigo 609, parágrafo único do Código de Processo Penal<sup>29</sup> prevê que:

quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

Sendo assim, a omissão do voto divergente, como previsto na Lei n. 12.694 de 2012<sup>30</sup> até mesmo criou uma hipótese de supressão de um dos recursos previstos no código de processo penal, pois impossibilitou a interposição de embargos infringentes e

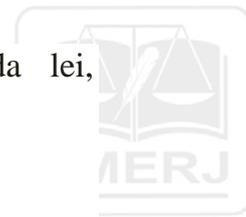
---

<sup>27</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.694/12* (julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas). Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdireito.com.br/lfg/files/2012/08/Lei-12.694-Julgamento-colegiado-em-crimes-praticados-por-organiza%C3%A7%C3%B5es-criminosas.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 15.

<sup>28</sup> BRASIL. Lei n. 12.694, de 17 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2015.

<sup>29</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2015.

<sup>30</sup> BRASIL. Lei n. 12.694, de 17 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.



mesmo assim não houve questionamento sobre a constitucionalidade da lei, considerando a necessidade de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, mesmo com o anonimato dos juízes, o que se vislumbra é a mitigação do princípio da publicidade, em decorrência da inclusão do juiz sem rosto no ordenamento jurídico, pois as decisões ainda teriam de ser publicadas nos órgãos oficiais, o que viabilizaria o seu amplo conhecimento bem como a interposição dos recursos cabíveis.

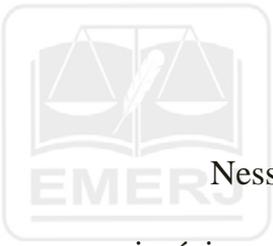
## CONCLUSÃO

Como analisado nesse trabalho, há um aumento histórico da prática de ameaças ao juízes brasileiros, o que demonstra a necessidade de instituir meios mais eficazes de proteção dos magistrados.

O instituto do juiz sem rosto poderia ser um desses meios, por possibilitar o anonimato dos juízes responsáveis por punir os crimes que envolvessem associações criminosas.

Entretanto, ainda há resistência acadêmica à instituição do juiz sem rosto, pois alguns entendem que haveria o enfraquecimento de garantias constitucionais dos acusados.

Foi mencionado que a Lei n. 12.694/2012 flexibilizou alguns princípios, ao determinar, por exemplo, que no caso da prolação de decisões em processos de associações criminosas, não ocorresse a divulgação dos votos dos magistrados que tivessem divergido da opinião da maioria dos julgadores, passando-se a dar conhecimento público somente da decisão tomada pela maioria do colegiado.



Nesse sentido foi esclarecido que o instituto do juiz sem rosto não violaria os princípios constitucionais, mas mitigaria alguns deles, em prol da segurança dos magistrados.

Dessa forma, conclui-se que o juiz sem rosto seria mais uma medida que poderia ser tomada com a intenção de cessar o aumento no número de ameaças praticadas contra os juízes, já que as outras iniciativas que foram tomadas nesse mesmo sentido não tiveram a eficácia esperada.



## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *O Juiz sem rosto e a Lei n. 12.694/12*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-juiz-sem-rosto-e-a-lei-no-1269412/9770>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

*Bandnews exhibe série de reportagens sobre juízes ameaçados*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/05/bandnews-exibe-serie-de-reportagens-sobre-juizes-ameacados>>. Acesso em 24 out. 2015.

BASTOS, Aurélio Wander e CARNEVALE, Marcos. *O Poder Judiciário e a Justiça em números*. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2015/01/o-poder-judiciario-e-justica-em-numeros/>>. Acesso em 24 out. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.694, de 17 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários a Lei 12.694/12* (julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas). Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2012/08/Lei-12.694-Julgamento-colegiado-em-crimes-praticados-por-organiza%C3%A7%C3%B5es-criminosas.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

DWORKIN, Ronald apud GUEDES, Néviton. *A importância de Dworkin para a teoria dos princípios*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>>. Acesso em 09 jul. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. *Nova lei não cria a perigosa figura do juiz sem rosto*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-29/hugo-torquato-lei-nao-cria-perigosa-figura-juiz-rosto>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

FUX, Luiz. *Juízes sem rosto*. Disponível em: <<http://www.justocantins.com.br/noticias-do-brasil-9634-artigo-juizes-sem-rosto.html>>. Acesso em 10 jul. 2015.

GÓES, Bruno. *CNJ: número de juízes ameaçados sobe 50%*: Levantamento mostra que, em 3 meses, a quantidade de magistrados na mira de criminosos foi de 100 para 150.



Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/brasil/cnj-numero-de-juizes-ameacados-sobe-50-3331902>>. Acesso em 23 out. 2015.

HOLMES JR., Oliver Wendell apud OLIVEIRA, Sabrina Leal de. *A presença de fatores sociais nas decisões dos Magistrados. Considerações a partir do Realismo Jurídico Norte-Americano*. Disponível em: <<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/75385/2/13041.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2015.

*Juiz ameaçado*: Ação penal contra Cachoeira está suspensa. Disponível em: <<http://www.complexoandreucci.com.br/?page=noticia&id=654>>. Acesso em: 26 out. 2015.

*Justiça em números 2015 (ano-base 2014)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 24 out. 2015.

MADEIRO, Carlos. *STF declara constitucional criação de vara colegiada para julgar organizações criminosas*. Disponível em: < <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/05/31/stf-declara-constitucional-criacao-de-vara-colegiada-para-julgar-organizacoes-criminosas.htm>>. Acesso em: 24 out. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NEPOMUCENO, Eric. *Homicídios no Brasil superam os de países que vivem em guerra*. Disponível em: < <http://brasildefato.com.br/node/12564>>. Acesso em 10 jul. 2015.

PANZA, Celso. *A 'Omerta'. Quem não silencia é silenciado*. Disponível em: < <http://www.recantodasletras.com.br/cronicas/2047895>>. Acesso em 10 jul. 2015.

*Para proteger magistrados, TJMT institui 'juiz sem rosto' em processos*: Modelo é para juízes que atuam em ações de organizações criminosas. Resolução foi aprovada pelo Pleno e visa proteger juízes de retaliações. Disponível em: < <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2013/10/para-proteger-magistrados-tjmt-institui-juiz-sem-rosto-em-processos.html>>. Acesso em: 22 out. 2015.

*Patricia Acioli, juíza linha-dura com grupos de extermínio de São Gonçalo, é morta na porta de casa*. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/patricia-acioli-juiza-linha-dura-com-grupos-de-extermínio-de-sao-goncalo-morta-na-porta-de-casa-2438304.html#ixzz3gewKIDmD>>. Acesso em 22 jul. 2015.

RIBEIRO, Marcelle. *Comandante da PM acusado de morte de juíza é julgado no Rio*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/comandante-da-pm-acusado-de-morte-de-juiza-e-julgado-no-rio,15dd6ad246fd4410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>>. Acesso em 10 jul. 2015.

WAISELFISZ, Julio Jacobo apud GOMES, Luiz Flávio. *Homicídios: Impunidade de 92%*. Disponível em: < <http://institutoavantebrasil.com.br/homicidios-impunidade-de-92/>>. Acesso em 09 jul. 2015.



## O TRATAMENTO DADO AOS SERIAL KILLERS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Mariane Furtado Cardoso

Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

**Resumo:** Serial Killers não existem apenas em séries e filmes americanos de suspense, sendo um tema ainda pouco explorado no Brasil, já que raramente são diagnosticados e tratados corretamente como tal, sua incidência tem sido cada vez mais frequente no país, entretanto, não há norma penal ou especial que cuide especificamente de casos como esses, gerando assim a necessidade de que tais assassinos sejam julgados com o aparato condizente com essa espécie de crime. A essência do presente trabalho é analisar a maneira mais eficaz e adequada de identificar e punir esses tipos de criminosos.

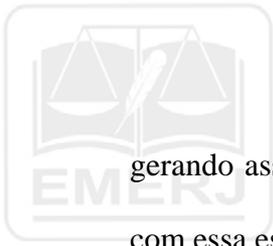
### Palavras-chave:

**Sumário:** Introdução. 1. Serial killers: dissimulados, cruéis e perigosos. Por quê? 1.2 Características definidoras de um serial killer. 1.3. Análise dos serial killers no panorama atual. 2. Sanções cabíveis contra os serial killers e a melhor forma de proteger a sociedade para que eles não voltem a reincidir. 2.1 Diferença básica entre pena e medida de segurança. 2.2 O risco de serial killer ser tratado como um preso comum. 3. As inconstitucionalidades do projeto lei nº 140/2010. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Mesmo estando em tempos modernos, falar sobre *Serial Killers* ainda se revela como algo que gera uma certa estranheza. As pessoas têm a ideia que *Serial Killers* existem apenas em séries e filmes americanos de suspense. Porém, infelizmente, isso não é verdade. O que acontece, na realidade, é que esse tema ainda é pouco explorado no Brasil, não porque não há casos de *Serial Killers* aqui, mas sim porque poucos deles são diagnosticados e tratados corretamente como tal.

Apesar de o tema ainda causar surpresa, os *Serial Killers* vêm se mostrando claramente ao decorrer dos séculos. Sua incidência tem sido cada vez mais frequente no país, entretanto, não há norma penal ou especial que cuide especificamente de casos como esses,



gerando assim a necessidade de que esses agentes sejam julgados com o aparato condizente com essa espécie de crime.

O presente tema foi escolhido por se tratar de matéria polêmica, intrigante e atual, sendo relevante seu estudo, uma vez que os crimes praticados por *serial killers* estão crescendo e são cada vez mais misteriosos, confusos, incompreensíveis e violentos, assustando toda a sociedade. Sendo necessário, dessa forma, que haja uma maneira eficaz e adequada de identificar e punir esse tipo de criminosos.

Para tanto, com o fim de dar fundamento lógico ao tema abordado, faz-se necessário discorrer acerca do que são *serial killers*, quais são as suas principais características; considerações sobre o tema; e a reflexão sobre os motivos de eles fazem o que fazem, para entendermos melhor o risco que esses criminosos podem causar a sociedade.

No capítulo seguinte se estudará as sanções cabíveis a esses tipos de criminosos e qual seria o melhor meio de proteger a sociedade para que os *serial killers* não voltem a reincidir.

No terceiro e último capítulo, será defendido a aplicação do Projeto Lei nº 140/2010, que prevê um novo tipo penal específico para crimes praticados por *serial killers*, e ainda a participação de uma junta de especialistas na elaboração do laudo pericial que servirá de parâmetro para o julgamento do assassino em série.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

## 1. SERIAL KILLERS: DISSIMULADOS, CRUÉIS E PERIGOSOS. POR QUÊ?

*Serial Killer* é uma expressão da língua inglesa, que traduzido para o português significa assassino em série.

O *Serial Killer* é uma espécie de psicopata, mas nem todo psicopata é um *serial killer*. De acordo com a Dra. Ana Beatriz Barbosa Silva<sup>1</sup>, a psicopatia se divide em três graus:

[...]leve, moderado, e grave. Os primeiros se dedicam a trapacear, aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente não “sujarão as mãos de sangue” nem matarão suas vítimas. Já os últimos botam verdadeiramente a “mão na massa”, com métodos cruéis sofisticados, e sentem um enorme prazer com seus atos brutais.

Psicopatas são seres com transtorno de personalidade que são capazes de comportamentos gravíssimos. Eles não respeitam normas sociais. Tem uma aparência normal, mas são extremamente perigosos em suas ações e condutas e representam um alto risco para a convivência, pois todo psicopata tem uma mente privilegiada, é muito inteligente, logo conseguem ficar imperceptíveis até o ataque final.

O pensamento popular é de que o psicopata é aquela pessoa que tem uma fisionomia ruim, que possui cara de mau, sujo, e carrega consigo a pinta de assassino. Entretanto, isso é um grande equívoco, pois eles têm uma capacidade de interpretação imensa, possuem um poder de convencimento tamanho, que manipula pessoas com tranquilidade, e eles fazem isso para atingir os seus objetivos.

De acordo com a referida autora<sup>2</sup>, o psicopata já nasce com a essa tendência à perversidade, mas aqui no Brasil, antes de 18 anos não se pode fechar um diagnóstico de

---

<sup>1</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. 2 ed. São Paulo: Globo, 2014, p. 19

<sup>2</sup> Ibid., p.162



psicopatia, já que entende-se que antes dessa idade, a personalidade de uma pessoa não está totalmente formada.

Entretanto, tal autora<sup>3</sup>, revela que:

[...]pesquisadores envolvidos no estudo específico de personalidades infantojuvenis postulam que algumas pessoas demonstram, de maneira indubitável, possuir uma estrutura de personalidade problemática ainda precocemente, logo já deveriam ser responsabilizados e penalizados pelos seus comportamentos transgressores com o mesmo rigor das leis aplicadas aos adultos.

Logo, há de se fazer uma reflexão sobre casos em que infantojuvenis que pratiquem crimes violentos, com alto teor de perversidade e que sejam diagnosticados indubitavelmente como psicopatas sejam punidos como adultos.

## 1.1 CARACTERÍSTICAS DEFINIDORAS DE UM SERIAL KILLER

A psicopatia é uma maneira de ver e ser, na qual o outro é só uma maneira de ele obter poder, prazer, ou alguma vantagem para si mesmo. Eles não possuem qualquer sentimento de culpa, e não necessariamente são assassinos, ao contrário do que muitos pensam. A grande maioria dos psicopatas podem ser consideradas “comuns”, apenas com o diferencial de serem pessoas inescrupulosas, mentirosos compulsivos, como políticos corruptos contumazes, religiosos que se aproveitam da fé de fiéis.

O psicopata é altamente sedutor e sabe exatamente como cativar uma pessoa para conseguir aquilo que quer. Apresenta incapacidade de empatia, não tem semelhantes e desconhece qualquer tipo de sentimento.

Os psicopatas são dotados de uma indiferença tão brutal, que o prazer deles é ver o outro sofrer. O grande diferenciador do psicopata é capacidade de mentir, sem sofrer qualquer alteração física ou mental, é por isso que detectores de mentira para psicopatas são

---

<sup>3</sup> Ibid., p.162, 163



absolutamente ineficazes. Para eles, que não sentem qualquer emoção, como culpa, pena e arrependimento, mentir é algo tão comum no seu dia-a-dia quanto beber água.

## 1.2 ANÁLISE DOS SERIAL KILLERS NO PANORAMA ATUAL

A psicopatia não tem tratamento. No meio carcerário, é considerado irre recuperável. Deve-se separar os psicopatas dos presos comuns. Psicopatas representam 25% da população carcerária do país. Isso significa que se deve separar os presos recuperáveis dos não-recuperáveis, como é o caso dos psicopatas.

Como a psicopatia não tem tratamento, muitos entendem que a melhor solução seria a pena de morte. Entretanto, de acordo com a Dra. Silva<sup>4</sup>, muitos países como Inglaterra, Canadá, Austrália e em alguns estados dos EUA, se aplicam a Escala de Hare, que foi um profundo estudioso do sobre os psicopatas no sistema penitenciários e criou uma tabela que separa os presos não-psicopatas dos psicopatas, e depois se opta por prisão perpétua, de acordo com o caso concreto, em casos por exemplo de matadores contumazes, como é o caso dos serial killers;

A maior incidência de psicopatas é do sexo masculino, mas para a Dra. Ana Beatriz Silva<sup>5</sup>, tal informação não é totalmente verídica, de forma que a mulher apresenta um meio mais ardiloso ainda, logo não são tão diagnosticadas com tanta frequência quantos os homens.

Todo psicopata é egocêntrico e megalomaniaco, sua vaidade não cabe dentro de sí, e ele gosta de ser reconhecido.

---

<sup>4</sup> Ibid., p. 57

<sup>5</sup> Entrevista fornecida por Ana Beatriz Barbosa Silva concedida à Rede Globo, Programa do Jô, publicada em 08/06/2012. Disponível em: < <http://globoTV.globo.com/rede-globo/programa-do-jo/v/jo-conversa-com-ana-beatriz-barbosa-sobre-psicopatas/1985076/>> Acesso em: 28 set. 2015

### 1.3 O QUE MOTIVA UM SERIAL KILLER A MATAR?

O mais indagado por estudiosos e curiosos sobre o assunto é: Por que *serial killers* agem dessa forma? O que leva uma pessoa a se tornar um assassino em série? De acordo com Ilana Casoy<sup>6</sup> existem 3 linhas de pensamento que explicam tal comportamento: A teoria freudiana, a Escola Clássica e a Escola Positivista:

A teoria freudiana acredita que a agressão nasce dos conflitos internos do indivíduo. [...]A Escola Clássica baseia-se na ideia de que pessoas cometem certos atos ou crimes utilizando-se de seu livre-arbítrio, ou seja, tomando uma decisão consciente com base em uma análise de custo versus benefício. Em outras palavras, se a recompensa é maior do que o risco, vale a pena corrê-lo. Se a punição for extrema, não haverá crimes. Já a Escola Positivista acredita que os indivíduos não têm controle sobre suas ações; elas são determinadas por fatores genéticos, classe social, meio ambiente e influência de semelhantes, entre outros. Não seria a punição que diminuiria a criminalidade, e sim reformas sociais entre outras medidas, para recuperar o indivíduo.

Entretanto, segundo a autora<sup>7</sup>, não importa a teoria, *serial killers* não se enquadram em nenhuma linha de pensamento específica. Na verdade, são um capítulo à parte no estudo do crime.

## 2. SANÇÕES CABÍVEIS CONTRA OS SERIAL KILLERS E A MELHOR FORMA DE PROTEGER A SOCIEDADE PARA QUE ELES NÃO VOLTEM A REINCIDIR.

Para falar sobre as sanções cabíveis contra os *serial killers*, antes de qualquer coisa, é necessário fazer uma breve análise sobre o conceito de crime para se entender como e porque tal conduta praticada pelo *serial killer* será punida.

---

<sup>6</sup> CASOY, Ilana. *Serial Killer: Louco ou Cruel?* Rio de Janeiro: Darkside Books, 2013. p. 19.

<sup>7</sup> Ibid. p. 78



Atualmente no Brasil, entende-se que o conceito analítico de crime é: fato típico, antijurídico e culpável. É toda ação ou omissão proibida por lei, sob pena de alguma sanção, observando se aquele agente sabia que estava cometendo um crime.

Fato típico é aquele que se enquadra perfeitamente à descrição do penal. Antijurídico é aquele fato que age em contrariedade com o ordenamento jurídico, é o que o ordenamento jurídico não permite. Culpável é aquele que o infrator tem ciência quanto à sua conduta ilícita, ou seja, quando ele tem pleno conhecimento de que agiu de forma errada.

Os elementos essenciais da culpabilidade são: a imputabilidade; a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. Para ser culpável deve haver: imputabilidade, que é a condição de maturidade; potencial consciência da ilicitude, que é a possibilidade de o agente saber que a conduta é ilícita e exigibilidade de conduta diversa.

É na culpabilidade que se localiza grande polêmica acerca do tema deste trabalho, eis que as excludentes de culpabilidade são: doença mental, menoridade, embriaguez, erro de proibição, coação moral irresistível e obediência hierárquica.

Reza o Código Penal<sup>8</sup> que:

(...)  
Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

(...)

---

<sup>8</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 01 set. 2015.



Logo, pelo caput do referido artigo se verifica que a imputabilidade existirá quando o agente for mentalmente capaz de compreender a ilicitude do ato praticado. Se o agente não tiver inteira capacidade de compreensão da ilicitude do ato, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, não poderá ser imposta a ele uma sanção penal, e será considerado inimputável.

Já o parágrafo único do mencionado artigo, trata de uma imputabilidade mitigada, que advém de uma percepção, entretanto reduzida do caráter ilícito do ato, que também decorre de uma perturbação mental. Logo, como aqui, o agente não tem total consciência do ato, mas tem uma parte dela, o agente será considerado semi-imputável.

Logo, quando se prende um serial killer por prática de um ou mais crimes, ele pode ser tratado como inimputável, semi-imputável ou imputável.

## 2.1 DIFERENÇAS BÁSICAS ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA

De acordo com o art. 149 do Código de Processo Penal<sup>9</sup>, em alguns casos peculiares, quando houver dúvidas acerca da sanidade mental do criminoso, deve-se instaurar o incidente de insanidade.

Art. 149 - Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

Logo, se verifica que no ordenamento jurídico, a inimputabilidade não pode ser presumida. Tem de ser provada por meio de perícia e em condições de absoluta certeza. E ela deve ser ordenada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Decreto-lei nº DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 01 set de 2015.



De acordo com Casoy<sup>10</sup> o incidente de sanidade mental é instaurado quando existe a suspeita de que o acusado possa ser doente mental.

O processo fica suspenso e o acusado é submetido ao exame, até que se comprove ou se descarte essa possibilidade. No caso de haver um quadro mental que tenha relação direta com o crime cometido, o réu é isento de pena (inimputável) e a medida de segurança é aplicada, por ser o criminoso considerado perigoso. A medida de segurança prevê tempo mínimo de internação (três anos), mas não tempo máximo. A desinternação fica condicionada à cessação de periculosidade, o que pode significar prisão perpétua em alguns casos incuráveis.

Quando finalizado o incidente e dependendo do laudo médico, se o agente for diagnosticado como inimputável, não poderá receber pena, pois não pode ficar recluso em presídios comuns, devendo ser tratado adequadamente, logo irá cumprir medida de segurança.

Se o agente for considerado semi-imputável, é facultado ao juiz diminuir sua pena ou enviá-lo a um hospital de tratamento, se houver recomendação médica.

Se o agente for considerado como imputável, será tratado como um criminoso comum e irá cumprir pena normalmente.

A pena é dividida entre privativa de liberdade e restritiva de direito e tem o caráter principal de punir o agente da infração penal, tendo como consequência a prevenção que o agente cometa novamente o ato ilícito.

A medida de segurança não possui o caráter de punir o agente do ato ilícito, do delinqüente, mas sim de curá-lo e de ressocializá-lo novamente, tornando-o apto para a convivência em harmonia com a sociedade.

Neste sentido, René Ariel Dotti<sup>11</sup> explicou que:

A pena pressupõe a culpabilidade; a medida de segurança pressupõe a periculosidade. A pena tem seus limites mínimo e máximo predeterminados (CP, arts. 53, 54, 55, 58 e 75); a medida de segurança tem um prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, porém o máximo da duração é indeterminado, perdurando a sua aplicação enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade (CP, art. 97, §1º); pena exige a individualização, atendendo às condições pessoais do agente e às circunstâncias do fato (CP, arts. 59 e 60); a medida de segurança é generalizada à situação de periculosidade do agente,

<sup>10</sup> CASOY, Ilana. *Serial Killers made in Brazil*. 2, ed. São Paulo: Arx, 2004, p. 267.

<sup>11</sup> DOTTI, Rene apud MARTA, Tais e MAZZONI, Henata. *Assassinos em série: uma questão legal ou psicológica?*, 2009, Revista USCS, n.17. p.33. Disponível em: [http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/article/viewFile/923/759](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/923/759). Acesso em: 04 set. 2015



limitando-se a duas únicas espécies: internação e tratamento ambulatorial – CP, art. 96.

Assim, pode-se verificar algumas diferenças básicas entre pena e medida de segurança, quais sejam: a medida de segurança deve ser precedida de laudo psiquiátrico, pois deve-se averiguar se aquele autor pode colocar alguém ou a si próprio em perigo. Tem período mínimo geral predeterminado e sua duração “indeterminada”, dependendo da cessação da periculosidade do agente e é cumprida em ambiente hospitalar, como tratamento ambulatorial e internação.

Já a pena tem caráter punitivo, ou seja de punir o agente que sabia do caráter ilícito da conduta. É individualizada, cada crime tem uma duração de sanção mínima e máxima já determinada pela lei.

Na mesma intenção, expôs Luiz Flávio Gomes<sup>12</sup> que:

Penas e medidas de segurança, conceitualmente, distinguem-se porque: 1. a pena tem natureza retributivo-preventiva enquanto as medidas são só preventivas; 2. a pena baseia-se na culpabilidade, enquanto a medida, na periculosidade; 3. a pena aplica-se aos imputáveis e semi-imputáveis – as medidas não se aplicam aos imputáveis; 4. a pena é proporcional à infração – a proporcionalidade das medidas está na periculosidade; 5. a pena é fixa enquanto a medida é indeterminada; 6. a pena está voltada para o passado (crimeculpabilidade-retribuição), enquanto as medidas miram para o futuro (curaprevenção).

Há neste ponto, algo que se deve refletir a respeito, vista que no caso de um serial killer ser tratado como um agente imputável, ele irá cumprir sua pena e quando essa acabar, está livre para cometer uma nova série de crimes, pondo em risco, assim toda a sociedade.

## 2.2 O RISCO DE SERIAL KILLER SER TRATADO COMO UM PRESO COMUM

Se for considerado um agente semi-imputável ou inimputável, o *serial killer* cumprirá medida de segurança<sup>13</sup>, que de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal,

---

<sup>12</sup> Ibid. p.33

<sup>13</sup> No caso de ser considerado semi-imputável, se laudo médico prescrever que o agente precisa de tratamento ambulatorial, o juiz poderá de determinar que ele cumpra medida de segurança.



poderá durar até 30 anos, porém, o juiz, durante o período mínimo de duração da medida de segurança.

Entretanto, o juiz poderá determinar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, consoante o art. 97, §2º do Código Penal<sup>14</sup>, a perícia médica realizar-se-á ao tempo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

É por tal motivo que muitos criminosos alegam e simulam a insanidade e mental, de forma que o cumprimento da medida de segurança, será bem menor do que uma pena comum, se o criminoso simular a insanidade mental e após o período de cumprimento mínimo se mostrar curado, ele será libertado.

No caso dos *serial killers*, isso pode ser ainda mais perigoso, eis que esse tipo de assassinos quando presos, tem plena capacidade de ludibriar a perícia médica, fazendo-se pensar que depois de certo tempo, eles teriam aprendido a lição e que e já estariam prontos para serem reinseridos na sociedade.

Entretanto deve-se saber que assassinos em série não tem cura, vista que são pessoas frias, em que a característica predominante é a ausência de sentimentos, ausência de culpa, de compaixão, o que os torna um perigo eminente para a sociedade quando postos em liberdade.

Assim explica Bonfim conforme aponta Edilson Mougnot Bonfim<sup>15</sup>:

É praticamente consenso na Psiquiatria mundial que os serial killers são irrecuperáveis. Faltando-lhes compaixão pelo “outro” e qualquer sentimento de remorso, são movidos unicamente por suas fantasias, que tornam-se a cada passo mais fortes e às quais eles não podem – ou não querem – resistir. Não existe tratamento eficaz para tais tipos criminosos, uma vez que suas personalidades assim estão formadas [...]. Quando presos, cada vez que conseguem enganar os psiquiatras que os avaliam e, assim, lograr obter a liberdade, tornam imediatamente a matar, tal como faziam ou, ainda, de forma mais elaborada e cruel.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01 set. 2015.

<sup>15</sup> FOGLIA, Isabela apud Bonfim, Edilson. *Análise da psicopatia sob o prisma do direito penal*. Monografia, 2015, São Paulo, p. 38. Disponível em: Acesso em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41851.pdf>> Acesso em : 04 set. 2015 .



Sendo assim, faz necessário que a aplicação de uma sanção penal a um serial killer é algo extremamente complexo. Logo deve ser feito um estudo aprofundado de cada caso em concreto, com a colaboração de vários profissionais das áreas da psiquiatria forense, psicologia forense, etc.

A jurisprudência mundial vem se virando para o sentido da plena responsabilização dos *serial killers* com o propósito de deixar a sociedade à salvo de assassinos desse nível de periculosidade, eis que não se pode dizer que esse tipo de criminoso não tem consciência de suas ações, pelo contrário, eles tem plena ciência de que o que fazem é errado, mas não se importam com as consequências, inclusive, agem minunciosamente para que não sejam pegos.

Logo não poderiam ser tratados da mesma maneira que uma pessoa que tem distúrbio mental ou é diagnosticada louca. Devendo cumprir até uma pena diferenciada dos presos comuns, mais não medida de segurança, pois isto os daria a possibilidade de ficarem em liberdade brevemente, deixando a sociedade em grave risco de vida.

### 3. AS INCONSTITUCIONALIDADES DO PROJETO LEI Nº 140/2010

No Direito brasileiro não existe ainda legislação específica para regular a situação de como se lidar com os *serial killers*, logo, eles são julgados de acordo com os aspectos psicológicos que apresentam. Porém, já existe um Projeto de lei do Senado Federal nº 140/2010<sup>16</sup> em andamento, proposto pelo senador Romeu Tuma, com vistas a acrescentar alguns textos ao Código Penal, para que haja o reconhecimento jurídico do *serial killer*.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Projeto de Lei Nº 140, de 2010 Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=19/05/2010&paginaDireta=21741>>. Acesso em: 08 set.2015



Tal projeto de lei acrescenta os §§ 6º, 7º, 8º e 9º, ao artigo 121 do Código Penal brasileiro com o objetivo de estabelecer o conceito penal de assassino em série. Analisando a matéria do mesmo, pretende-se definir o chamado "assassino em série" nos seguintes termos:

[...]§ 6º Considera-se assassino em série o agente que comete 03 (três) homicídios dolosos, no mínimo, em determinado intervalo de tempo, sendo que a conduta social e a personalidade do agente, o perfil idêntico das vítimas e as circunstâncias dos homicídios indicam que o modo de operação do homicida implica em uma maneira de agir, operar ou executar os assassinatos sempre obedecendo a um padrão pré-estabelecido, a um procedimento criminoso idêntico<sup>17</sup>.

Sendo assim, pode-se verificar que o legislador pretende criar alguns requisitos para que o agente seja considerado um "assassino em série". O primeiro deles seria que o assassino tivesse cometido no mínimo três homicídios dolosos, devendo haver uma conexão temporal entre as condutas.

Já, o segundo requisito seria o perfil idêntico das vítimas, ou seja, o agente elege as suas vítimas dentro de critérios prévios, que levam em consideração a identidade de características físicas e morais, como gênero, raça, etnia, religião, profissão, altura, coloração dos cabelos.

O terceiro e último requisito para que o assassino seja considerado um serial killer seria que os assassinatos tivessem um padrão pré-estabelecido, ou seja, a identidade de "modus operandi" entre os homicídios.

Além desses requisitos, para a caracterização da figura do assassino em série, é necessário a elaboração de laudo pericial, unânime, de uma junta profissional integrada por 2 psicólogos; 2 psiquiatras; e 1 especialista, com comprovada experiência no assunto.

Já, no que tange à pena para o crime que seja considerado um assassinato em série, o legislador pretende cominá-la da seguinte forma:

[...] § 8º- O agente considerado assassino em série sujeitar-se-á a uma expiação mínima de 30 (trinta) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, ou submetido à medida de segurança, por igual período, em hospital psiquiátrico ou estabelecimento do gênero<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid.



Há neste parágrafo uma grande polêmica, de forma que tal texto estaria em confronto com o Código Penal<sup>19</sup>, já que o artigo 75 desta norma impõe que crimes apenados com reclusão não podem ultrapassar 30 anos de pena. Desta forma, o legislador estaria criando exceção de grande porte à regra geral.

Outra criação um tanto quanto polêmica do legislador, seria a exigência de que o regime de cumprimento de pena fosse integralmente fechado, além das vedações à concessão de anistia, graça, indulto, progressão de regime ou qualquer tipo de benefício penal, já que isso estaria diretamente contra o posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Senão vejamos:

CRIME HEDIONDO: EXECUÇÃO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO: APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF, QUE DECLAROU CONSTITUCIONAL O ART. 2º, § 1º, DA L. 8.072/90 - AÍ, COM RESSALVA DA POSIÇÃO EM CONTRÁRIO DO RELATOR - E AFIRMOU SUA SUBSISTÊNCIA AO ART. 10, § 7º, DA L. 9.455/97, QUE SÓ ADMITE A PROGRESSÃO DO REGIME NA HIPÓTESE DO CRIME DE TORTURA. (STF - HC: 82114 RJ, RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, DATA DE JULGAMENTO: 20/08/2002, PRIMEIRA TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJ 20-09-2002 PP-00104 EMENT VOL-02083-03 PP-486)<sup>20</sup>.

Como se pode perceber tal Projeto de Lei é bastante rígido, porém deve-se salientar que o assassino em série é um tipo especial de criminoso, que comete os seus assassinatos de forma metódica, estudada, criteriosa. Normalmente, suas ações são extremamente violentas e as vítimas são eliminadas com requintes sofisticados de crueldade, e por isso deve ser punido de forma dura, para que não tenha chances de ficar em liberdade para continuar fazendo vítimas.

É importante salientar que o mencionado Projeto de Lei, em cumprimento ao disposto no art. 332 do Regimento Interno, foi arquivado em determinação da Presidência em dezembro de 2014, assim como de todas as matérias em tramitação no Senado Federal.

---

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. HC: 82114 RJ, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14747220/habeas-corpus-hc-82114-rj>> Acesso em: 08 set. 2015.

Entretanto poderá ser requerida a continuidade da tramitação da matéria arquivada assinada por um terço da composição da Casa e aprovada pelo Plenário.

## CONCLUSÃO

Os *serial killers*, também chamados de assassinos em série, são considerados os portadores do grau mais elevado de psicopatia. O psicopata é altamente sedutor e sabe exatamente como cativar uma pessoa para conseguir aquilo que quer. Apresenta incapacidade de empatia, não tem semelhantes e desconhece qualquer tipo de sentimento.

Os psicopatas são dotados de uma indiferença tão brutal, que o prazer deles é ver o outro sofrer. O grande diferenciador do psicopata é capacidade de mentir, sem sofrer qualquer alteração física ou mental, é por isso que detectores de mentira para psicopatas são absolutamente ineficazes. Para eles, que não sentem qualquer emoção, como culpa, pena e arrependimento, mentir é algo tão comum no seu dia-a-dia quanto beber água.

A psicopatia não tem tratamento. No meio carcerário, é considerado irrecuperável. Deve-se separar os psicopatas dos presos comuns. Psicopatas representam 25% da população carcerária do país. Isso significa que se deve separar os presos recuperáveis dos não-recuperáveis, como é o caso dos psicopatas.

No âmbito jurídico, o *serial killer* pode passar por três situações quando é detectado e capturado pela polícia. Ele poderá ser considerado imputável, inimputável ou semi-imputável, dependendo das avaliações que forem feitas com ele para qualificar sua saúde mental.

No primeiro caso, sendo visto como imputável, ele será igualado a um assassino comum, recebendo, portanto, a mesma pena que alguém receberia pelo crime de homicídio. Ao término da pena, ele será libertado, e depois de um certo tempo, voltará a matar. No



Brasil, ele seria preso por no máximo 30 anos, de acordo com o artigo 75 do Código Penal, que estabelece esse limite para qualquer pena que seja declarada em um julgamento.

O segundo caso, da inimputabilidade não pode receber pena, e deve ficar em um local distinto das penitenciárias comuns, recebendo tratamento adequado, como medida de segurança, para que depois possa voltar à sociedade sem o transtorno. O crime não é excluído, o que ocorre é somente a não aplicação da pena.

O terceiro caso, do assassino considerado semi-imputável, é quando o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No Brasil não existe legislação específica para os *serial killers*, sendo estes julgados de acordo com os aspectos psicológicos que apresentarem. Entretanto, existe um Projeto de lei do Senado nº 140/2010 em andamento, proposto pelo senador Romeu Tuma, com vistas a acrescentar alguns textos ao Código Penal, para assim haver o reconhecimento jurídico do Serial Killer.

Este projeto, contudo, apresenta pontos conflitantes com a nossa Constituição, os quais são motivo de debates, porém não há dúvida de que a regulamentação da situação de assassinos em série se faz absolutamente necessária no ordenamento jurídico brasileiro, devido a frequência de casos com tais características.

Logo, se conclui que com alguns aperfeiçoamentos, e um auxílio mais forte das ciências citadas no início do texto, ele poderá ser melhorado e tornado compatível com a Carta Magna.

## REFERÊNCIAS



BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei Nº 140, de 2010 Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=19/05/2010&paginaDireta=21741>> Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Superior Tribunal Federal. HC: 82114 RJ, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Disponível em:< <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14747220/habeas-corpus-hc-82114-rj>> Acesso em: 08 set. 2015.

CASOY, Ilana. *Serial killers made in Brazil*. 2 ed. São Paulo: Arx, 2004.

\_\_\_\_\_. *Serial Killer: Louco ou Cruel?* Rio de Janeiro: Darkside Books, 2013.

DOTTI, Rene apud MARTA, Tais e MAZZONI, Henata. *Assassinos em série: uma questão legal ou psicológica?*. 2009, Revista USCS, n. 17. p.33. Disponível em: <[http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/article/viewFile/923/759](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/923/759)>. Acesso em: 04 set. 2015.

FOGLIA, Isabela apud Bonfim, Edilson. *Análise da psicopatia sob o prisma do direito penal*. Monografia, 2015, São Paulo, p. 38. Disponível em: Acesso em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41851.pdf>> Acesso em : 04 set. 2015.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. 2 ed. São Paulo: Globo, 2014.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Entrevista concedida à Rede Globo, Programa do Jô, publicada em 08/06/2012. Disponível em: < <http://globotv.globo.com/rede-globo/programa-do-jo/v/jo-conversa-com-ana-beatriz-barbosa-sobre-psicopatas/1985076/>> Acesso em: 28 set. 2015



## ATIVISMO NA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E A FIGURA DO “ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL”

Mariane Vargas da Silva

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

**Resumo:** A presente pesquisa visa a apresentar um estudo sobre o ativismo judicial na atuação da Corte Constitucional da Colômbia até chegar ao “estado de coisa inconstitucional”. Essa exposição passa pelo estudo da história constitucional da Colômbia e da própria Corte. Demonstrar os pontos importantes de organização e funcionamento do Tribunal como facilitadores do ativismo. No início do controle de constitucionalidade, com a verificação de decretos presidenciais até a declaração do Estado de Coisa Inconstitucional. A essência do trabalho é expor a figura do “estado de coisa inconstitucional” como expressão do ativismo da Corte Constitucional Colombiana.

**Palavras-Chave:** Direito Constitucional. Ativismo Judicial e Judicialização da Política. Controle de Constitucionalidade. Estado de coisa inconstitucional. Corte Constitucional Colombiana

**Sumário:** Introdução. 1. Contextualização do Estado de Coisa Inconstitucional na Corte Constitucional e o Ativismo na Colômbia. 2. Histórico e Origem do Controle de Constitucionalidade e da Corte Constitucional Colombiana. 3. Ativismo Judicial e Judicialização da Política na Colômbia. 4. Entendimento Consolidado na Jurisprudência de que Direitos Sociais são também Direitos Fundamentais. 5. Estado de Coisa Inconstitucional. Origem. Fundamentos e Características. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa tratar do ativismo judicial na Colômbia com recorte para a análise do histórico e origem do ativismo desde o início da Corte Constitucional Colombiana e sua atuação até o “Estado de Coisa Inconstitucional”. Procura-se apresentar o desenvolvimento do ativismo judicial colombiano até o estado de coisa inconstitucional, para isso será abordada a história constitucional colombiana, a instauração da Corte Constitucional, sua estrutura e organização, bem como o início da sua atuação mais ativista.

O “Estado de Coisa Inconstitucional” é uma figura que exige estudo sobre direito constitucional social, principalmente quanto às questões relativas à efetivação e sobre a problemática relacionada à mitigação do princípio da separação de poderes decorrente de uma atuação mais vigorosa do judiciário.



Partindo dessas questões, o objetivo geral se traduz em apresentar a figura do “estado de coisa inconstitucional” como criação jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia sendo expressão de uma postura ativista da corte.

Para alcançar esse desiderato, no primeiro capítulo será apresentado o momento histórico e social em que surge o “estado de Coisa inconstitucional”, apresentando o problema enfrentado pela Colômbia com a transição para uma nova constituição: as dificuldades de efetivação dos direitos constitucionais.

No segundo capítulo será exposto um breve relato da história constitucional da Colômbia, expondo ainda, o contexto em que a Constituição Colombiana de 1991 foi promulgada, bem como a sua estrutura e competências.

Em seguida, no terceiro capítulo, será apresentado o ativismo judicial e a judicialização da política na Colômbia, para demonstrar como esses fenômenos ganharam força através da Corte Constitucional.

O quarto capítulo delinea a origem, fundamentos e conceito do “estado de coisa inconstitucional”, quais sejam os precedentes judiciais proferidos pela Corte Constitucional Colombiana.

## **1. O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

Durante a década de 80, a América Latina inicia um processo de redemocratização, Paraguai (1989)<sup>1</sup>, Brasil (1985)<sup>2</sup>, Argentina (1983)<sup>3</sup>, Peru (1980)<sup>4</sup>, Uruguai (1984)<sup>5</sup> e Chile (1990)<sup>6</sup>. A

---

<sup>1</sup> UHARTE POZAS, Luis Miguel. *El Proceso de Democratización Paraguayo: Avances y Resistencias*. America Latina Hoy. Salamanca, v. 60, abr., 2012, p. 23. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30823344002>. Acesso em: 13 nov. 2015.

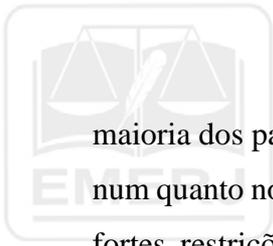
<sup>2</sup> Marca o fim do regime militar com a saída do último Presidente Militar João Baptista Figueiredo (Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/jb-figueiredo>. Acesso em: 13 nov. 2015) e o início do governo de transição com eleições indiretas para presidente, onde foi eleito o Presidente Tancredo Neves, que apesar de não ter tomado posse deve figurar na galeria dos Presidentes da República por força da Lei n. 7.465, 21 de abril de 1986. (Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/tancredo-neves>. Acesso em: 13 nov. 2015). Nesta ocasião quem assumiu foi seu o vice-presidente José Sarney. (Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/jose-sarney>. Acesso em: 13 nov. 2015.)

<sup>3</sup> Assume o Presidente Raúl Alfonsín, como símbolo da democracia nacional e retorno do poder para a sociedade civil. Disponível em: <http://www.caserosada.gob.ar/nuestro-pais/galeria-de-presidentes>. Acesso em: 13 nov. 2015.

<sup>4</sup> Eleito o Presidente Fernando Belaunde Terry. Disponível em: [http://peruroutes.com/peru\\_presidentes.htm](http://peruroutes.com/peru_presidentes.htm). Acesso em: 13 nov. 2015.

<sup>5</sup> Toma posse o Presidente Julio Maria Sanguinetti Coiroló. Disponível em: [http://www.cidob.org/biografias\\_lideres\\_politicos/america\\_del\\_sur/uruguay/julio\\_maria\\_sanguinetti\\_coiroló](http://www.cidob.org/biografias_lideres_politicos/america_del_sur/uruguay/julio_maria_sanguinetti_coiroló). Acesso em: 13 nov. 2015.

<sup>6</sup> Patricio Aylwin Azócar em 1990, toma posse como primeiro presidente democrático em 17 anos no Chile. Disponível em:



maioria dos países estava sob forte regime ditatorial, ou estavam sob estado de exceção. Tanto em quanto noutro, garantias fundamentais como a liberdade de expressão e locomoção sofrem fortes restrições pelo poder estatal. Essas circunstâncias dificultam o desenvolvimento da democracia, prejudicando também o aprimoramento do discurso e efetivação dos direitos fundamentais. A partir de então começa uma transição, na Colômbia instaura-se nova ordem jurídica com a Constituição de 1991, como forma de reestruturação democrática e fortalecimento dos direitos fundamentais frente ao Estado.

Trata-se de Constituição com grande catálogo de direitos fundamentais e sociais, arts. 11 ao 82 da CPB/1991<sup>7</sup>, participação forte de setores que sempre foram aliados dos processos constitucionais originários, maior apelo democrático e ampliação dos mecanismos de justiça constitucional. Podemos dizer que isso representou grande avanço, na medida em que ao adquirir *status* constitucional muitos direitos puderam ser objeto de oposição ao Estado em esfera judicial.

Trata-se de uma constituição dirigente, ou seja, continha metas que deveriam ser cumpridas no futuro e com a regular e paulatina implementação constitucional. São regras ditas programáticas que demandam esforço prévio legislativo para o seu integral cumprimento. Entretanto a política governamental pouco se preocupou com a sua efetivação.

O atraso nas metas constitucionais e a inclusão desse rol de direitos e garantias no corpo constitucional resultou no aumento da importância do poder judiciário. Quando se incorporam direitos na Constituição, principalmente os sociais, e o poder público falha na prestação e efetivação, é legítimo que sejam pleiteados por via judicial. Daí a importância do poder judiciário na concretização do plano constitucional, que passa a exercer esse papel mais contundentemente que os poderes executivo e legislativo. Desenha-se, assim, cenário bem favorável para o florescimento do ativismo judicial e da judicialização da política.

Na Colômbia, o judiciário, dentro desse novo contexto, é inundado de ações individuais com vistas à satisfação de direito constitucional. O problema é que embora as ações aumentassem exponencialmente, aquela situação de violação do direito generalizada permanecia. Os pleitos individuais resolviam o problema pontualmente e tinham efeito apenas para o demandante. O Estado se mantinha inerte e a realidade fática de negligência ao mandamento constitucional era constante.

---

<http://www.biografiadechile.cl/detalle.php?IdContenido=406&IdCategoria=8&IdArea=32&TituloPagina=Historia%20de%20Chile>. Acesso em: 13 nov. 2015.

<sup>7</sup> COLÔMBIA. Constituição Política da Colômbia. Disponível em: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html). Acesso em: 15 nov. 2015.



O estado de coisa inconstitucional, por sua origem, pode ser explicado a partir dessa corrente lógica de fatos. As pessoas começaram a manejar cada vez mais ação de tutela para coibir o Estado a realizar seu direito. A Corte Constitucional foi abarrotada dessas ações até que proferiu sentença que reconhece um estado de coisa inconstitucional, caracterizado por uma situação concreta permanente e pungente de violação de direitos fundamentais em que o Estado se mantém omissivo.

A Corte verifica essas características, declara o estado de coisa inconstitucional em sentença. Trata-se, pois, de decisões com execução complexa<sup>8</sup> que ordenam a realização de medidas específicas para vários órgãos e entidades públicos, com o fim de resolver aquele problema crônico de forma definitiva. O que a Corte Colombiana pretendeu era evitar que por questões estruturais e orgânicas da própria máquina estatal, fosse impedida a realização do projeto constitucional, cujo substrato fundamental depende diretamente do acesso e garantia de direitos sociais.

O estado de coisa inconstitucional tem origem na jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana. O objetivo precípua é acabar com situações fáticas de constante desrespeito aos direitos constitucionais, principalmente os fundamentais e sociais. Nasce dentro de uma nova configuração e relação entre os poderes, em que se verifica a tendência de um maior diálogo entre o poder judiciário, legislativo e executivo.

Assim, será realizado um breve histórico da origem do controle de constitucionalidade na Colômbia e da Corte Constitucional Colombiana. Além disso será exposto como se deu o avanço do ativismo judicial e a judicialização da política e a evolução do entendimento sobre a efetividade dos direitos sociais e fundamentais da Corte.

## **2. HISTÓRICO E ORIGEM DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.**

O Controle de Constitucionalidade na Colômbia tem origem nas Constituições das províncias granadinas, promulgadas nos anos que se seguiram ao da independência, que é datada de 20 de julho de 1810. A Constituição da província de Cudinamarca estabelecia a criação de um órgão de natureza judicial, denominado de Senado de Censura e Proteção. Esse

---

<sup>8</sup> FRANCO. Diana Rodriguez GARAVITO, César Rodríguez.. *Um giro em los estúdios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado em Colombia*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad: La protección judicial de los derechos sociales. Quito., p. 231-373. out. 2009. Disponível em: [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/8\\_Proteccion\\_judicial.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/8_Proteccion_judicial.pdf). Acesso em 14 nov. 2015.



órgão possuía a competência de proteger a supremacia constitucional, mas o que é relevante nesse caso não é nem a data, que parece bem antiga para controle, se comparado com o Brasil, mas a forma de atuação e de acesso.

O Senado de Censura e Proteção tinha poderes para atuar no controle de constitucionalidade de ofício e a provocação era por simples petição apresentada por qualquer cidadão<sup>9</sup>. Desde a formação do estado independente o controle de constitucionalidade podia ser exercido de forma direta e sem limitação do rol dos legitimados. Assim, o controle de constitucionalidade era conhecido pelo povo colombiano e bem aceito desde a sua inauguração.

Entretanto, durante a história constitucional subsequente, a evolução do controle da supremacia constitucional não foi vetor sempre ascendente. Na primeira metade do século XIX<sup>10</sup> foram promulgadas várias constituições, no entanto os mecanismos de controle eram ausentes ou bastante tímidos, com raras exceções<sup>11</sup>.

Após a promulgação da Constituição de 1853, em que se constitui um estado unitário, é inegável o avanço e a retomada da ideia e mecanismos de controle constitucional. Seguiram essa tendência também a constituição de 1958 e a constituição de 1863. Entretanto, a Carta Constitucional de 1886 apesar de inaugurar a forma federativa de Estado, o princípio da supremacia constitucional foi descredenciado, inicialmente pela ausência de uma Corte Constitucional, e depois a restrição da competência atribuída Corte Suprema de Justiça no controle de legalidade. Além disso o controle constitucional sofreu outro ataque com a Lei 153 de 1887, que estabeleceu a presunção de constitucionalidade das leis posteriores à constituição, ou seja, na prática apenas as leis anteriores poderiam sofrer controle.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> CUNDINAMARCA. Constituição, de 04 de abril de 1981. Artículo 9.- Habrá un Senado de Censura y Protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquiera ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-cundinamarca-30-de-marzo-de-1811-y-promulgada-el-4-de-abril-de-1811--0/html/008e4dae-82b2-11df-acc7-002185ce6064\\_2.html#I\\_2\\_](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-cundinamarca-30-de-marzo-de-1811-y-promulgada-el-4-de-abril-de-1811--0/html/008e4dae-82b2-11df-acc7-002185ce6064_2.html#I_2_). Acesso em: 12 nov. 2015.

<sup>10</sup> 1821, 1830, 1832 e 1843. SILVA, Paula Robledo. *Aportes Fundamentales de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana Tras Dieciocho años de existencia*. Em Anuário Ibero Americano de Justicia Constitucional. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 13. 2009. p. 601.

<sup>11</sup> NOVA GRANADA. Constituição Política do Estado de Nova Granada, de 01 de março de 1983. 1 Artículo 162.- El congreso tiene la facultad de anular todos los actos y resoluciones de las cámaras de provincia: el Poder Ejecutivo tiene la de suspenderlos en los casos de que sean contrarios a la constitución o a las leyes, o que no estén dentro de sus facultades; pero dará cuenta al próximo congreso para su resolución definitiva; y el gobernador de la provincia tiene también la misma facultad de suspenderlos; pero dando aviso sin demora al Presidente de la República para ejecutar lo que por éste se resuelva. Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1832. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-21/html/0260fdfc-82b2-11df-acc7-002185ce6064\\_1.html#I\\_16\\_](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-21/html/0260fdfc-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html#I_16_). Acesso em 28.08.2014.

<sup>12</sup> SILVA, op. cit., p. 603.



Como se pode ver, até o advento da atual Constituição Colombiana, de 1991, houve picos e vales no processo de desenvolvimento e construção de ferramentas do controle constitucional. Nem com as reformas da Constituição de 1886, uma em 1977 e outra em 1979, foram capazes de estabelecer um controle de constitucionalidade substancial e efetivo. Ressalte-se que até as vésperas da constituição de 1991, não havia na Colômbia um órgão especializado nessa tarefa, embora algumas tentativas tenham sido feitas, todas foram inviabilizadas.

## 2.1 Constituição de 1991

Um ano antes da Constituição de 1991 a Colômbia vivenciava um período marcado por forte violência e forte instabilidade política. Nessa época a Colômbia era vítima da atuação de vários grupos armados, dentre eles guerrilheiros, narcotraficantes e paramilitares, o que tornava a vida pública política e social muito conturbada, um ambiente muito tenso e de crescente desconfiança nas instituições.

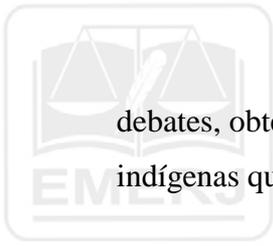
Além disso, as reformas realizadas na Constituição de 1886 não lograram êxito. O que a sociedade civil e os grupos armados pretendiam eram uma nova constituição. Houve forte pressão de movimentos estudantis e alguns grupos belicosos para que o Presidente Virgílio Barco Vargas convocasse um plebiscito para consultar a população sobre a instalação de uma Assembleia Constituinte. Entretanto o presidente não cedeu e convocou apenas as eleições normais.

A intransigência presidencial e de todo esse contexto deram ensejo ao Movimento pela *séptima papeleta*. Iniciado por movimentos estudantis, o Movimento pela *Séptima Papeleta*<sup>13</sup> apresentou proposta para todos os eleitores colombianos a incluírem na urna uma sétima papeleta, que teria a opção para a convocação de uma Assembleia Constituinte. A ideia obteve tanta adesão que o presidente vencedor teve de se submeter à vontade popular.

Como a convocação foi marcada por forte intervenção popular, os trabalhos da Assembleia também contaram com participação popular. Com a promulgação foi possível a composição com alguns grupos guerrilheiros que entregaram as armas para serem acolhidos novamente pela sociedade civil. Além de vários segmentos da sociedade terem participado dos

---

<sup>13</sup> Disponível em: <http://www.distintaslatitudes.net/movimento-de-la-septima-papeleta-en-colombia>. Acesso em: 10 nov. 2015.



debates, obtendo o reconhecimento de garantias e direitos, como por exemplo as comunidades indígenas que passaram a ter representação no Congresso<sup>14</sup>.

## 2.2 Corte Constitucional Colombiana, alguns aspectos relevantes.

Uma alteração substancial<sup>15</sup> no controle de constitucionalidade na Colômbia foi trazida somente com a atual carta constitucional<sup>16</sup>, trata-se da criação de um órgão judicial especializado, qual seja a Corte Constitucional.

A Corte Constitucional Colombiana é órgão de cúpula do poder judiciário colombiano, especializado na função do controle de constitucionalidade. Está inserido dentro da estrutura chamada de *Rama Judicial*, e possui autonomia funcional.

Sua composição está regulamentada em lei infraconstitucional, uma das únicas coisas que a constituição se prestou a definir é de que o número de membros deveria ser ímpar. De acordo com a Lei estatutária da administração da justiça será composta por 9 magistrados, sendo 3 indicados pelo Presidente da República, 3 da Corte Suprema de Justiça e mais 3 pelo Conselho de Estado, e serão votados pelo Senado<sup>17</sup>. Seus membros são eleitos para mandatos de 8 anos, sendo vedada a reeleição.

A Corte Constitucional possui suas funções bem definidas no art. 241 da Constituição Colombiana:

---

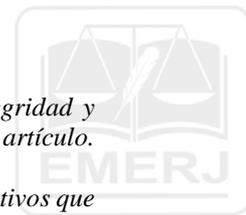
<sup>14</sup> ARANA, Edgar. História Constitucional Colombiana. Disponível em:

<http://unilibrepereira.edu.co/catehortua/posgrados/archivos2/HISTORIA%20CONSTITUCIONAL%20COLOMBIANA.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2015. P. 14.

<sup>15</sup> V. FEOLI, Marco F. *De la justicia Constitucional o las Justicias Constitucionales: La Contribución de América Latina (los casos de Colombia y Costa Rica XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*. Santiago de Compostela, 2010, p. 2103.

<sup>16</sup> COLÔMBIA. Constituição Política da Colômbia. art. 116. *La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*. Disponível em: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html). Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>17</sup> COLÔMBIA. Constituição Política da Colômbia. Art. 44. *INTEGRACION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. La Corte Constitucional está integrada por nueve (9) Magistrados, elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de ternas que presentan: tres (3) el Presidente de la República, tres (3) la Corte Suprema de Justicia y tres(3) el Consejo de Estado. Las ternas deberán conformarse com abogados de distintas especialidades del derecho y el Senado elegirá um Magistrado por cada terna, procurando que la composición final de la Corte Constitucional responda al criterio de diversidad en la especialidad de los Magistrados.* Ley n. 270 de 1996. Disponível em: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html). Acesso em: 15 nov. 2015.



*Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...]*

*7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. [...]*

*9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. (...)*<sup>18</sup>

Pode-se extrair do citado dispositivo que a Corte Constitucional possui um rol amplo de funções, como o julgamento de ações de constitucionalidade contra leis, decretos com força de lei e atos legislativos reformadores da Constituição, de acordo com o Decreto nº 2591, de 19 de novembro de 1991<sup>19</sup>, sobre ação de tutela e o Decreto nº 2067, de 4 de setembro de 1991<sup>20</sup>, que trata do procedimento constitucional, objeções por inconstitucionalidade levantadas pelo governo contra os projetos de lei, emissão de pronunciamentos sobre a constitucionalidade dos tratados internacionais assinados pelo Estado Colombiano, dentre outras.

Duas dessas funções merecem ser destacadas, a primeira auxilia na explicação da importância da Corte Constitucional na vida política dos colombianos e o ativismo, a segunda, é ainda mais necessária vez que é um dos pontos de partida para a Corte declarar o “estado de coisa inconstitucional”.

A análise da constitucionalidade dos decretos legislativos editados pelo Governo que declara o estado de guerra exterior<sup>21</sup>, estado de comoção interior<sup>22</sup> e estado de emergência<sup>23</sup> (item 7) e a revisão de decisões judiciais relacionadas com a ação de tutela (item 9) são as atribuições das quais nos referimos acima.

### 3. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA COLÔMBIA

O ativismo judicial, por seu conceito, está ligado a ideia de um desempenho mais amplo e intenso do judiciário na concretização de direitos e garantias constitucionais, que

<sup>18</sup> COLÔMBIA. Constituição Política da Colômbia. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em 13 nov. 2015.

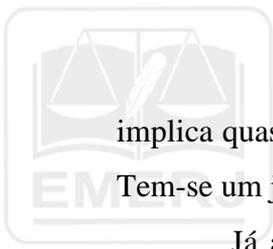
<sup>19</sup> Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>. Acesso em: 12 nov. 2015.

<sup>20</sup> Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202067.php>. Acesso em: 12 nov. 2015.

<sup>21</sup> Art. 212. COLÔMBIA. Constituição Política da Colômbia. Art. 212. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em 13 nov. 2015.

<sup>22</sup> Art. 213 COLÔMBIA. Constituição Política da Colômbia. Art. 212. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em 13 nov. 2015.

<sup>23</sup> Art. 215 COLÔMBIA. Constituição Política da Colômbia. Art. 212. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em 13 nov. 2015.



implica quase sempre em maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes<sup>24</sup>.

Tem-se um judiciário que passa a agir com vistas a acelerar uma mudança social.

Já a judicialização da política pode ser entendida como o fenômeno de que certos assuntos tradicionalmente decididos por meios políticos e que eram considerados próprios da política democrática, passaram a ser decididos cada vez mais pelo judiciário. Muitas questões passam a ser discutidas dentro do discurso jurídico e saem do político.<sup>25</sup>

Veja, o instituto objeto desse estudo é resultado de construção jurisprudencial; a sentença derivada do reconhecimento do estado de coisa inconstitucional cuja execução é complexa pois o judiciário convoca vários órgãos e autoridades do governo para resolver o problema. Nesse processo não há uma autoridade ré específica que irá sozinha suportar a sucumbência e obrigações determinadas pelo magistrado. Assim, é que dentro da delimitação apresentada, está claro ser hipótese de ativismo judicial.

Já a judicialização da política é utilizada como ferramenta para entender os motivos que levaram a construção desse instituto. A Judicialização não depende do judiciário, vez que é o poder judicial atuando por provocação.

O estado de coisa inconstitucional derivou de um número muito grande de ações de tutela contra uma situação de violação dos direitos fundamentais, atento a isso, o juiz constitucional de cúpula criou esse expediente a fim de evitar novas ações sob o mesmo fundamento para resolver de forma definitiva o problema.

Dessa forma, este tópico se propõe a relatar o início da atuação ativista da Corte Constitucional, bem como situações em que há claramente a judicialização da política.

Como mencionado, a Constituição Colombiana de 1991 inovou no controle de constitucionalidade, uma vez que foi a primeira que criou um órgão especializado para essa função. A esse órgão foi atribuída a competência para realizar o controle de constitucionalidade de decretos legislativos preferidos pelo chefe do poder executivo, que declara o estado de guerra exterior, estado de comoção interior e estado de emergência. A partir desse marco a Colômbia sofreu grandes transformações porque o judiciário passou analisar uma questão política, não se resumindo apenas ao controle de legalidade.

Desde o fechamento temporário do Congresso, em novembro de 1949 até a Constituição de 1991 a Colômbia viveu 42 anos, dos quais 35 anos foram vividos sob o regime

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Acesso em: 16 nov. 2015.

<sup>25</sup> UPRIMNY, Rodrigo. *La judicializacion de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*. Sur, Rev. int. direitos humanos. São Paulo, v. 4, n. 6, 2007. p. 53-54.



de estado e exceção. Com o advento da carta constitucional atual, a Corte Constitucional passou a exercer um controle material sobre as declarações de emergência, avaliando se realmente existiam as condições que pudessem caracterizar uma crise generalizada para ser instalado o estado de emergência. A Corte realizava não só o controle judicial, como especificado pela constituição, mas também o controle político dessas declarações.

Após a observação do período em que os decretos foram controlados pela Corte constata-se que houve uma alteração: a porcentagem referente ao tempo vivido pela Colômbia em estado de sítio entre o período de 1941-91 era de 80% (antes), a partir do controle judiciário caiu para 20(%)<sup>26</sup>. Foi, portanto, no controle dos excessos governamentais que se observa o despontar de uma atuação mais contundente frente aos outros poderes, uma vez que extrapolou o limite do controle de legalidade imposto pela constituição. Agiu assim, com vistas a evitar novamente o estado de exceção, que geraria um impacto muito ruim à sociedade colombiana que não queria novamente ver vários direitos restringidos em razão do estado de emergência.

No que se refere à judicialização da política pode-se identificar alguns fatores. Uma das causas principais para o fenômeno da judicialização é a descrença da sociedade em relação aos representantes políticos. As demandas que não eram respondidas minimamente pelo governo passaram a ser apresentadas ao judiciário.

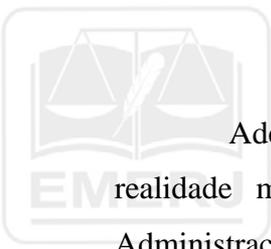
Além do fator, de cunho constitucional, que passou a legitimar o ingresso em juízo dessas demandas, a estrutura e funcionamento do judiciário contribuíram para esse fenômeno. Foram transferidas várias demandas que eram de ordem política para apreciação judicial, porque o acesso ao judiciário é mais fácil do que aos outros dois poderes. Daí o cenário é bem favorável para o florescimento do judicialização da política.

Inclui-se nesse bojo, não só o interesse do cidadão, mas também o interesse político na judicialização de determinados pontos. Isso porque o repasse para o judiciário da incumbência de tomar determinadas decisões, muitas vezes é conveniente porque evita o desgaste político. O Judiciário é visto como órgão neutro e apartidário. A despolitização de determinadas matérias se mostra assim bastante vantajosa principalmente quando há bloqueio institucional.

Aponta-se ainda a visão de que o poder judiciário deve ser forte para garantir o respeito aos direitos fundamentais e coibir os excessos da Administração. A independência é elemento essencial para a manutenção de um estado democrático de direito.

---

<sup>26</sup> UPRIMNY. op. cit. p. 54.



Ademais, a Colômbia possui grande deságio entre o texto constitucional e a sua realidade material. Essa discrepância e vários outros fatores como a descrença na Administração e nos representantes, no Estado e suas instituições contribuíram para o crescimento da atuação judicial na realização das promessas constitucionais.

#### **4. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA JURISPRUDÊNCIA DE QUE DIREITOS SOCIAIS SÃO TAMBÉM DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A doutrina clássica apresenta três gerações de direitos que acompanham a evolução da humanidade. São históricos porque emergiram em situações diversas e são resultados de lutas distintas<sup>27</sup>. Há os direitos de primeira geração são os direitos relativos às liberdades e direitos civis, como a propriedade e a liberdade de expressão; os de 2º geração, são aqueles direitos sociais e políticos; e os de 3º se relacionam com solidariedade e fraternidade.

Inicialmente, se esperava uma conduta omissiva do Estado, uma atuação negativa de não restringir os direitos das pessoas, são direitos naturais da essência de qualquer ser humano, por isso não podem sofrer restrições por mera liberalidade e merecem destaque constitucional. Após essa fase a sociedade começa a cobrar direitos sociais, de cunho prestacional, ou seja, ao contrário dos de 1ª geração, demandam uma ação positiva do Estado de realizar ações para o fornecimento de serviços públicos ligados à efetivação dos direitos sociais.

Essa classificação e a diferença do momento histórico em que surgiram fizeram toda a diferença nas constituições. Isso porque pela história do constitucionalismo mundial, primeiro foram consagrados os direitos de primeira geração<sup>28</sup> no século XVIII, e apenas na Constituição de Weimar na Alemanha e na Constituição Mexicana, a primeira em 1919 e a segunda em 1917 é que se positivaram os direitos sociais no corpo constitucional.

Tanto na constituição colombiana<sup>29</sup> quanto na constituição brasileira<sup>30</sup>, os direitos de primeira geração estão em tópicos separados. Diante dessa conformação normativa, é possível chegar à conclusão de que apenas os direitos fundamentais estão em patamar diferente dos direitos sociais, um não se confunde com outro. Um direito fundamental quando violado pelo

---

<sup>27</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 233 e 234.

<sup>28</sup> Declaração de Virgínia de 1777 e na Declaração de Direitos do Homem, proclamadas pela Revolução Francesa em 1789.

<sup>29</sup> Os direitos fundamentais estão no capítulo 1 e os direitos sociais estão no capítulo 2. COLÔMBIA. Constituição Política da Colômbia. Art. 212. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em 13 nov. 2015.

<sup>30</sup> Os direitos fundamentais estão no art. 5º e os sociais no art. 6º. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 13 nov. 2015.



Estado - aplicação vertical - faz surgir para o ofendido a pretensão de opô-lo em juízo, já os sociais não são de fácil cobrança.

Como levemente citado, os direitos sociais exigem uma postura ativa do Estado, envolve com isso o dispêndio de recursos e principalmente regulamentação para a forma de prestação. Quando editadas essas constituições, na maioria das vezes os dispositivos que cuidavam desses direitos eram classificados como normas programáticas. Isso significa dizer que o judiciário não poderia proferir decisão para o cumprimento do direito social em juízo se não houvesse lei regulamentando. Sem falar no fato de que envolve matérias atines às políticas públicas que são de competência do poder legislativo e executivo. Dentro dessa lógica não pode o judiciário adentrar nesse mérito.

Assim é, que tanto a Colômbia quanto o Brasil enfrentam grande obstáculo que se traduz na delimitação dos direitos fundamentais que não estariam topograficamente inseridos nesse rol do texto constitucional. A partir do momento que um direito é considerado como fundamental passa a ser direito subjetivo da pessoa, pouco importa se há lei ou medida estatal específica, pode ingressar em juízo pleiteando a prestação.

No caso colombiano, esses direitos fundamentais podem ser objetos de pretensão via ação de tutela. Em um primeiro momento, A corte constitucional colombiana negou veementemente a possibilidade de um direito fundamental fora do capítulo 1 pudesse ser exigido por essa via judicial.

Os argumentos para essa posição eram dois: o critério da rubrica e o caráter prestacional dos direitos sociais.

Como já mencionado, se os direitos sociais não estão no título dos direitos fundamentais não podem ser defendidos por mecanismos de proteção reforçada, como as ações de tutela. No que se refere à natureza prestacional, de igual maneira corrobora essa tese, vez que sua prestação ampla pressupõem dotação orçamentária e reserva de recursos estatais, condição essa contrária a do estado colombiano. Demandavam atuação da administração que detém o poder de indicar onde os recursos serão alocados haja vista uma realidade onde predomina a escassez.

Nesse sentido:

*Bajo este escenario, los derechos económicos, sociales y culturales eran concebidos como mandatos programáticos, es decir, como meras aspiraciones sociales que no podían ser exigidos judicialmente mediante la acción de tutela y que carecían de carácter vinculante frente al. Legislador, pues era este el que elegía los medios y la oportunidad más indicada para realizarlos. Es decir, por esta condición, este tipo*



*de derechos no concedían a ningún individuo ninguna expectativa, ventaja o pretensión que pudiera ser susceptible de reclamación por vía judicial*<sup>31</sup>.

Esse entendimento ao longo do tempo foi completamente invertido, e pouco a pouco a Corte se mostrou mais aberta à apreciação dos direitos sociais via ação de tutela. Essa mudança começou de modo um pouco tímido e com um argumento forçado, que viabilizava a análise judicial dos direitos sociais se fosse demonstrada uma relação de conexão com um direito fundamental. Foram aceitas exceções em que restou comprovado que o não cumprimento de um direito social representava a violação ou a impossibilidade de exercício de um direito fundamental.

Nessa esteira, a Corte reconheceu também que alguns direitos sociais de determinados sujeitos de direitos tinham caráter de fundamental de forma autônoma, ou seja, não era necessário comprovar a relação com o direito fundamental. Esses sujeitos eram aqueles em situação de vulnerabilidade como a criança e o adolescente, deficientes e idosos<sup>32</sup>.

Dentro dos direitos fundamentais da criança e do adolescente estavam englobados os direitos sociais também, segundo essa posição menos refratária da Corte Constitucional. Isso porque o art. 44 da Constituição da Colômbia assegura aos menores de idades vários direitos ditos sociais com caráter de fundamental e de direito subjetivo. Já as pessoas com deficiência e os idosos, a construção foi um pouco diferente, neste caso a situação de vulnerabilidade em que se encontram justifica uma maior proteção do Estado. Entendeu aquela corte que dada a dificuldades os direitos sociais das pessoas portadoras de deficiência e idosas possuem uma conexão especial com os direitos fundamentais, guardariam uma relação de maior dependência entre a efetivação dos direitos fundamentais e a prestação do direito social.

Como se vê pouco a pouco a jurisprudência da corte constitucional colombiana foi reformulando a concepção de direitos sociais, econômicos e culturais. Aquele argumento de que dos direitos sociais estavam em tópico apartado dos direitos fundamentais cedeu lugar à uma visão decorrente de uma interpretação mais principiológica. Ganhou força a tese de que a

---

<sup>31</sup> SILVA, Paula Robledo. *Aportes Fundamentales de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana Tras Dieciocho años de existencia*. Em Anuário Ibero Americano de Justicia Constitucional. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 13. 2009. p. 620.

<sup>32</sup> A jurisprudência constitucional colombiana vem afirmando de maneira reiterada que existem pessoas a quem a Constituição estabelece um amparo específico, seja em razão da idade ou por causa de se encontrar envolta a circunstancias especiais de em si especiais de desamparo. Pessoas com enfermidades graves, presos, mulheres grávidas ou pessoas em situação de extrema miséria. Frente a estas pessoas o amparo do direito constitucional está no reconhecimento do direito à saúde como fundamental, devido às dificuldades e ocasiões de vulnerabilidade a que estão sujeitos esses segmentos sociais. COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004. Disponível em: <http://corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaT/consulta.php>. Acesso em: 13 nov. 2015.



separação dos direitos fundamentais dos direitos sociais na constituição não é norma vinculante, trata-se meramente de norma indicativa para nortear o trabalho do intérprete.

Com relação à questão da natureza prestacional dos direitos sociais, o Tribunal consagrou critério para determinar se um direito social é fundamental. Segundo esse critério seria fundamental o direito social que se transmutasse em direito subjetivo, que a partir de então poderia ser objeto de proteção, pois trata-se de direito oponível ao Estado. Essa transmutação se opera a partir do momento em que uma lei passe a regulamentar um direito social, fixando os limites e formas de sua prestação.

Ressalte-se que a conclusão acima parece não ter muito sentido, porque se há lei estabelecendo a forma de prestação dos direitos sociais, por óbvio que a partir do momento que o Estado é omissivo e não realiza o preceito legal a qual está vinculado, surge para o cidadão, titular do direito ingressar em juízo. A diferença está no fato de que se fosse aplicada meramente essa operação simples, realmente há espaço para apreciação do judiciário, mas não pela ação de tutela. Isso é importante, porque ao se reconhecer um direito social como fundamental ele passa a poder ser pleiteado via ação de tutela, que é processada por rito sumaríssimo, e não é nem necessária assistência jurídica.

Decerto, ainda é limitada essa construção, vez que se não houver lei não poderia, via ação de tutela, requerer a prestação do direito social transmutado em fundamental. Outrossim, em 2007 se pode observar um salto argumentativo, mas que na prática representou um retorno ao panorama inicial. O juiz constitucional colombiano partiu do princípio de que a fundamentalidade de um direito não pode depender somente de regulamentação legal e cumprimento de políticas públicas. Os direitos sociais são fundamentais pois estão ligados diretamente com os valores elegidos para terem status constitucional. Não merece prosperar o dogma de que somente pode ser objeto de ação de tutela aqueles direitos que implicam em uma atitude negativa do Estado:

*La fundamentalidad de los derechos no depende [...] de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra [...] la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto*



*ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.*<sup>33</sup>

Em que pese esse giro argumentativo pela fundamentalidade dos direitos sociais, explicada não mais pela existência ou não de regulamentação legal, mas pela necessidade de prestação dos direitos sociais como requisito de respeito aos direitos fundamentais, ou civis nesse caso; A Corte colombiana, por outro lado, passou a entender que para um direito social ser conhecido como fundamental não significa que poderá ser amparado pelo mecanismo de proteção judicial da ação de tutela.

Constata-se uma atuação recuada da Corte, de auto-contenção considerando que foi apontada a necessidade de o Estado Colombiano, caracterizado pela escassez de recursos, levar em conta princípios da equidade, solidariedade, subsidiariedade e eficiência para desenhar estratégias de amparo às pessoas que se encontram em situação menos favorecidas. Os direitos sociais, por sua natureza prestacional, obrigam o Estado a utilizar os recursos de forma racional para diminuir as desigualdades sociais, equilibrando os custos e fixando as prioridades, não podendo, a Corte, a qualquer momento interferir nessa gestão de recursos públicos.

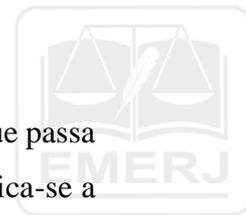
Assim, para iniciar o estudo do estado de coisa inconstitucional que está ligado à violação de direitos fundamentais pela não prestação de direitos sociais e econômicos e que se viabiliza pelas revisões das ações de tutela, é essencial delimitar o rol de direitos fundamentais que podem dar ensejo à essa figura. Por exemplo, a situação da população carcerária que se encontrava em situação permanente de violação de seus direitos fundamentais tais como a dignidade, a vida e a integridade pessoal, os direitos da família, a saúde, ao trabalho e a presunção de inocência e etc, pela deficiência crônica de serviços públicos de natureza assistencial e estrutural, bem como a carência de oportunidades e meios para a ressocialização.<sup>34</sup>

## **5. ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL. ORIGEM. FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS**

Uma vez estabelecidas as questões preliminares justificantes, expondo os precedentes do instituto, causas e marco teórico, é tempo de falar especificamente do “estado de coisa inconstitucional”.

<sup>33</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-016/2007. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-016-07.htm>. Acesso em 9 out. 2015.

<sup>34</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-153/1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em 9 out. 2015.



O trabalho enfoca a temática da atuação da Corte Constitucional Colombiana que passa a encarar o objeto e o controle de constitucionalidade com um viés mais prático. Verifica-se a atuação mais ativa do judiciário Colombiano e o conseqüente aumento da sua importância na vida política e social. Nesse cenário surge na jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, o “Estado de Coisa Inconstitucional”.

Como visto, a Corte Constitucional tem competência para realizar a revisão das decisões proferidas pelos juízes de 1º grau em sede de ação de tutela. Uma vez revisado e constatado a presença dos pressupostos a Corte declara o Estado de coisa inconstitucional.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>35</sup>, em recentíssimo trabalho sobre o tema, há 4 pressupostos para a caracterização do Estado de Coisa Inconstitucional: 1- Constatação de um quadro de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. 2- omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais; 3- superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes; e 4- a constatação de que um número elevado de pessoas afetadas transformariam a violação de direitos em demandas judiciais, o que produziria grave congestionamento da máquina judiciária.

A Corte Constitucional Colombiana declarou o estado de coisa inconstitucional no caso dos direitos humanos da população carcerária da Colômbia, esse precedente foi inclusive citado em jurisprudência<sup>36</sup> brasileira pelo Supremo Tribunal Federal. Dada a sua importância, será exposto todo os pressupostos detalhados nessa sentença.

A Sentença T-153 de 1998<sup>37</sup> teve início com as duas ações de tutela<sup>38</sup> cujo denominador comum era a busca da melhoria das condições carcerárias. O cidadão Manuel José Duque Arcila, recluso no Presídio Nacional de Bellavista de Medellín, narra que uma cela com capacidade inicial de 40 reclusos, que com improvisações passou a suportar 80 pessoas, estava com 180. O diretor do presídio ao prestar informações, corroborou esses dados comunicando

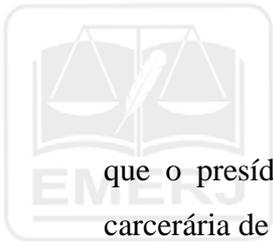
---

<sup>35</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252. Voto-Vista do Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>. Acesso em: 9 out. 2015.

<sup>37</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-153/1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em 9 out. 2015.

<sup>38</sup> Processo T-137001, proposto pelo interno Manuel José Duque Arcila, recluso no Presídio Nacional de Bellavista de Medellín e o Processo T-143950 proposto por diferentes internos da Prisão Nacional Modelo, integrantes do Comitê Permanente dos Direitos Humanos deste centro. De acordo com o relatório da Sentença T-153/1998.



que o presídio, no total, com capacidade para 1700 homens, estava com uma população carcerária de 4969.

Segundo o relatório, elaborado com base em informações de autoridades e de inspeções *in locu* realizadas pela própria Corte, as celas além de superlotadas, sem espaço para que os presos pudessem dormir ao chão, alcançavam altas temperaturas, não havia circulação de ar e nem água potável suficiente.<sup>39</sup> Trata-se, pois, de um quadro de violação massiva generalizada de direitos humanos, e que não era transitório, que afetava toda a população carcerária. Se todos os reclusos ajuizassem ação de tutela, o judiciário seria sobrecarregado de ações individuais, e que não dariam fim ao caos carcerário, podendo resultar apenas, em uns poucos casos, a transferência do preso.

O diretor do presídio informou ainda que não pode se recusar a receber novos detentos, e que a superlotação é resultado de uma política criminal que tenta resolver tudo com o encarceramento. O representante do INPEC (*Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*), em resposta, apontou que outras causas que atuam na piora do sistema carcerário colombiano, e que *[N]o es desconocido que las soluciones competen a diversas autoridades del orden nacional y departamental, pues sólo con concurso decidido de ellas podremos lograr los cambios a que anheladamente se refieren los internos.*<sup>40</sup> A partir desses dados fica clara a incapacidade para realizar as melhorias, e a inércia do poder público mesmo diante de evidente afronta aos direitos humanos dos detentos.

Ressalte-se ainda, que a Corte realizou inspeções através de uma comissão judicial que visitou mais de uma vez os presídios e se reuniu com os representantes dos reclusos e com os profissionais que ali trabalhavam. Essa inspeção tem o fim de instruir o relatório final e atestar a exatamente as condições de encarceramento.

A sentença foi instruída com pronunciamento de várias instituições a saber: *Ministério de Justicia y del Derecho, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, Defensoria del Pueblo, Procuradoria General Nacional, Ministerio de Salud, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Policía Nacional*. Isso porque, todas em alguma medida deveriam tomar medidas para a solução do caso. O problema é tão crônico e estrutural que exige o envolvimento de vários órgãos e entidades governamentais para que a solução seja efetiva e não paliativa,

---

<sup>39</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-153/1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em 9 out. 2015. p. 5.

<sup>40</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-153/1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em 9 out. 2015. p. 9.



assim demonstra a parte dispositiva da sentença que impõem obrigações à várias instituições, acompanhadas de prazos e sanções.

## CONCLUSÃO

No estudo do caso colombiano pode-se perceber que a promulgação da Constituição de 1991 foi marcada por forte apelo popular e como a Corte Constitucional com a sua postura ativista promoveu fortes mudanças sociais. De início com o controle constitucional material dos decretos presidenciais sobre estado de sítio até a atualidade com a construção do “Estado de Coisa Inconstitucional”

Pela análise do instituto de natureza jurisprudencial ficou evidente o alto grau de ativismo da Corte. São reunidas as ações de tutela que representam um conjunto grande de pleitos com os mesmos pedidos, verifica-se que trata de violação constante dos direitos fundamentais que dão início a um processo complexo de apuração de falência completa e situação de inércia estatal, para elaborar a sentença que declara o Estado de Coisa Inconstitucional.

Após a publicação dessa macro sentença, as autoridades públicas responsáveis, sociedade civil e outros setores envolvidos são todos chamados ao processo para darem opiniões, prestarem informações e dados para a solução do problema. Além disso, a Corte estabelece prazos para os órgãos públicos implementarem as metas fixadas na sentença.

Assim, o exemplo colombiano tem muito a acrescentar uma vez que ao chamar os diversos agentes envolvidos para discutir e implementar as soluções, busca de forma dialógica construir uma solução democrática e republicana, não se restringindo apenas a elaboração de uma simples sentença judicial produzida apenas pelos julgadores. Dessa forma, conclui-se que a Corte Colombiana na declaração do estado de coisa inconstitucional é uma hipótese que quebra um dos argumentos mais fortes contra o ativismo: o da falta de legitimidade do poder judiciário que não foi eleito diretamente pela sociedade de tomar decisões que deveriam ser do poder legislativo e executivo, de natureza política.



## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Ed. Trotta, 2002.

BARRAGÁN, Zoraida Rozo. *Origen y evolución del régimen de control constitucional en Colombia*. Revista Derecho del Estado, nº 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

BORJA, Miguel. *Estado, sociedade y ordenamento territorial em Colombia*. Bogotá, Instituto de Estudios y Relaciones Internacionales, Universidade Nacional de Colombia, 1996.

BRANCO, Miguel. *Estado, sociedade y ordenamento territorial en Colombia*. Bogotá, Instituto de Estudios y Relaciones Internacionales, Universidade Nacional de Colombia, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252. Voto-Vista do Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>. Acesso em: 9 out. 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

CARPIZO, Jorge. *Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado*. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex114/BMD11401.pdf>. Acessado em: 02 set. 2015.

COUSO, Javier. *Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política*. Revista de Ciencia Política, Vol XXIV, n. 2, 2004.

ESTRADA, Alexei Julio. *Las ramas ejecutivas y judicial del poder público em la Constitución colombiana de 1991*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

\_\_\_\_\_. *Los derechos fundamentais como objeto protegido de la acción de tutela. Una aproximación a la luz de la jurisprudência constitucional colombiana*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2558/18.pdf>. Acessado em: 13 ago. 2015.

GODOY, Alvaro Gutierrez. *El Control constitucional en Ecuador y Colombia: un análisis comparado*. Disponível em: [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo\\_de\\_contenidos/Documents/IurisDictio\\_12/El\\_control\\_constitucional\\_en\\_Ecuador%20.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_12/El_control_constitucional_en_Ecuador%20.pdf). Acessado em: 04 set. 2015.

COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-153/1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em 9 out. 2015.

GUTIÉRREZ, Júlio César Ortiz. *El Sistema de control constitucional em Colombia*. Em Revista Jurídica de Lá Universidad Externado de Colombia, vol. 5, nº 1, Bogotá, enero-junio, 1991.



PARDO, Daniel Felipe Riveros. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural*. En memorias de las IX Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

PATIÑO. Néstor Iván Osuna. *Los primeros diez años de la Corte Constitucional colombiana*. En memoria del VII Congreso Iberoamericano de Justicia Constitucional: Tribunales y justicia constitucional. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

\_\_\_\_\_. *La tutela de derechos por conexidad*. Em teoria constitucional y políticas públicas; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

SILVA, Paula Robledo. *Aportes Fundamentales de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana Tras Dieciocho años de existencia*. Em Anuário Ibero Americano de Justicia Constitucional. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 13. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. *Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul*. Disponível em: [http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2010-Dialogo\\_e\\_integracao.pdf](http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2010-Dialogo_e_integracao.pdf) acessado em 28 jul. 2015.

RESTREPO, Andrés López. *El cambio de modelo de desarrollo de la economía colombiana*. Análisis Político, N. 21, janeiro/abril, 1994.

UPRIMNY, Rodrigo. *La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*. SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos. São Paulo, v. 4; n. 6, p. 52-69, jan. 2007. Disponível em: <http://conectas.org/Arquivos/edicao/publicacoes/publicacao-201413116155375-06343624.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.



## O IMPACTO DA FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DE RETIRADA NO REGIME DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS SIMPLIFICADAS

Marianny Santos de Souza

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** Com o PL 4303/2012, o ordenamento jurídico irá contar com um novo regime de sociedade anônima: a sociedade anônima simplificada. A finalidade desse novo regime é permitir que as pequenas e médias empresas entrem no mercado de capitais. É uma forma de obter financiamento mais prática, sem que os sócios precisem recorrer a empréstimos bancários para manter ou ampliar seu negócio. A nova lei, ao entrar em vigor, preverá um direito de retirada simplificada dos sócios, que se aproxima muito do que ocorre na sociedade *intuitu personae*. Essa modificação trará consequências significativas para a economia ao vir de encontro com o modelo de direito de retirada estabelecido pela Lei 6404/76, que comprovadamente funciona. O presente trabalho pretende mostrar o direito de retirada tradicional da Lei 6404/76, bem como suas vantagens e adequação a finalidade do tipo societário sociedade anônima. Analisará o PL 4303/2012, comparando seu direito de retirada com o modelo tradicional e visualizando vantagens e desvantagens do novo regime. Ainda, traçará as consequências da modificação do direito de retirada ao confrontar com a finalidade do regime de sociedade anônima simplificada. Busca expor benefícios e problemas da novidade legislativa, bem como propor soluções para a adequação do novo instituto a realidade brasileira.

**Palavras-chave:** Sociedade Anônima Simplificada. Direito de Retirada. Pequenas e Médias Empresas.

**Sumário:** Introdução. 1. O direito de retirada tradicional na Lei 6404/76 e sua adequação à sociedade anônima. 2. Novo modelo trazido pelo PL 4303/2012 - Regime Especial das Sociedades Anônimas Simplificadas e suas desvantagens. 3. Consequências práticas da modificação do direito de retirada e impacto causado na realidade econômica brasileira. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a flexibilização do direito de retirada no novo regime de sociedade anônima trazido pelo Projeto de Lei 4303/2012 e suas consequências. Procura-se demonstrar que o novo modelo de sociedade anônima ao flexibilizar o direito de retirada poderá causar transtornos as pequenas e médias sociedades que entram no mercado de



capitais, pois ao mesmo tempo em que visa facilitar o financiamento de pequenas e médias empresas, também as deixa muito mais vulneráveis a falência.

O direito de retirada nas sociedades anônimas sempre foi tema pacífico e regulado pela Lei das Sociedades Anônimas. O modelo é o mesmo tanto para as sociedades anônimas de capital aberto quanto para as de capital fechado.

Com o PL 4303/2012, o ordenamento jurídico irá contar com um novo regime de sociedade anônima: a sociedade anônima simplificada. A finalidade desse novo regime é permitir que as pequenas e médias empresas entrem no mercado de capitais. É uma forma de obter financiamento mais prática, sem que os sócios precisem recorrer a empréstimos bancários para manter ou ampliar seu negócio.

A nova lei, ao entrar em vigor, preverá um direito de retirada simplificada dos sócios, que se aproxima muito do que ocorre na sociedade *intuitu personae*. Essa modificação trará consequências significativas para a economia ao vir de encontro com o modelo de direito de retirada estabelecido pela Lei 6404/76, que comprovadamente funciona.

Ao prever um modelo de retirada simplificado, o PL 4303/2012 gerou uma consequência que pode se mostrar desastrosa. O direito de retirada similar ao de uma sociedade *intuitu personae* pode levar ao esvaziamento do capital social da sociedade anônima simplificada de tal forma a inviabilizar a continuação da atividade. Assim, um instituto com a finalidade de beneficiar a economia pode acabar gerando um número preocupante de falências de sociedades, impactando não só a economia como toda a sociedade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a análise do direito de retirada tradicional da Lei 6404/76, assim como suas vantagens e adequação a finalidade do tipo societário sociedade anônima. Mostrará o que faz com que sejam perfeitamente adequados um ao outro.



Segue-se no segundo capítulo com a análise do Projeto de Lei 4303/2012. Através da comparação do novo modelo de retirada proposto com o modelo tradicional, será possível vislumbrar as mudanças significativas que irão ocorrer, bem como vantagens e desvantagens do novo regime de retirada.

O terceiro capítulo pretende traçar as consequências da modificação do direito de retirada. Ao confrontar a finalidade do projeto de lei ao criar o regime da sociedade anônima simplificada com as alterações trazidas pela novidade legislativa, ficará claro as benesses e problemas do novo regime. Busca-se também propor soluções para adequar esse novo instituto a realidade brasileira.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica, explicativa e qualitativa.

## **1. O DIREITO DE RETIRADA TRADICIONAL NA LEI 6404/76 E SUA ADEQUAÇÃO À SOCIEDADE ANÔNIMA**

O direito de retirada do acionista na sociedade anônima está previsto no art. 109, V da Lei 6404/76<sup>1</sup>. Esse é um direito essencial de todo e qualquer acionista, de forma que nem a assembléia geral nem o estatuto da companhia podem vedar ou restringir seu exercício.

Segundo Requião<sup>2</sup>, o acionista que discordar de algumas das deliberações feitas em assembléia geral extraordinária previstas no art. 136 da Lei 6404/76<sup>3</sup> tem o direito de requerer a sua retirada da sociedade anônima, conforme art. 137 da Lei 6404/76<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

<sup>2</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. V. 2. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

<sup>3</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

<sup>4</sup> Ibid.



Eis as hipóteses do direito de retirada na Lei 6404/76<sup>5</sup> assim listadas por Rubens

Requião<sup>6</sup>:

[...] I - de criação ou aumento de classe de ações preferenciais, sem proporção com as demais classes desses tipos de ações; II - alteração de preferências, vantagens, condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes preferenciais ou criação de nova classe mais favorecida; III - redução de dividendo obrigatório; IV - fusão da companhia ou incorporação em outra; V - participação em grupo societário; VI - mudança de objeto; VII - cisão [...]

Vale observar que esse direito de retirada não pode ser exercido livremente em todos os casos acima transcritos. Existem condições específicas a serem cumpridas nos casos dos incisos I, II, IV, V e VII supra mencionados.

Requião<sup>7</sup> ensina que nos casos dos incisos I e II supra mencionados é necessário que o titular das ações ou a classe de acionista seja prejudicada com a mudança. Na hipótese de fusão, incorporação ou participação em grupo societário, é preciso que as ações do titular que deseja se retirar não sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado de valores mobiliários. Por fim, ocorrendo cisão, o direito de retirada do acionista só pode ser exercido se houver modificação do objeto social da companhia, redução do dividendo obrigatório e participação em grupo de sociedade, concomitantemente.

A justificativa para alguns desses requisitos específicos é bastante simples. O direito de retirada traz impactos diretos no capital social da companhia ou mesmo em seus ativos e caixa, já que é feito através do reembolso das ações. Dessa forma, as mudanças de preferências nas ações ou classes precisa trazer necessariamente prejuízo aos acionistas, já que de outra forma não se justificaria sua saída da companhia sem ser pela venda das ações. No caso da fusão, incorporação ou participação em grupo societário, a necessidade das ações não possuírem liquidez e dispersão no mercado de valores mobiliários se dá pelo mesmo motivo citado anteriormente: as ações com liquidez e dispersão são fáceis de negociar no

<sup>5</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

<sup>6</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. V. 2. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 198.

<sup>7</sup> Ibid.



mercado de valores mobiliários, não trazendo prejuízos para o acionista nem impactando a saúde financeira da companhia.

Importante salientar que na cisão, a mudança do objeto social da companhia precisa ser absoluto. Isso significa que havendo coincidência, ainda que de forma parcial, entre o objeto da sociedade que recebeu patrimônio da companhia e a companhia cindida, não há direito de retirada<sup>8</sup>.

A forma pela qual o direito de retirada ocorre é através do reembolso das ações dos acionistas. Esse reembolso deve ser pedido no prazo de trinta dias a partir da publicação da ata da assembléia geral que deliberou o ato que gera direito de retirada<sup>9</sup>.

No caso da assembléia especial do art. 136, §1 da Lei 6404/76<sup>10</sup>, o acionista dissidente (assim considerado aquele que não concorda com a deliberação da assembléia) terá trinta dias da publicação da ata da assembléia especial para requisitar seu direito de retirada, já que nesse caso específico a aprovação das deliberações tem prazo de um ano para ocorrer<sup>11</sup>.

A sociedade anônima foi criada para ser o tipo societário adequado a grandes empresas. A possibilidade de negociação dos seus títulos no mercado de valores mobiliários permite que tanto o acionista quanto a sociedade transformem rapidamente seus títulos em dinheiro. Assim, a delineação completa do modelo do direito de retirada pela Lei 6404/76 condiz exatamente com a finalidade deste tipo societário.

A forma livre de saída do acionista se dá pela venda de suas ações, que pode trazer lucro em relação ao que foi pago quando do seu ingresso, ou prejuízo pelo valor da ação estar menor no mercado. Já de forma controlada e regulamentada na lei específica, temos o direito de recesso do acionista, em caso pontuais em que o acionista receberá aquilo que pagou

---

<sup>8</sup> REQUIÃO, op. cit., p.198.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup>BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações.*Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 02.mar.2015.

<sup>11</sup> REQUIÃO, op. cit., p. 199.



quando da entrada na companhia. Necessária se faz tamanha regulação já que o acionista apenas está se retirando por ser dissidente, não compactuar mais com os rumos do empreendimento. Não se pode permitir o direito de recesso imotivado, a todo e qualquer acionista que queira se retirar da companhia, sob pena de esvaziar o capital social e trazer graves consequências à saúde financeira da sociedade, como a falência.

Isso posto, o trabalho feito pelo legislador na Lei 6404/76<sup>12</sup>, ao tratar do direito de retirada do acionista dissidente, se mostra em perfeita consonância com os objetivos das sociedades anônimas, bem como com sua manutenção próspera e impactos gerados na economia brasileira pela participação no mercado de capitais.

## **2. NOVO MODELO TRAZIDO PELO PL 4303/2012 - REGIME ESPECIAL DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS SIMPLIFICADAS E SUAS DESVANTAGENS.**

O projeto de Lei 4303/2012<sup>13</sup> visa a incentivar o empreendedorismo no Brasil. A ideia é que o pequeno e médio empreendedor possa ter acesso ao mercado de capitais. Dessa forma, as pequenas e médias sociedades poderão ser financiadas através de poupanças particulares, um modelo que não é possível na sociedade limitada.

Interessante analisar algumas mudanças trazidas com projeto de Lei 4303/2012<sup>14</sup> e que serão de grande valia para as pequenas e médias sociedades.

A inclusão do art. 294-A traz inovação animadora e extremamente benéfica para o direito empresarial e para as sociedades anônimas:

---

<sup>12</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm)>. Acesso em: 02.mar.2015.

<sup>13</sup> BRASIL, Projeto de Lei 4.303, de 09 de Agosto de 2012. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para criar e disciplinar a sociedade anônima simplificada (SAS). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553029>>. Acesso em 02.mar.2015

<sup>14</sup> Ibid.



Art. 294-A. A companhia sob o regime especial da SAS poderá ter um único acionista.

É certo que não é a primeira vez que o direito brasileiro prevê a sociedade unilateral. De fato, já existe a figura da EIRELI, tipo societário que demanda apenas um sócio. Entretanto, a EIRELI não pode participar do mercado de capitais, uma vez que é exclusividade das sociedades anônimas.

Dessa forma, o legislador resolve dois problemas existentes no direito brasileiro: a grande quantidade de sociedades fictícias, com dois sócios em que um deles possui 1% do capital social apenas para cumprir exigência legal; e a impossibilidade da sociedade unipessoal participar do mercado de capitais.

O art. 294-B promove inovação na forma de composição da sociedade anônima.

Art. 294-B. A companhia sob o regime especial da SAS poderá ser constituída por pessoa física ou jurídica.

Esse dispositivo permite que a sociedade anônima simplificada seja composta por apenas uma pessoa física ou uma pessoa jurídica.

Essa novidade permite um acesso mais democrático ao mercado de capitais. Agora, as sociedades limitadas não precisarão ficar adstritas às formas tradicionais de financiamento, podendo ingressar no mercado de capitais sem necessidade de alteração do seu tipo societário.

As pessoas físicas também são contempladas com a inclusão desse dispositivo, pois poderão ter acesso ao mercado de capitais, não estando limitadas apenas a EIRELI, que por não ser sociedade por ações, não tem possibilidade de emitir valores mobiliários negociáveis no mercado de capitais.



O art. 294-C em seu inciso II prevê o *full disclosure* através da possibilidade de publicação dos atos constitutivos, atas e documentos do art. 133 da Lei 6404/76<sup>15</sup> através da rede mundial de computadores. Assim dispõe o mencionado artigo:

Art. 294-C. A companhia sob o regime especial da SAS poderá:

I – convocar assembleia geral por anúncio entregue a todos os acionistas, contra recibo, com a antecedência prevista no art. 124;

II – divulgar e manter seus atos constitutivos, as atas de assembleia geral, os documentos de que trata o art. 133 e as atas de conselho de administração, se houver, em sítio próprio, mantido na rede mundial de computadores;

§1º A divulgação dos atos ou documentos referidos no inciso II dispensa a Companhia das publicações do art. 289;

§2º A companhia deverá guardar os recibos de entrega dos anúncios de convocação e arquivá-los no registro de comércio, juntamente com os demais atos e documentos referidos neste artigo.

Nota-se a preocupação do legislador em atender à publicidade, implementando o padrão de governança corporativa, que preza pela transparência das informações.

O texto do art. 294-D apresenta novidade em relação às assembléias.

Art. 294-D. O acionista da companhia sob o regime especial da SAS poderá participar e votar a distância em assembleia geral, conforme disposições do estatuto da companhia.

Esse artigo incentiva a participação dos acionistas minoritários nas assembléias. Geralmente a lei de sociedade por ações valoriza a participação do acionista controlador nas assembléias. É um grande passo em relação a democratização das decisões em relação aos rumos da companhia.

A possibilidade de votação a distância também é excelente forma de otimizar a administração da companhia já que reduz o custo da assembléia.

O art. 294-F implementa possibilidade antes nunca prevista no regimento das sociedades anônimas: a possibilidade de haver apenas um diretor compondo o órgão de diretoria da companhia.

Art. 294-F. A diretoria da companhia sob o regime especial da SAS será composta por um ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de

---

<sup>15</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015



administração, ou, se inexistente, pela assembleia geral, devendo o estatuto observar, no que couberem, os requisitos do artigo 143.

Parágrafo Único. O prazo de gestão de diretores e dos membros do conselho de administração poderá ser indeterminado, desde que exista previsão expressa no estatuto.

O art. 143 da Lei 6404/76<sup>16</sup> prevê um mínimo de 2 diretores para a composição da diretoria das sociedades por ações. A previsão de haver apenas um diretor é fundamental para a melhor administração das pequenas e médias sociedades já que desburocratiza e barateia os custos operacionais.

Outra mudança significativa na Lei 6404/76<sup>17</sup> ocorre com a inclusão do art. 294-I. Esse dispositivo trata da exclusão do sócio, um tema em que o mencionado dispositivo legal é omissivo.

Art. 294-I. A companhia ou qualquer de seus acionistas poderá requerer a exclusão judicial do acionista que descumprir suas obrigações sociais.

§1º O estatuto da companhia poderá contemplar hipóteses de exclusão extrajudicial do acionista faltoso, devendo definir o procedimento de exclusão e o exercício do direito de defesa, sob pena de invalidade de regra que a determinar.

§2º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 294-H para determinação do valor de reembolso do acionista excluído.

O legislador na ocasião da criação da lei de sociedade por ações não se preocupou com esse tema. De fato, nenhuma alteração posterior que ocorreu na lei cuidou do assunto, sendo sempre um tema obscuro no direito brasileiro.

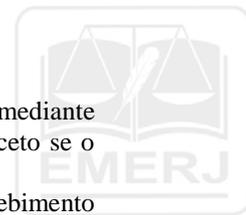
Vislumbra-se que o legislador atual está preocupado em não deixar brechas legais no tratamento da sociedade anônima simplificada. Também é notório da leitura do §1º do mencionado artigo que há um cuidado em respeitar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa ao prever o exercício do direito de defesa.

Para fins do presente trabalho, deve-se realizar mais detidamente a análise do art. 294-H a ser incluído na Lei 6.404/76<sup>18</sup> pelo PL 4303/2012<sup>19</sup>, que é a alteração mais animadora e significativa:

---

<sup>16</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

<sup>17</sup> Ibid.



Art. 294-H. Qualquer dos acionistas pode retirar-se da companhia, mediante notificação à companhia, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, exceto se o estatuto contemplar restrições ao direito de retirada.

§1º Os demais acionistas poderão, nos 30 (trinta) dias seguintes ao do recebimento da notificação, optar pela dissolução da companhia, em assembleia geral especialmente convocada, na qual o acionista retirante estará impedido de votar.

§2º O estatuto deverá estabelecer regras para a determinação do valor de reembolso, que somente poderá ser inferior ao valor do patrimônio líquido a preço de mercado quando for calculado com base no valor econômico da companhia apurado em avaliação.

§3º O patrimônio líquido deverá ser apurado em balanço especial, com referência no mês anterior ao da notificação da retirada.

§4º A avaliação seguirá o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 45.<sup>20</sup>

O artigo traz um alargamento no direito de retirada nas sociedades anônimas.

Atualmente, o direito de retirada nas sociedades anônimas é bem restrito, apenas nas hipóteses específicas elencadas na Lei 6404/76<sup>21</sup>. A alteração nesse diploma legal acarreta a possibilidade expressa de retirada do sócio e a dissolução parcial da sociedade anônima, nunca antes permitido pelo ordenamento jurídico.

Conforme o *caput* do art. 294-H, qualquer acionista pode retirar-se da companhia desde que comunique com antecedência mínima de 30 dias seu desejo. Não há nenhum outro requisito a não ser o prazo de notificação. Isso demonstra que o direito de retirada no Regime Especial das Sociedades Anônimas Simplificadas é extremamente similar ao modelo de saída do sócio das sociedades *intuitu personae*. De fato, nesse modelo de sociedade é livre a retirada do sócio, bastando uma simples quebra da *afectio societatis*. O sócio manifesta sua vontade de se retirar, suas cotas são liquidadas ou adquiridas pelos outros sócios ou terceiros se for permitido. Tudo bastante simplificado e sem afetar o capital social da sociedade.

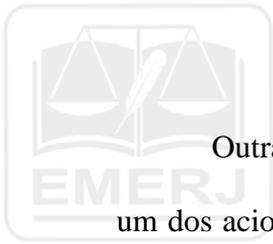
---

<sup>18</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

<sup>19</sup> BRASIL, Projeto de Lei 4.303, de 09 de Agosto de 2012. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para criar e disciplinar a sociedade anônima simplificada (SAS). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553029>>. Acesso em 02.mar.2015

<sup>20</sup> Importante informar que os artigos ora listados no presente capítulo se remetem ao projeto de lei enviado ao Congresso Nacional pelo deputado Laércio Oliveira. A informação é necessária pelo fato de a obra elaborada pelos autores Walfrido Jorge Warde Júnior e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro conterem algumas diferenças em relação ao projeto de lei no que tange a redação dos artigos.

<sup>21</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015



Outra possibilidade que o PL 4303/2012<sup>22</sup> traz é a dissolução da companhia no caso de um dos acionistas exercer seu direito de retirada. Ela será votada pelos demais acionistas em assembleia especial e o acionista retirante não pode nela exercer seu direito de voto.

Apesar dessa dilatação do direito de retirada parecer benéfico por ser mais simples de ser aplicado as pequenas e médias sociedades, na verdade traz grandes desvantagens do ponto de vista econômico. A Lei 6404/76<sup>23</sup> ao ser estrita nas hipóteses do direito de retirada não torna mais difícil a saída do acionista já que ele pode a qualquer momento vender suas ações no mercado de capitais. Na verdade ela busca proteger a companhia dos efeitos agressivos gerados pelo exercício do direito de retirada.

Dentre os efeitos colaterais que se pode vislumbrar dessa ampliação, conforme Walfrido Jorge Warde Júnior e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro, estão o aumento do custo do financiamento da companhia, na medida em que deverá sempre haver reserva de capital para eventuais retiradas; esvaziamento do patrimônio da companhia para satisfação creditória através do reembolso do acionista retirante; e a desaceleração do crescimento da companhia pela perda de elemento de produção dada a restituição de valores ao acionista retirante.<sup>24</sup>

A opção pela dissolução da companhia também é deveras desastrosa pelo impacto na economia. Trata-se de uma sociedade com credores, empregados, que paga impostos, enfim, colabora com a economia brasileira, e com a sua dissolução cria-se um vácuo no mercado.

Assim, nota-se que apesar da intenção do Regime Especial da Sociedade Anônima Simplificada ser a de abrir as portas do mercado de capitais para as pequenas e médias

---

<sup>22</sup> BRASIL, Projeto de Lei 4.303, de 09 de Agosto de 2012. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para criar e disciplinar a sociedade anônima simplificada (SAS). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553029>>. Acesso em 02.mar.2015

<sup>23</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

<sup>24</sup> WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Regime Especial da Sociedade Anônima Simplificada*. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 89



empresas, a forma com que foi tratada a questão da retirada do acionista tornou-o um instrumento perigoso.

### **3. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA MODIFICAÇÃO DO DIREITO DE RETIRADA E IMPACTO CAUSADO NA REALIDADE ECONÔMICA BRASILEIRA.**

Conforme análise do PL 4303/2012<sup>25</sup> e a sua proposta de modificação do direito de retirada, bastaria que o acionista manifestasse seu desejo por se retirar da companhia e os outros acionistas posteriormente decidiriam pela manutenção ou pela dissolução da companhia. E o acionista retirante receberia o reembolso pelos valores pagos das ações de acordo com o definido no estatuto da companhia.

Isso significaria que a qualquer momento uma sociedade próspera poderia se dissolver ou entrar em estado e insolvência por conta do esvaziamento de seu capital. Traria consequências desastrosas para a economia da comunidade em que está inserida e também para a economia do país.

Apesar do ideal ser um modelo de retirada menos flexível do que o proposto no PL 4303/2012<sup>26</sup>, há ainda opções a serem trabalhadas com o texto legal da maneira que foi elaborado.

Ao dar autonomia para o estatuto da companhia regular a forma como será feito o direito de retirada, depreende-se do texto legal do PL 4303/2012<sup>27</sup> que a flexibilização do direito de retirada é uma faculdade, e não uma obrigatoriedade. Assim, pode o estatuto da

---

<sup>25</sup> BRASIL, Projeto de Lei 4.303, de 09 de Agosto de 2012. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para criar e disciplinar a sociedade anônima simplificada (SAS). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553029>>. Acesso em 02.mar.2015

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.



companhia definir forma menos simplificada de retirada do acionista ou até mesmo que ela seja feita na forma tradicional da Lei 6404/76<sup>28</sup>.

Também vale destacar que a autonomia privada concedida pelo legislador permite que não só o estatuto mas também os acionistas através de deliberações nas assembléias e modificações no estatuto limitem o direito de retirada.

Essa margem de discricionariedade na regulação do direito de retirada simplificado faz com que os acionistas possam impedir o exercício abusivo do direito de retirada. Assim, existem mecanismos de controle para garantir a manutenção da atividade empresarial e a saúde financeira da companhia.

## CONCLUSÃO

A flexibilização do direito de retirada no novo modelo de sociedade anônima tem o escopo de facilitar a entrada das pequenas e médias empresas no mercado de capitais, ampliando suas formas de financiamento.

Entretanto, conforme analisado, essa modificação pode levar ao esvaziamento do capital social. Isso porque as sociedades ficarão mais vulneráveis aos caprichos dos sócios em relação à sua retirada e à quebra da *afectio societatis*.

Conclui-se que a melhor forma de permitir o acesso das pequenas e médias empresas ao mercado de capitais sem fragilizá-las é modificando pontualmente o projeto de lei analisado.

Assim, uma simples alteração cirúrgica na redação, trazendo expressamente que o direito de retirada nas sociedades anônimas simplificadas seguirá o modelo tradicional já

---

<sup>28</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015



previsto na Lei 6404/76<sup>29</sup> seria suficiente. Conforme visto, é adequado a todos os tipos de sociedades anônimas e traz a blindagem necessária para que as empresas não corram riscos desnecessários e sua atividade seja conservada de forma a mantê-las operando o máximo de tempo possível.

Outra possibilidade seria a criação de um sistema de direito de retirada mais dificultoso que o proposto atualmente, menos suscetível ao simples argumento de quebra da *afectio societatis*. Seria um meio termo entre o direito de retirada proposto e o atualmente previsto para as sociedades anônimas tradicionais.

Não se deve esquecer que uma vez que o projeto de lei 4313/2012<sup>30</sup> ainda está sendo votado, ainda não se sabe se haverá alterações ao texto proposto. E também não há como afirmar categoricamente os reais impactos na economia que o novo modelo de sociedade anônima vai causar. Mas como forma de evitar futuros percalços enfrentados pelas empresas que optarem por esse regime e perturbações na economia, a previsão expressa de um direito de retirada mais dificultoso ou igual ao já previsto na Lei 6404/76<sup>31</sup> seria indicado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

\_\_\_\_\_, Projeto de Lei 4.303, de 09 de Agosto de 2012. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para criar e disciplinar a sociedade anônima simplificada (SAS). Disponível em:

---

<sup>29</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015

<sup>30</sup> BRASIL, Projeto de Lei 4.303, de 09 de Agosto de 2012. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para criar e disciplinar a sociedade anônima simplificada (SAS). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553029>>. Acesso em 02.mar.2015

<sup>31</sup> BRASIL, Lei 6404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 17 DEZ. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2015



<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553029>>.  
Acesso em: 06 set. 2015.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Código Civil*. 13.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*. 2.v. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 2.v. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4.v. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1. v. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_, *Curso de Direito Comercial*. 2.v. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 1.v. São Paulo: Atlas, 2012.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Regime Especial da Sociedade Anônima Simplificada*. São Paulo: Saraiva, 2013.



## ROYALTIES DO PETRÓLEO: DIREITO ADQUIRIDO, O NOVO REGIME DE PARTICIPAÇÃO E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 12.734/2012

**Michel Rangel Cury**

Graduado pela UNESA – Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-Graduando pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

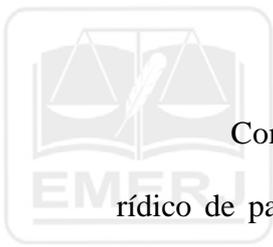
**Resumo:** A Lei 12.734/2012 instituiu um novo regime de participação dos *royalties* do petróleo. Contudo, o novo modelo conflita não apenas com o interesse econômico dos Estados produtores, uma vez que lhes destina parcela menor, mas, também, com a destinação tentada pela Constituição Federal dos *royalties*, bem como com a sua natureza jurídica. Tal divergência resultou na impetração da ADI nº 4917, a qual intenta a declaração de inconstitucionalidade da nova lei. Dessa forma, é necessário identificar os reais interesses por trás da alteração do regime atual de participação, bem como a real natureza atribuída pela Constituição Federal aos *royalties* petrolíferos, a fim de se determinar a validade do novo regime.

**Palavras-Chave:** Direito Tributário. Direito Constitucional. Direito Público. Royalties. Pacto Federativo. Constituição Federal. Lei 12.734/2012. ADI nº 4917. Supremo Tribunal Federal. Direito Adquirido. Encargo de Concessão. Compensação Financeira. Regime de Participação.

**Sumário:** Introdução. 1. Da Natureza Jurídica dos Royalties 2. Da Problemática da Violação à Segurança jurídica e o Princípio da Lealdade federativa 3. O Novo Regime de Participação e a Constitucionalidade da Lei 12.734/2012. Conclusão. Referências

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico possui como objeto de pesquisa os Royalties do Petróleo, os quais se inserem entre as matérias de maior discussão e relevância no cenário político e econômico nacional. A sua adequada compreensão depende de múltiplos aspectos da Constituição Federal e do próprio Direito Constitucional como campo de estudo, focando-se, sobretudo, no pacto federativo e na própria natureza jurídica dos Royalties.



Com o advento da Lei 12.734/2012, a qual se pretende discutir, um novo regime jurídico de participação na receita dos Royalties foi instituído, estabelecendo-se a repartição igualitária das receitas destes provenientes entre todos os Estados da Federação, causando um grave déficit orçamentário aos Estados produtores, sobretudo, ao Estado do Rio de Janeiro.

Essa mudança desencadeou uma série de discussões acerca da constitucionalidade da nova lei. Dentre os argumentos utilizados pelos Estados produtores, está a tese do direito adquirido ao regime jurídico anterior, já que, firmado na premissa da segurança jurídica, já repousam grande parte de seu orçamento na receita oriunda desta fonte.

Para o alívio dos Estados produtores de petróleo, a decisão proferida pela Ministra Carmen Lúcia, na condição de Relatora, deferiu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4917, a qual também será aqui debatida e discute a constitucionalidade da nova lei instituidora do inédito modelo de participação, suspendendo a eficácia da Lei 12.473/2012 até o julgamento definitivo do referido processo. Contudo, o assunto é amplamente controvertido e ainda está distante de um termo.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando e detalhando a natureza jurídica dos Royalties do Petróleo, bem como as alterações promovidas no regime de distribuição pela Lei 12.743/2012.

A seguir, pondera-se sobre a possível violação à segurança jurídica aos direitos dos Estados Produtores, bem como se lhes ofende a nova lei deixa de observar a lealdade devida entre os entes federativos.

No terceiro capítulo, afere-se as efetivas alterações promovidas pela Lei 12.734/2012, bem como conclui acerca da constitucionalidade ou não da lei. Esse capítulo tem como escopo comprovar o grande prejuízo que deverá ser suportado pelos Estados produtores, em nome de uma repartição, em tese, mais igualitária, mas que viola não apenas o §1º do art. 20 da CRFB/1988, mas, também, o pacto federativo.

O quarto capítulo, por sua vez, converge a conclusão de todos os capítulos anteriores, sintetizando o artigo científico e propondo uma solução ao atual embate jurídico e crise federativa.

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

## 1.DA NATUREZA JURÍDICA DOS ROYALTIES

Os Royalties do Petróleo são o centro de uma batalha judicial e política entre os Estados da Federação. Busca-se com a Lei 12.734/2012 (suspensa em decisão cautelar proferida na ADI nº 4917) redefinir os critérios de participação nos Royalties dos Estados, passando à distribuição igualitária entre todos os entes federativos, e não mais apenas àqueles onde a produção ocorria. Tal pretensão se baseia, sobretudo, na natureza jurídica dos *royalties*.

Contudo, o próprio caráter legal dos *royalties* encontra ampla divergência doutrinária e jurisprudencial. Esse cenário contribui para o clima de incerteza que paira sobre os interessados na distribuição dessa fonte orçamentária, uma vez que cada parte atribui a interpretação que melhor lhe assiste.

Uma das modalidades mais antigas de pagamento, a noção de Royalty possui procedência histórica na remuneração devida a um senhor de terras, usualmente o rei, pela exploração dos recursos minerais localizados em suas terras. Esse conceito se estendeu no século XX a outras atividades exploratórias minerais e não renováveis, tais como o petróleo e o gás natural.<sup>1</sup>

No Brasil, a distribuição de participações ou compensações a Estados e Municípios em razão da exploração econômica do petróleo e do gás natural coincide com a criação da

---

<sup>1</sup> CAIADO, Ronaldo. *Entenda Tudo Sobre os Royalties do Petróleo*. Disponível em: <<http://www.ronaldocaiado.com.br/entenda-tudo-sobre-os-royalties-do-petroleo/>>. Acesso em: 08 abr. 2015.



Petrobrás, ou seja, com o início da indústria petrolífera nacional. A Lei 2.004/1953, criadora da Petrobrás e que dispunha acerca da Política Nacional do Petróleo, em seu art. 27, previa o dever de pagar indenização, equivalente a 5% sobre o valor do produto explorado, aos Municípios, Estados e Territórios onde a extração de petróleo, xisto betuminoso ou gás natural tivesse lugar.<sup>2</sup>

Ao início da exploração marítima do petróleo, na década de 1980, foi estipulado pela Lei nº 7.453/85 que deveria haver compensação também nas hipóteses em que o óleo ou gás fossem provenientes da plataforma continental. No ano de 1986, a Lei nº 7.525 veio a determinar que não apenas os Municípios que possuíssem instalações relacionadas à produção e ao seu escoamento, mas também os Municípios limítrofes que suportassem as consequências sociais ou econômicas da produção e exploração petrolífera, teriam direito a percepção dos *royalties*.<sup>3</sup>

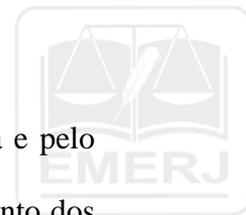
Posteriormente, o art. 20, §1º, da CRFB/1988 veio assegurar a participação aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgão da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais, no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Em virtude do que sempre preconizou a legislação e da parte final do §1º do art. 20 da CRFB/1988, no sentido da destinação desses valores para a compensação dos impactos nocivos causados ao meio ambiente, decorrente das atividades exploratórias dos recursos naturais compreendidos no supracitado artigo constitucional, muitos defendem, principalmente os Estados produtores, o caráter indenizatório dos *royalties*.

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. Federalismo, Isonomia e Segurança Jurídica: Inconstitucionalidade das Alterações na Distribuição de Royalties do Petróleo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), Royalties do Petróleo, p. 197, ano 2013.

<sup>3</sup> *ibid.*, p.197



Essa é a tese até a presente data abarcada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo o Ministro Edson Vidigal<sup>4</sup>, justifica-se o pagamento dos *royalties* como figura reparatória, ao promover aos governos locais verbas destinadas a financiar investimentos que venham a gerar renda alternativa às “riquezas exauridas” pela exploração dos recursos naturais. Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Luiz Fux<sup>5</sup>, à época integrante do STJ, julgou ser através de *royalties* a compensação aos municípios inundados pela construção de hidrelétricas.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Ellen Gracie<sup>6</sup> também se posicionou no mesmo sentido, interpretando o §1º do art. 20 da CRFB/1988 no sentido de que a reparação dos prejuízos nas hipóteses nele elencadas deve ser realizada por meio de participação ou compensação financeira.

No entanto, há outra vertente doutrinária e jurisprudencial que concede natureza jurídica de receita originária aos *royalties*. Essa corrente é a utilizada para legitimar a Lei 12.734/2012, ao estabelecer um novo regime de participação dos entes federados sobre os *royalties*.

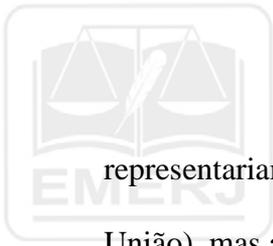
A receita originária é aquela advinda da exploração econômica concretizada pelo Poder Público, por meio de seu patrimônio, do exercício de atividades industriais ou comerciais. Nesse diapasão, não se poderia admitir que os *royalties* significassem compensação ou preço pela utilização dos recursos, uma vez que, nesse caso, deveriam ser calculados segundo valores condizentes com o colapso desses mesmos recursos. Em outras palavras, os *royalties* não

---

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça AgRg no AgRg na SL n. 79, Corte Especial/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal *apud* Superior Tribunal de Justiça, AgRg na Suspensão de Liminar de Sentença nº 1.201 – PE, Rel. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: < <http://dj.stj.jus.br/20090323.pdf>>, acessado em 28/08/2015

<sup>5</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 401.998/MG, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7487936/recurso-especial-resp-401998-mg-2001-0195098-8/relatorio-e-voto-13118604>>, acessado em 28/08/2015

<sup>6</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 253.906, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14740845/recurso-extraordinario-re-253906-mg>>, acessado em 28/08/2015



representariam o valor do recurso natural em seu estado bruto (que é, efetivamente, o bem da União), mas a participação no resultado da exploração desse bem, ou seja, receita originária.<sup>7</sup>

Não obstante esse respeitável entendimento, dá-se razão à primeira interpretação, qual seja, a que os *royalties* possuem natureza jurídica indenizatória. Em verdade, não se confundem no §1º do art. 20 da CRFB/1988 a “participação” e a “compensação”, nem tampouco se excluem. A compensação, por óbvio, possui natureza indenizatória *royalties*, sempre relacionada à existência de algum dano, ao passo que a participação prescinde da ocorrência de prejuízo: traduz-se, simplesmente, numa fração de uma vantagem econômica que se justifica pela dominialidade pública do bem explorado.<sup>8</sup>

Dessa forma, não se pode ignorar o peso da natureza jurídica dos *royalties* do petróleo a favor dos Estados Produtores, os quais, aparentemente, segundo esta interpretação, possuem não apenas o melhor interesse, mas o melhor direito.

## **2.DA PROBLEMÁTICA DA VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA E DO PRINCÍPIO DA LEALDADE FEDERATIVA**

Dentre as problemáticas suscitadas na ADI nº4917, a análise de dois segmentos argumentativos tomam significativa relevância, quais sejam, a extensão das mudanças para os contratos de concessão anteriores à sua vigência e a violação ao dever de lealdade federativa.

Embora não trate do mérito do diploma legal, a incidência das alterações no regime de participação substância em uma suposta invalidade das mudanças promovidas para as concessões firmadas anteriormente à vigência da nova lei de distribuição dos *royalties*, violando, dessa forma, as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico acabado, da se-

<sup>7</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel. OLBERTZ, Karlin. Federação e Royalties. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito do Petróleo e de Outras Fontes de Energia*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011, p. 53

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo. Saraiva, 2014, p. 722



gurança jurídica e aos princípios da responsabilidade fiscal, do equilíbrio econômico-financeiro e da boa-fé.<sup>9</sup>

Conforme entendido pela Ministra Carmen Lúcia<sup>10</sup>, decorrem das concessões já firmadas direitos que ingressaram no patrimônio das pessoas federadas e que, mesmo que venham a ser percebidas parcelas futuramente, originam-se estas de processos já firmados, aperfeiçoados de acordo com as normas vigorantes ao momento de sua realização. Incidir a nova legislação a estes atos já findos configuraria verdadeira retroação, ou seja, dotar de efeitos pretéritos atos e processos acabados de acordo com o direito, violando o conteúdo do inciso XXXVI do art. 5º da CRFB/1988.

Em contrapartida, aqueles interessados no novo regime de participação citam o art. 47 da Lei 9.478/97, o qual determina que “os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural”.

Como se pode extrair do texto legal, os *royalties* são pagos a *posteriori* da extração do petróleo. Assim sendo, a existência de um campo de extração não implicaria, necessariamente, no pagamento de *royalties*, se nenhum petróleo viesse a ser dele extraído.

Dessa forma, como o pagamento dos *royalties* não coincidiria com a firmação do contrato de concessão, mas sim, com a extração e processamento do óleo, de forma periódica, a conclusão é no sentido de que essa remuneração seria regida pela lei vigente ao tempo.

No entanto, tampouco essa tese, por mais legítima que aparente ser, merece florescer. Em verdade, o novo critério de repartição das receitas oriundas do petróleo com efeito retroativo, atingindo os contratos de exploração já vigorantes, comprometem os planos de ação go-

---

<sup>9</sup> DE OLIVEIRA, Samuel Cunha. *A Distribuição dos Royalties do Petróleo Entre os Entes Federados*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27646/a-distribuicao-dos-royalties-do-petroleo-entre-os-entes-federados>>, acessado em: 01/09/2015.

<sup>10</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI: 4917 DF, Rel. Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25226246/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4917-df-stf>, acessado em: 30/09/2015



vernamentais a médio e longo prazo, ordenados tanto nas esferas estaduais quanto nas municipais, formulados contando com esses recursos.

Inegável a constatação de violação ao princípio do direito adquirido, bem como à segurança jurídica, uma vez que eventual alteração no regime, principalmente sobre os contratos já vigentes, forçarão os entes federativos prejudicados a rever os planos governamentais e orçamentários.<sup>11</sup>

Portanto, acertadas as considerações traçadas pela Ministra Carmen Lúcia no âmbito da ADI nº 4917.

Outro prisma pelo qual deve ser interpretada a constitucionalidade da Lei 12.734/2013 e, talvez, o mais importante, é o do princípio da lealdade federativa. Também entendido como o “princípio da conduta federativa amistosa”, originou-se este do direito constitucional alemão, reconhecendo-o o Tribunal Constitucional Federal Alemão como um preceito constitucional não escrito ou implícito.<sup>12</sup>

Em outros termos, afirma-se configurar um dever jurídico, fundamentado na boa-fé, de não apenas a União, mas sim, todos os Estados adotarem posturas condizentes com o sistema federalista. Nesse feito, as relações entre os entes federativos, destacando-se, aqui, as ocorrentes entre os Estados-membros, pautam-se pela postura minimamente leal para com os demais.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, não se vislumbra expressa menção ao princípio da lealdade federativa nas decisões da Corte. No entanto, evidencia-se o conteúdo principiológico nele contido em inúmeros julgados, como, por exemplo, nas decisões que tratam

---

<sup>11</sup> HARADA, Kiyoshi. *A Confusa Divisão dos Royalties do Petróleo*. Disponível em: <[http://www.haradaadvogados.com.br/admin/uploads/artigo\\_aconfusadivisaodosroyaltiesdopetroleo.pdf](http://www.haradaadvogados.com.br/admin/uploads/artigo_aconfusadivisaodosroyaltiesdopetroleo.pdf)>, acessado em: 01/09/2015

<sup>12</sup> LEONCY, Leo Ferreira. *Apreciação do RDC Pelo Supremo Deverá Considerar a Lealdade Federativa*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2014-nov-15/observatorio-constitucional-supremo-devera-considerar-lealdade-federativa-apreciar-rdc?pagina=2#\\_ftn10](http://www.conjur.com.br/2014-nov-15/observatorio-constitucional-supremo-devera-considerar-lealdade-federativa-apreciar-rdc?pagina=2#_ftn10)> Acessado em: 01/09/2015.



da guerra fiscal, na medida em que deve se estabelecer uma conduta amistosa entre os Estados.

O STF, ao julgar concessão unilateral de desoneração de tributo por um Estado federado, enquanto a vigência de benefícios similares concedidos por outros perdurar, entendeu o Supremo que o “propósito de retaliar preceito de outro Estado, inquinado da mesma balda, não valida a retaliação: inconstitucionalidade não se compensam”<sup>13</sup>

Também oriundo de interpretação que se coaduna com o princípio da lealdade federativa, localiza-se o entendimento que culminou na Súmula Vinculante nº 30<sup>14</sup>:

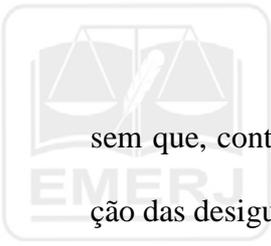
É inconstitucional lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS pertencente aos municípios.

Em tempo, é inerente ao sistema federativo a lealdade entre os entes. Preceitua a Constituição Federal, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel entre os Estados, Municípios e Distrito Federal, não admitindo-se que atuem estes como se inimigos fossem, ou mesmo estranhos entre si. É imprescindível que a convivência federativa se estabeleça pela harmonia e pelo equilíbrio, possibilitando a mútua confiança e apoio institucional, sob pena de esfacelamento do sistema federativo, que, assim, o será apenas ideologicamente, mas não pragmático.

Materialização do desrespeito ao princípio da lealdade federativa se faz evidente quando o valor que deixará de ser arrecadado pelos Estado e Municípios produtores e o que será redistribuído aos demais entes federativos são confrontados. Com exceção do Estado de São Paulo, os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo dependem em grande parte da receita provinda dos *royalties* petrolíferos. Retirar desses entes tamanha receita, sobretudo de contratos já firmados, seria condenar à estagnação e ao colapso financeiro os Estados produtores,

<sup>13</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI: 2377 MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14752024/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2377-mg>>, acessado em: 01/09/2015

<sup>14</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE: 572762 SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546141>>, acessado em: 01/09/2015



sem que, contudo, a nova receita adquirida pelos demais seja de relevante valor para a redução das desigualdades regionais.

Por fim, conveniente a reprodução do voto do Ministro Gilmar Mendes, no qual disserta sobre o princípio da lealdade federativa:

Assim, o princípio da lealdade à Federação atua como um dos mecanismos de correção de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal, junto aos que já se encontram expressamente previstos na própria Constituição. Sua presença silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse das demais e o do conjunto. Transcende o mero respeito formal das regras constitucionais sobre a federação, porque fomenta uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Torna-se, assim, o espírito informador das relações entre os entes da federação, dando lugar a uma ética institucional objetiva, de caráter jurídico, e não apenas político e moral.<sup>15</sup>

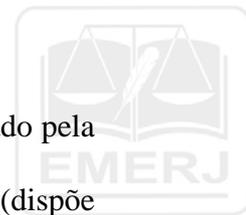
Diante de tais argumentos, inegável se faz não apenas a inconstitucionalidade material da Lei 12.734/2012, mas também a estampada má-fé exibida pelos seus autores, visando apropriar-se de receita devida a alguns Estados, em detrimento da saúde financeira e econômicas destes.

### **3.O NOVO REGIME DE DISTRIBUIÇÃO E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.734/2012**

O recente interesse em rever a destinação dos *royalties* do petróleo possui com combustor a descoberta das massivas reservas do óleo na camada do pré-sal brasileiro. A primeira medida lógica a ser tomada seria a edição de nova legislação, atualizada, apta a regulamentar a futura exploração do pré-sal. Diante da imensa expectativa de receita oriunda das camadas mais profundas do oceano, os entes federativos correram a tentar reivindicar maior parcela das receitas advindas desta fonte.

---

<sup>15</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pet: 3388 RR , Rel. Carlos Britto (trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20%203388>>, acessado em: 01/09/2015



Importante sinalizar que o preceito de exploração e produção era regulamentado pela Lei 9.478/1997 (dispõe sobre a política energética nacional) e pela Lei 12.351/2010 (dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, dentre outros hidrocarbonetos, no pré-sal brasileiro).

Contudo, não se sustentaria a antiga sistemática por muito mais tempo, após o anúncio do pré-sal, diante do crescente interesse dos estados federados não produtores em garantir uma distribuição que melhor servisse aos seus interesses.

Assim, promulgou-se a Lei 12.374/2012, cujo principal impacto seria o de fundar um sistema oposto ao anterior, descentralizando as receitas dos *royalties*, destinando-o, como alegam os defensores do novo regime, de modo mais justo e igualitário.

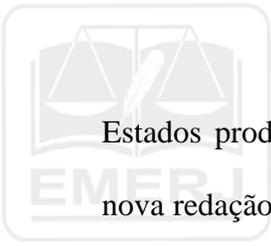
De acordo com a Lei 12.734/2012, o percentual destinado aos estados produtores sofreria um declínio, passando de 26,25% do prévio regime, para 20% no atual, e pelos municípios confrontantes ou afetados, os quais passariam de 25,25% para 17%, e de 8,75% para 2%. Ao mesmo tempo, os estados e municípios antes agraciados com 8,75%, passariam ao patamar de 40%.

Ainda, a nova lei incrementa o número de municípios agraciados pelos *royalties* originados da exploração petrolífera, incluindo no §7º do art. 49 da Lei 9.478 aqueles que possuem pontos de entrega à concessionária de energia. Destaca-se que esses municípios não apresentam riscos inerentes à atividade de exploração petrolífera.

<sup>16</sup>Por influência dos interesses envolvidos, a discussão acerca da validade da lei era fatal. Ainda no ano de sua edição, inúmeras ações foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal, já havendo diversos questionamentos prévios em virtude da nova redação assumida após a derrubada dos 142 vetos presidenciais pelo Congresso Nacional. A partir daí,

---

<sup>16</sup> MARQUES, José Carlos; GUEDES, Sânzia Mirelly da Costa. *A Lei Federal nº 12.734/2013 e o Novo Regime de Distribuição dos Royalties: Uma Análise à Luz das Controvérsias Constitucionais*. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>>. Acessado em 15/09/2015



Estados produtores, sobretudo o Rio de Janeiro e o Espírito Santo, inconformados como a nova redação afetaria o sistema de partilha dos *royalties*, propuseram ações diretas de inconstitucionalidade, com destaque para a ADI nº 4917.

<sup>17</sup>Alega o Governador do Estado do Rio de Janeiro, autor da ADI 4917:

o pagamento de *royalties* e participações especiais insere-se no pacto federativo originário da Constituição de 1988, sendo uma contrapartida ao regime diferenciado do ICMS incidente sobre o petróleo (pago no destino, e não na origem), bem como envolve, por imperativo do art. 20, § 1º, uma compensação pelos ônus ambientais e de demanda por serviços públicos gerados pela exploração desse recurso natural. Há ainda uma tese de menor abrangência, referente à absoluta ilegitimidade da aplicação do novo regime às concessões firmadas anteriormente à promulgação da Lei Federal n. 12.734/2012.

<sup>18</sup>Por outro lado, aqueles que defendem a constitucionalidade da lei prezam pela legitimidade do Congresso Nacional para propor e alterar leis que disponham sobre os critérios de distribuição da participação no resultado ou compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, garantidas as receitas de Estados e Municípios confrontantes e áreas geoeconômicas.

Em tempo, alegam os filiados a essa tese, que o petróleo, bem como todas as riquezas localizadas no subsolo, são de propriedade da União, não possuindo os estados produtores qualquer direito sobre os *royalties* a título de compensação, tendo em vista que devem ser destinados à primeira. Dessa forma, derivariam os frutos de uma riqueza pertencente à Nação, sendo este o verdadeiro sentido do art. 20 da CRFB/1988.

Em adição, sustentam que, em relação à impossibilidade de retroação da lei aos contratos já vigentes, pelos *royalties* serem recolhidos mensalmente, é a extração que enseja o recolhimento da compensação, renovando-se essa cada vez que é feita e, portanto, podendo vir a sofrer alteração imediata sobre ela<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 4917 DF , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4917liminar.pdf>> Acessado em 15/09/2015

<sup>18</sup> LIMA, Paulo César Ribeiro. *Os “Royalties do Petróleo”, a Lei 12.734/2012 e a Ação a Ser Julgada Pelo STF*. Disponível em: <<http://www.aslegis.org/2013/04/os-royalties-do-petroleo-lei-n.html>> Acessado em 15/09/2015

<sup>19</sup> BORJA, Célio. Parecer. O regime jurídico do petróleo e gás natural. O regime jurídico do petróleo e gás natural. Inconstitucionalidade de lei que destina a Estados não produtores parte da participação dos Estados produtores no resultado da exploração de petróleo e gás natural. A norma do artigo 64, da Lei nº 12.351, de 2010, e a



No entanto, não jaz com estes últimos o melhor direito. Os bens públicos e o direito de deles usufruir integram o domínio originário de seus titulares e são partilhados pela própria Constituição, e não pela União. Essas disposições encontram-se revestidas pelo status de cláusula pétrea do §4º do art. 60 da CRFB<sup>20</sup>:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
I - a forma federativa de Estado;

Firmada está, assim, a perpetuidade da união federativa, tornando inalteráveis os direitos e deveres atribuídos aos entes federados.

Em relação aos Estados e Municípios produtores, estes recebem a participação e compensação pela produção de petróleo e gás natural em terra e no mar, na forma determinada pela própria Constituição, no §1º do art. 20:

É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

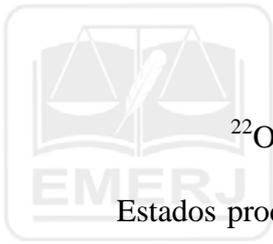
<sup>21</sup>Como se observa, a Constituição não reparte a participação na produção nem compensação financeira a entes federativos cujos territórios o petróleo e o gás não são extraídos ou que não apresentam delimitação geográfica com as áreas exploradas, nem concorrem operacionalmente para a produção, uma vez que esses direitos são territoriais e decorrem, como já apontado, da confrontação com as jazidas exploradas. Inexistindo essas vinculações topográficas, produtivas e operacionais, não faz jus (nem sentido) a ocorrência de compensação financeira.

---

violação à segurança jurídica, à igualdade dos Estados em sentido formal e material e o seu dever de cumprir suas responsabilidades fiscais definidas na Lei Complementar nº 101, de 2.000, e de proteger o meio ambiente. Rompimento do pacto federativo pelas disposições do aludido artigo 64. Inconstitucionalidade de lei federal que, regressivamente, reduz ou suprime receita que a própria União aceitou contratualmente em pagamento de crédito seu, por causar a inadimplência ou insolvência do devedor e por infringir a proibição de negar fé aos documentos públicos. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica. *Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro*, (Edição Especial), Royalties do Petróleo, p. 143, ano 2013.

<sup>20</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acessado em 15/09/2015

<sup>21</sup> BORJA., op. cit. p. 144.



<sup>22</sup>Outro aspecto do §1º do art. 20 da Constituição é o seu objetivo de compensar os Estados produtores pela incidência do ICMS não na origem, como normalmente ocorre, mas sim, no destino da operação. Assim, é evidente que as parcelas criadas para atender ao §1º do art. 20 devem ser tais que compensem os Estados destinatários aturais dos *royalties* pelo ICMS que deixaram de recolher. Esta é a função das participações especiais: se a produtividade e rentabilidade no campo de extração são tão volumosas, também o serão os valores decorrentes da incidência do ICMS.

Antes de concluir o capítulo, há importante observação a ser feita. Nada do que foi dito aqui inspira que à União seria vedado alterar o regime de exploração do petróleo ou as parcelas devidas a título de compensação ou participação em todas as hipóteses previstas atualmente, uma vez que não fora o tema esgotado pela Constituição. No entanto, não significa que a competência legislativa do Congresso Nacional está liberada de qualquer limitação, muito pelo contrário. Não se pode perder de vista que o que se encontra na balança são receitas originárias de entes estatais e o equilíbrio e a saúde de suas contas. Inverter o significado conferido pelo Constituinte Originário ao termo “compensação” do §1º do art. 20 implicaria em burlá-lo, e não na “promoção da igualdade regional” como querem fazer crer.

## CONCLUSÃO

É possível que o empasse criado pelos *royalties* de petróleo não veja o seu fim tão cedo. A recente desvalorização do barril do petróleo, os altos custos de se extrair o óleo de uma camada tão profunda e inacessível como o pré-sal, a recente crise política que se instalou na Petrobrás e no Congresso Nacional e a instabilidade econômica que aflige o país parecem

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luis Roberto. Federalismo, Lealdade e Petróleo, ainda uma vez. Inconstitucionalidade da supressão das participações especiais devida aos Estados. Interpretação conforme a Constituição do art. 5º da Lei nº 12.276/2010. Parecer de 30 de dezembro de 2010. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), *Royalties do Petróleo*, p. 155, ano 2013.



ter deixado o interesse na redistribuição das receitas oriundas do petróleo em segundo plano, pelo menos, por enquanto.

Ainda, com o STF inundado por denúncias de corrupção e demais ações com grande interesse político, é presumível que a ADI nº 4917 não venha a ter o seu mérito julgado tão cedo.

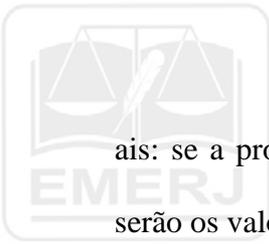
No entanto, a conclusão não pode se distanciar de alguns pontos.

Primeiro, a distribuição de *royalties* e participações especiais fundamentados em critérios de repartição do Fundo de Participação do Estados (FPE), encontra-se eivado de inconstitucionalidade, por violar a igualdade entre os Estados, contrariando, por conseguinte, critério determinado pela Constituição.

Segundo, se a legislação vindoura dispuser não apenas sobre os *royalties* relacionados aos contratos futuros, mas também acerca das receitas devidas nativas dos contratos já vigentes, estará se violando o princípio da segurança jurídica, uma vez que impedirá os Estados produtores de cumprir com as obrigações assumidas e de realizar políticas públicas com as quais se comprometeu, além dos riscos de insolvência e inadimplência relacionadas com as metas orçamentárias.

Por fim, impensável a constitucionalidade das alterações propostas, posto que violam o princípio federativo, na medida em que desconstrói a lealdade que se devem os entes federativos mutuamente a supressão de receita imprescindível para a autonomia e saúde financeira de Estados Federados.

Ainda, constitui como um dos objetivos do §1º do art. 20 da CRFB/1988 compensar os Estados produtores pela incidência do ICMS no destino da operação, e não em sua origem. Evidente, portanto, que as parcelas devem ser tais que compensem os Estados destinatários dos *royalties* pelo ICMS que deixaram de recolher. Esta é a função das participações especi-



ais: se a produtividade e rentabilidade no campo de extração são tão volumosas, também o serão os valores decorrentes da incidência do ICMS.

Dessa forma, reitera-se a conclusão explicitada, pela inconstitucionalidade da Lei 12.734/2012, ou, de forma mais clara, o novo regime de participação sobre os *royalties* do petróleo da forma por ela estabelecida.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Federalismo, Isonomia e Segurança Jurídica: Inconstitucionalidade das Alterações na Distribuição de Royalties do Petróleo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), Royalties do Petróleo, p. 197, ano 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Federalismo, Lealdade e Petróleo, ainda uma vez. Inconstitucionalidade da supressão das participações especiais devida aos Estados. Interpretação conforme a Constituição do art. 5º da Lei nº 12.276/2010. Parecer de 30 de dezembro de 2010.* Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (Edição Especial), Royalties do Petróleo, p. 155, ano 2013.

BORJA, Célio. *Parecer. O Regime Jurídico do Petróleo e Gás Natural (...)*. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (Edição Especial), Royalties do Petróleo, p. 143, ano 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça AgRg no AgRg na SL n. 79, Corte Especial/RJ, Rel. Min. Edsno Vidigal *apud* Superior Tribunal de Justiça, AgRg na Suspensão de Liminar de Sentença nº 1.201 – PE, Rel. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: < <http://dj.stj.jus.br/20090323.pdf>>, acessado em 28/08/2015

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 401.998/MG, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7487936/recurso-especial-resp-401998-mg-2001-0195098-8/relatorio-e-voto-13118604>>, acessado em 28/08/2015

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. RE n. 253.906, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14740845/recurso-extraordinario-re-253906-mg>>, acessado em 28/08/2015



\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. ADI: 4917 DF , Rel. Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25226246/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4917-df-stf>, acessado em: 30/09/2015

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI: 2377 MG , Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14752024/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2377-mg>>, acessado em: 01/09/2015

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. RE: 572762 SC , Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546141>>, acessado em: 01/09/2015

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. Pet: 3388 RR , Rel. Carlos Britto (trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>>, acessado em: 01/09/2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI: 4917 DF , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4917liminar.pdf>> Acessado em 15/09/2015

\_\_\_\_\_, Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acessado em 15/09/2015

CAIADO, Ronaldo. *Entenda Tudo Sobre os Royalties do Petróleo*. Disponível em: < <http://www.ronaldocaiado.com.br/entenda-tudo-sobre-os-royalties-do-petroleo/>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al., *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 722

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. OLBERTZ, Karlin. Federação e Royalties. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito do Petróleo e de Outras Fontes de Energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53

HARADA, Kiyoshi. *A Confusa Divisão dos Royalties do Petróleo*. Disponível em: <[http://www.haradaadvogados.com.br/admin/uploads/artigo\\_aconfusadivisaodosroyaltiesdopetroleo.pdf](http://www.haradaadvogados.com.br/admin/uploads/artigo_aconfusadivisaodosroyaltiesdopetroleo.pdf)>, acessado em: 01/09/2015

LEONCY, Leo Ferreira. *Apreciação do RDC Pelo Supremo Deverá Considerar a Lealdade Federativa*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2014-nov-15/observatorio-constitucional-supremo-devera-considerar-lealdade-federativa-apreciar-rdc?pagina=2#\\_ftn10](http://www.conjur.com.br/2014-nov-15/observatorio-constitucional-supremo-devera-considerar-lealdade-federativa-apreciar-rdc?pagina=2#_ftn10)> Acessado em: 01/09/2015.

LIMA, Paulo César Ribeiro. *Os “Royalties do Petróleo”, a Lei 12.734/2012 e a Ação a Ser Julgada Pelo STF*. Disponível em: <<http://www.aslegis.org/2013/04/os-royalties-do-petroleo-lei-n.html>> Acessado em 15/09/2015

MARQUES JÚNIOR, José Carlos; GUEDES, Sânzia Mirelly da Costa. *A Lei Federal nº 12.734/2013 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias*



*sias constitucionais* Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5544/4504>>. Acessado em 15/09/2015

OLIVEIRA, Samuel Cunha de. *A Distribuição dos Royalties do Petróleo Entre os Entes Federados*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27646/a-distribuicao-dos-royalties-do-petroleo-entre-os-entes-federados>> , acessado em: 01/09/2015.

## ESTADO DE EXCEÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS EM FACE DA NÃO APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Monica de Souza Alves Silva

Graduada em Direito pela UniverCidade. Advogada.

**Resumo:** A Lei de Execução Penal foi criada para dar efetividade aos preceitos constitucionais de “dignidade da pessoa humana”, tendo como principal intuito a ressocialização do apenado, bem como a reinserção do mesmo em sociedade. Ocorre que diante da inaplicabilidade fática da legislação em estudo, seu fim não vem sendo atingido, criando insegurança e instabilidade no sistema. Diante dessa constatação, visa o presente trabalho analisar os pontos de falência da lei, bem como a necessidade ou não de reforma da legislação em vigor, a fim de reparar as falhas da norma imposta, no intuito de alcançar seu objetivo primordial.

**Palavras-chave:** Lei de Execução Penal, sistema prisional, ressocialização do apenado, reforma da LEP.

**Sumário:** Introdução. 1. Da origem dos problemas relativos à Execução Penal no Brasil e a identificação das causas de sua inefetividade. 2. Da (des)necessidade do Projeto de Lei nº 513/2013 para o alcance da efetividade esperada para a LEP em vigor. 3. Dos efeitos concretos se a atual Lei de Execução Penal fosse efetivamente aplicada. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva discutir o caos instalado no sistema prisional brasileiro em decorrência da não aplicação da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), bem como analisar a (des)necessidade do Projeto de Lei que tramita no Senado (nº 513/2013) que visa a alteração da atual LEP e, por fim, demonstrar que a aplicação efetiva da Lei de Execução Penal em vigor seria capaz de solucionar, ou ao menos minimizar bastante, os problemas carcerários e de ressocialização de ex-detentos no Brasil.

O primeiro capítulo pretende partir da premissa de que o sistema prisional brasileiro, em tese, deveria ressocializar os apenados. A Constituição Federal contém vários incisos em seu artigo 5º que asseguram aos presos a chamada “dignidade da pessoa humana”. Mas foi a Lei 7.210/84, mais conhecida como LEP – Lei de Execução Penal, que em seu art. 1º, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de efetivação desse princípio no sistema



prisional. Diz o art. 1º da lei em comento que: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Afora isso, a mesma norma prevê a classificação, assistência, educação e trabalho aos apenados.

Todavia, o que se encontra hoje é um sistema falido, que submete os prisioneiros a todo tipo de degradação, humilhação, precariedade e nenhum tipo de assistência. Até mesmo as básicas lhes são negadas. Verdadeiro sistema de exceção.

O problema é antigo, e pouca coisa se modificou desde a carta política datada de 1824, de Dom Pedro I, que declarou abolido os “açóites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis”. Há hoje uma inércia total dos Poderes, o que possibilita penas muito mais cruéis e devastadoras que as do tempo do Império. Tentando-se a todo custo se resolver a questão somente de forma legiferante.

Em recente pesquisa, o InfoPen (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias) apurou que há atualmente, no país, 607.731 detentos, o que daria cerca de 300 presos para cada 100 mil habitantes. O CNJ também, ao analisar os números de detentos, chegou a conclusão que além da superlotação dos presídios em todos os Estados, não há separação de presos condenados e provisórios, falta assistência jurídica, ocupação para presos, educação e capacitação profissional, sendo que muitos continuam presos após o cumprimento integral da pena.

No segundo capítulo, faz-se mister discutir como e porque se chegou a esse ponto, se por falha legislativa ou por inaplicabilidade da LEP em vigor. Considera-se o fato de que no Brasil tudo parte do pressuposto legal, abordando-se em especial a alteração da Lei de Execução Penal.

O Estado brasileiro é extremamente legalista e procura solucionar os problemas através de criação e modificação de leis, prova disso é que a própria Lei de Execução Penal em vigor já sofreu diversas reformas, sendo a mais recente datada de 10 de setembro de 2015.

A esse respeito já encontra-se tramitando no Senado Federal o Projeto de Lei n. 513/2013, que visa a alteração da Lei de Execução Penal. Tal projeto tem como intuito primordial adequar a execução penal à nossa Constituição Federal, uma vez que a atual LEP é anterior a Constituição de 1988.

Todavia, apesar da Lei de Execução Penal atual ser de 1984, portanto datada de 4 anos antes da Constituição Cidadã ser promulgada, muitos lhe atribuem ares de modernidade e ênfase em raízes humanistas.

Tem-se então a discussão que será abordada no terceiro capítulo: se haveria a real necessidade de uma alteração da Lei de Execução, partindo-se do pressuposto de que o intuito da alteração seria exatamente o de tornar o sistema mais moderno, humanitário e ressocializador.

Tal reflexão tem a finalidade de comprovar que a aplicação efetiva da atual LEP possibilitaria a humanização prisional, bem como a ressocialização dos detentos, não necessitando de alteração para esse alcance, uma vez que os sintomas da sua ineficácia advêm primordialmente de falta de interesse político e falta de comunicação entre os Poderes do Estado.

Para se chegar a uma conclusão, busca-se analisar além da Constituição Federal, a Lei de Execução Penal em vigor, o Projeto de Lei n. 513/2013 que visa a alteração da Lei de Execução Penal, bem como doutrina e debates científicos acerca do tema.

Trata-se, portanto, de pesquisa com ênfase em metodologia bibliográfica, de natureza descritiva, qualitativa e parcialmente exploratória.



## 1. DA ORIGEM DOS PROBLEMAS RELATIVOS À EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E A IDENTIFICAÇÃO DAS CAUSAS DE SUA INEFETIVIDADE

O sistema prisional atual é falido, isso é fato, por isso este trabalho pretende investigar quais as causas do problema.

Existe uma cultura no Brasil de que a solução dos problemas sociais e políticos são resolvidos através de atos de inovação legislativa. Desde a época do império, busca-se a humanização do sistema penal brasileiro, sempre com base em atuação legiferante. Partindo-se da Carta Política outorgada por Dom Pedro I em 1824, passando-se pelas posteriores Constituições da República e legislação extravagante versando sobre o tema.

Já em 1824, previa a Constituição, em seu artigo 179, § 21: “As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes”.<sup>1</sup>

A atual Constituição é o maior exemplo desse garantismo. Em seu artigo 5º, onde são tratados os direitos fundamentais, há vários incisos que cuidam das garantias do apenado.

A execução penal em si é baseada em vários princípios garantistas, dentre esses pode-se citar o da legalidade, o do devido processo legal, o da humanidade, da individualização da pena, do contraditório e ampla defesa e o da igualdade.

O princípio da humanidade, apesar de não ser muito abordado pela doutrina que estuda o tema, é corolário dos direitos humanos assegurados ao apenado e como explicita Luis Regis Prado<sup>2</sup>:

Consiste em tratar o condenado como pessoa humana e foi consagrado expressamente na Constituição da República, em vários preceitos, merecendo destaque o art. 5º, XLIX, que dispõe que é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral. O inciso L do mesmo artigo realça a condição peculiar da condenada, estabelecendo que “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos, durante o período de amamentação”.

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis et al, *Direito de Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 5.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 25.



Segundo Mirabete<sup>3</sup>, a primeira tentativa de codificação versando sobre execução penal no Brasil foi o projeto de Código Penitenciário da República de 1933, elaborado por Cândido Mendes, Lemos de Brito e Heitor Carrilho. Mas como não se coadunava com o Código Penal da época (Código Penal de 1940), foi abandonado.

Desde então debatia-se a respeito da criação de uma codificação que versasse somente sobre execução das penas e medidas de segurança.

A atual Lei de Execução Penal foi apresentada ao Ministro da Justiça em 1982 e encaminhada ao então Presidente da República João Figueiredo, sendo publicada em 13/07/1984, sem qualquer alteração de vulto.<sup>4</sup>

Ao ser criada tinha como objetivo principal ressocializar e reintegrar o punido por sanção penal à sociedade. Tanto é que seu artigo 1º assim dispõe: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.<sup>5</sup>

Ademais, o princípio norteador da dignidade da pessoa humana é uma prioridade na LEP. A dignidade da pessoa humana, corolário constitucional de maior relevo axiológico, possui eficácia jurídica e aplicabilidade imediata, e no dizer de Luís Roberto Barroso<sup>6</sup> é hoje um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Afirma o doutrinador que:

Dignidade significa, em primeiro lugar, o valor intrínseco da pessoa humana, que identifica sua posição diferenciada no mundo da criação e a distingue dos outros seres vivos e das coisas. As coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que não tem preço. (...) Um segundo conteúdo da dignidade é a autonomia de cada indivíduo, que identifica sua capacidade de autodeterminação, o poder de fazer valorações morais e escolhas sem imposições externas indevidas. (...) Preconização necessária para o exercício da autonomia é o mínimo existencial.

<sup>3</sup> MIRABETE, Julio Fabrinni; FABRINNI, Renato. *Execução Penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p.6.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei n. 7210, 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 15 outubro. 2015.

<sup>6</sup> NEVES, Thiago Ferreira Cardoso Neves et. al. *Direito e justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3 e 4



Ocorre que, apesar de tudo isso, seu objetivo precípua não vem sendo alcançado, uma vez que há um clamor por mudanças, inclusive com projeto de Lei para sua alteração já tramitando no Senado.

Para muitos doutrinadores, dentre estes René Ariel Dotti<sup>7</sup>, o que ocorre é uma crise na execução penal do chamado “sistema global”. E conclui:

Essa disfuncionalidade dos sistemas parciais, que levou à crise da execução penal, demonstrou a necessidade de uma política geral de governo e a intervenção efetiva da comunidade para reduzir os índices alarmantes da criminalidade violenta. Resultou disso que o combate às causas e às condições determinantes da crise do chamado “sistema penal global” tem sido estudado e desenvolvido com meios e métodos que, embora relacionados mais ou menos intimamente com as ciências penais, são autônomos e oriundos de outras disciplinas e técnicas de atuação humana, com medidas de informação, dissuasão e proteção, destinadas a atenuar o sentimento de insegurança social e, de outro lado, a preparação do preso para a vida social, seu acesso ao mundo do trabalho, etc., Com fundamento nas idéias da Nova Defesa Social e tendo como base as medidas de assistência ao condenado é que se elaborou a Lei de Execução Penal.

Para outros, como os estudiosos do tema Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr.<sup>8</sup>, todo sistema penal brasileiro está passando por tempos preocupantes, compostos de fatos de extrema gravidade que atentam de forma explícita contra o Estado democrático de direito. Tais fatos não estariam sendo perpetrados por instituições que deveriam estar a serviço dele e comprometidos com ele.

Os retromencionados autores ainda aludem que nem mesmo na época da Ditadura Militar se viu algo semelhante enquanto prática punitiva tacitamente exercida de forma organizada e coordenada por agências de persecução do sistema penal. Aduzindo ainda que o problema, na verdade, reside no fato de que a aceleração social está constantemente a pedir respostas cada vez mais rápidas ao judiciário.

Realmente os problemas são diversos e medidas urgentes devem ser tomadas. Cumpre esclarecer, então, quais medidas seriam mais eficazes para a solução do dilema.

---

<sup>7</sup> DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativa para o sistema da penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 56.

<sup>8</sup> ROSA, Alexandre Morais da; KHALED Jr., Salah H. *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 31.



## **2. DA (DES)NECESSIDADE DO PROJETO DE LEI N. 513/2013 PARA O ALCANCE DA EFETIVIDADE DA LEP EM VIGOR**

Há críticas importantes ao sistema prisional, a política de segurança pública, ao aumento da violência, e isso se reflete na LEP, uma vez que faz parte do sistema punitivo/ressocialitivo penal. Mas, faz-se necessário ponderar até que ponto o problema encontra-se realmente na norma.

Buscando solucionar o dilema, tramita atualmente um projeto de reforma da Lei de Execução Penal (PLS n. 513/2013) que visa a apontar caminhos para a redução da superlotação dos presídios, a humanização do tratamento aos detentos e o fim da impunidade.

A comissão é composta pelo ministro Sidnei Beneti, que a preside, e pelos advogados Carlos Pessoa de Aquino e Gamil Foppel, pelo defensor público Denis de Oliveira Praça, pelo presidente da Agência Goiana do Sistema de Execução Penal Edemundo Dias de Oliveira Filho, pelo promotor de justiça Marcellus Ugiette e pela secretária da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná, Maria Tereza Gomes.

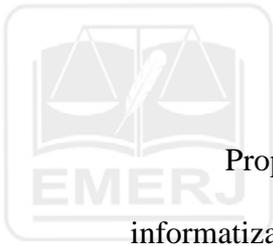
A pena, conforme entendimento de Renan Calheiros<sup>9</sup>, presidente do Senado e responsável por receber o anteprojeto da reforma, deve, além de cumprir seu papel de punição, repressão e prevenção, reintegrar o ex-presos à sociedade.

Segundo o presidente da comissão ministro Sidnei Beneti<sup>10</sup>

O objetivo é preservar o ser humano que está preso, o que é importante porque se trata de alguém que tem sua vida disponibilizada ao Estado. Mas também é importantíssimo preservar o ser humano que tem direito a uma vida honesta e sem tantos perigos, tem o direito de conviver com uma sociedade sem tantas pessoas perigosas a atacar seus componentes honestos.

<sup>9</sup> Reforma do Código Penal e da Lei de Execução atualiza legislação criminal. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/12/13/reforma-do-codigo-penal-e-da-lei-de-execucao-atualiza-legislacao-criminal>>. Acesso em: 20 set. 2015.

<sup>10</sup> REFORMA da execução penal buscará harmonizar direitos de vítimas e presos. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100437230/reforma-da-execucao-penal-buscar-harmonizar-direitos-de-vitimas-e-presos>>. Acesso em 20 set. 2015.



Propõe o projeto, entre outras ementas, a recomendação da criação de centrais informatizadas para controlar as vagas e os andamentos das penas, além da redução da burocracia no sistema prisional. Ademais, a reforma tende a acabar com a exigência do alvará de soltura expedido pelo juiz da VEP, Vara de Execuções Penais. O próprio diretor do presídio ficaria responsável por colocar o detento em liberdade, devendo somente informar, ao fim da pena, o juiz sobre o benefício em 30 dias.

Com relação às vagas nos presídios, há na proposta que caso chegue ao patamar máximo, nenhum outro preso poderá ser admitido no estabelecimento, sendo obrigatório, nesse caso, mutirão carcerário para avaliar a situação de cada preso, com possibilidade de antecipação de soltura daqueles que não apresentam problemas de conduta e já estejam perto do fim da pena.

Também pretende erradicar de vez com o encarceramento em cadeias públicas, beneficiando os condenados a penas mais leves com o regime de prisão domiciliar.

No campo da reintegração social, há, por exemplo, a previsão de incentivos fiscais à empresa que contratar o egresso.

Não se pode negar que a nova Lei possui pontos positivos, e o principal deles seria a maior efetividade da Defensoria Pública no âmbito carcerário, uma vez que, em tese, se disponibilizaria um posto da Defensoria Pública em todas as unidades carcerárias do País.

Diante desse panorama geral do Projeto de alteração em trâmite, não resta dúvida de que se trata de busca de efetivação do caráter social da norma através de inovação legislativa.

Todavia a atual LEP também é dotada de diversos artigos com características similares e que privilegiam o caráter social, a busca da humanização e da ressocialização do apenado.



O próprio Ministro Sidinei Beneti<sup>11</sup>, do STJ, que presidiu a comissão responsável pelo anteprojeto de Reforma da LEP, já defendeu a atual legislação. Para ele a lei é boa, inspirada por elevados valores humanitários. Tendo como objetivo respeitar o ser humano condenado, permitindo sua recuperação pessoal, reinserção e manutenção do convívio em sociedade.

Em que pese o entendimento de que a atual legislação necessitaria de modernização, tem-se que a burocratização legislativa já faz com que a Lei nova venha com ares de ultrapassada. Ademais o direito é dinâmico, e a legislação, que é estática, por mais recente que seja, não é capaz acompanhar esse dinamismo. Restando aos aplicadores, através de normas de interpretação e integração, suprir essa necessidade.

Há na verdade o predomínio de um positivismo exacerbado. Entende José Renato Nalini<sup>12</sup>, citando Edésio Fernandes, se referindo a Constituição Federal, que:

Não é por falta de leis que o País não é mais justo. Ao contrário, nunca dantes um pacto republicano foi tão audacioso em consagrar princípios fundamentais e direitos humanos com tamanha ênfase. Nem só isso. Proveu o direito de um judiciário chamado a solucionar todas as questões, cuja inafastabilidade em controlar qualquer lesão ou ameaça a direito é igualmente consagrado na Constituição, e ampliou a legitimação para que o acesso à Justiça fosse assegurado a todos com abrangência até então desconhecida.

E isto, ao invés de trazer maior sensação de segurança para a sociedade, sentimento de proteção e prevenção da criminalidade, tem o efeito reverso gerando insegurança jurídica.

Como visto, apesar da nova LEP trazer soluções que parecem inovadoras para a crise do sistema punitivo/ressocialitivo atual, trata-se apenas de uma nova roupagem, que facilmente poderia ser alcançada com um sistema de interpretação/integração da Lei em vigor.

---

<sup>11</sup> REFORMA da execução penal buscará harmonizar direitos de vítimas e presos. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100437230/reforma-da-execucao-penal-buscar-harmonizar-direitos-de-vitimas-e-presos>>. Acesso em 20 set. 2015.

<sup>12</sup> NALINI, José Renato. *Direitos que a cidade esqueceu*. São Paulo: RT, 2012, p.25

### **3. DOS EFEITOS CONCRETOS SE A ATUAL LEI DE EXECUÇÃO PENAL FOSSE EFETIVAMENTE APLICADA**

Diante do excesso de legislação penal e da dificuldade de se aplicar com propriedade a execução das penas impostas e ao mesmo tempo se atingir seu fim social, busca-se, como visto, solução na inovação legislativa, uma vez que nosso sistema extremamente positivista, acredita que o remédio para o transtorno penitenciário e a desordem social causada seria a alteração da LEP.

Todavia a base de todo dilema exposto deságua na aplicação efetiva da legislação e não na necessidade de nova normatização.

A LEP em vigor, embora seja de 1984, tendo completado 31 anos em 11 de julho de 2015, causou, quando da sua promulgação uma significativa reforma no regime penitenciário brasileiro, sendo considerada avançada para os padrões latino-americanos.

O que se percebe é que a Lei n. 7.210/84 foi se esvaziando ao longo do tempo em decorrência da sua inaplicabilidade fática.

Essa inaplicabilidade acabou causando instabilidade e insegurança no sistema, instalando o caos.

Todavia, pretende-se demonstrar que a atual LEP é lei eficaz e completa, vez que adequada ao sistema protetivo constitucional, a busca da dignidade da pessoa humana, a ressocialização do apenado e a erradicação da impunidade.

A LEP atual traz em seu bojo diversos artigos<sup>13</sup> que asseguram princípios de suma importância para a preservação da dignidade humana: direito à integridade física (art. 3º e 40); direito à igualdade (art. 41, XII e 42); direito de propriedade (art. 29 § 2º e 41, IV); direito ao

---

<sup>13</sup> BRASIL. Lei n. 7210, 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 15 outubro. 2015.



trabalho remunerado (art. 29 e §§); direito à alimentação, vestuário e alojamento com instalações higiênicas (art. 12 e 13); direito de assistência à saúde (art.14 e §§), etc.

Em sua exposição de motivos a Lei de Execução Penal preocupou-se em assegurar ao condenado todas as condições para a harmônica integração social, por meio de sua reeducação e da preservação de sua dignidade.<sup>14</sup>

Percebe-se com isso que a Lei em vigor goza de autonomia e raízes bem firmadas no fim social.

Os defensores da Alteração sustentam que a Lei n. 7.210/84 é obsoleta e burocratizada, não atingindo seus objetivos nucleares.

Muitos defendem que o problema sequer está na normatização e sim na pena em si. Um desses defensores, para quem o problema da execução na verdade é a pena de prisão, é o doutrinador Mirabete<sup>15</sup>:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as graves condições que existem no sistema social exterior (...) A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre uma função ressocializadora.

Além de sua latente modernidade, muitas alterações foram feitas na legislação em vigor de modo a adequá-la às constantes mudanças, buscando sua atualização. Tendo sido até o momento 15 modificações feitas em seu bojo.

Afora isso, a jurisprudência, interpretando e integrando o sistema, também vem adaptando, quando necessário, a LEP aos dias atuais. O STJ, por exemplo, já editou várias súmulas que abordam diretamente a execução penal. Dentre estas pode-se destacar a Súmula 520<sup>16</sup>, que demonstra o caráter humanístico da essencialidade da LEP.

---

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> MIRABETE, Julio Fabrinni. *Lei de execução penal*. São Paulo: RT, 1996, p. 250.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 520. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 15 de out. 2015.



Apesar de todo este esforço da jurisprudência e na prática pouca mudança se perceber, a verdade é que culpar a atual LEP pela inefetivação da execução penal humanizadora, pretendendo sua alteração, não irá nem de longe resolver o problema, uma vez que o problema não está na norma, mas na sua inaplicabilidade fática.

Isso não vem de agora. Desde a promulgação da nossa Constituição Federal busca-se efetivar direitos e garantias, e embora nossa Constituição seja uma das mais garantidoras, sendo conhecida por Constituição cidadã, nem ela, lei máxima adquiriu ainda o status de eficácia.

A eficácia, aliás, como expõe José Afonso da Silva<sup>17</sup>, ao citar Wolfgang, é fenômeno conexo à aplicabilidade. E completa:

Do que até agora foi exposto, deduz-se que as noções de aplicabilidade e eficácia jurídica podem ser consideradas, na verdade, as duas faces da moeda, na medida em que uma norma somente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. Assim, sempre que fizermos referência ao termo 'eficácia jurídica', fá-lo-emos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada.

Para André Nicolitt<sup>18</sup>: “a eficácia seria a potencialidade e a aplicabilidade, a realizabilidade ou praticidade”.

Tem-se então que, se a norma tem potencialidade de ser aplicada, como é o caso da atual LEP, o que lhe falta é a realizabilidade.

Sendo assim, falta vontade política, organização administrativa e judiciária para por em prática a legislação em vigor e desafogar o sistema, como bem explana Dotti<sup>19</sup>:

Lamentavelmente, porém, os governos de todos os níveis não demonstraram interesse em cumprir as determinações legais. A crônica e malsinada omissão tem contribuído para a formação de rebeliões carcerárias cujas consequências transcendem os muros das prisões.

A consequência, não poderia ser outra, um sistema falido, em colapso e ineficaz, refletindo em toda sociedade brasileira.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

<sup>18</sup> NICOLITT, André. *Lei nº 12.403/2011: O NOVO PROCESSO CAUTELAR*. A prisão e as demais medidas cautelares. São Paulo: Elsevier, 2011, p. 15.

<sup>19</sup> PRADO, op. cit., p. 7.

## CONCLUSÃO

A Lei n. 7.210/84 conhecida como Lei de Execução Penal, criada em 1981 e publicada em 1984, veio com o intuito de solucionar o problema da Execução Penal no Brasil, que à época encontrava-se órfã. Tendo, quando da sua criação, status de lei avançada e moderna, priorizando a dignidade da pessoa do apenado e a humanização do sistema penitenciário.

Ocorre que, após 31 anos em vigor, sustenta-se a que a LEP encontra-se ultrapassada e dissociada dos princípios constitucionais inerentes à pessoa humana.

Não se pode olvidar que, por ser dinâmico, o direito muitas das vezes não mais se associa com a esperada atuação à lei em vigor, devendo, neste caso, ser atualizado de forma sistemática. Não é esse o caso da LEP, pois a mesma desde sua criação busca a harmonia com o sistema constitucional garantidor, tendo sido inclusive recepcionada pela CRFB/88.

Na prática, inclusive, a LEP encontra-se atualizada, uma vez que já passou por várias mudanças no intuito de se adequar cada vez mais aos parâmetros constitucionais. Isso sem contar com a jurisprudência, que ao interpretá-la, acaba por harmonizá-la ao sistema atual.

Todavia apesar de toda a atualização, defende-se sua alteração. Já existindo inclusive o Projeto de Lei 513/2013 em tramite no Senado, projeto esse que pretende recriar a Lei de Execuções Penais sob o pretexto de que a atual LEP encontra-se fora dos padrões constitucionais atuais e precisa ser modernizada.

Na verdade, o que se vê no Brasil é um excesso legislativo, sobretudo na área penal. Tal excesso acaba levando grande parte das leis à sua inefetividade social. Tornando o sistema instável e criando uma insegurança jurídica.

Partindo-se do pressuposto que a inovação legislativa sempre deve passar por uma adaptação, e que está nem sempre é simples e fácil, criar-se nova Lei de Execução Penal simplesmente para dar uma nova roupagem à antiga, além de não trazer benefícios concretos,



terá como consequência apenas o tumulto e a instabilidade no Judiciário, o que afetará todo sistema penitenciário.

Se o sistema brasileiro buscase a efetividade das leis em vigor, não haveria necessidade de tantas reformas e inovações e conseqüentemente isso traria maior credibilidade aos Poderes do País. Havendo, no caso em comento, reflexos positivos em todo sistema penitenciário. Afora isso, uma simples interpretação sistemática da atual LEP teria o condão de torná-la eficaz.

Torna-se praticamente utópico acreditar que a renovação legislativa é solução para o sistema carcerário do País. Se ao longo de 31 anos da legislação em vigor não foi possível implementar a norma em sua totalidade, não é crível que será diferente com a promulgação da nova legislação.

Ademais, a nova legislação traz consigo ditames extremamente árdios de se implementar, como é o caso da disponibilização de um posto da Defensoria Pública em todas as unidades carcerárias do Brasil. Sabe-se que sequer há Defensoria Pública em todos os Estados do País, o que torna ainda menos crível a efetivação desse sistema.

Tem-se que infelizmente pular etapas não soluciona problemas, ao contrário, cada etapa deve ser vencida, no intuito de se chegar ao rompimento concreto do obstáculo.

Já dizia Montesquieu em sua conhecidíssima obra *O espírito das Leis*: “Leis inúteis enfraquecem as leis necessárias”.

Diante de todo exposto, tem-se que a alteração da Lei de Execução Penal é desnecessária e só acarretará em prejuízos para a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana e morosidade ao Judiciário, que terá mais uma vez que se adaptar a uma nova legislação.



## REFERÊNCIA

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 15 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 7210, 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 15 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Súmulas STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 15 de out. 2015.

DOTTI, Rene Ariel. *Bases e alternativa para o sistema das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012.

MIRABETE, Julio Fabrinni. *Lei de execução penal*. São Paulo: RT, 1996.

MIRABETE, Julio Fabrinni; FABRINNI, Renato. *Execução Penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NALINI, José Renato. *Direitos que a cidade esqueceu*. São Paulo: RT, 2012.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso Neves et. al. *Direito e justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

NICOLITT, André. *Lei nº 12.403/2011: O novo processo cautelar. A prisão e as demais medidas cautelares*. São Paulo: Elsevier, 2011.

PRADO, Luiz Regis et. al. 3.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED Jr., Salah H. *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.



## POSSIBILIDADE DE ULTRATIVIDADE E RETROATIVIDADE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAIS BENÉFICO AO RÉU

Natasha Raeder de Carvalho Martins Costa

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** Trata-se de proposta de aplicação extensiva dos princípios da irretroatividade da lei penal mais gravosa e retroatividade da lei penal mais benéfica às alterações jurisprudenciais. Defende-se, assim, uma releitura dos referidos princípios a fim de atender às garantias constitucionais da legalidade, igualdade, segurança jurídica e proporcionalidade, assegurando ao jurisdicionado a concretização da legítima expectativa depositada no ordenamento jurídico por meio de entendimentos jurisprudenciais reiterados e consolidados.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Jurisprudência. Princípio da irretroatividade. Retroatividade da jurisprudência benigna. Ultratividade da jurisprudência benigna.

**Sumário:** Introdução. 1. Da jurisprudência criativa. 2. Alterações legislativas e jurisprudenciais 3. Alterações jurisprudenciais *in malam partem*. 4. Alterações jurisprudenciais *in bonam partem*. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de ultratividade e retroatividade do entendimento jurisprudencial mais benéfico ao réu, buscando defender que a realidade jurídica do princípio da legalidade só será atendida quando, para determinado tipo penal, vigorar a mesma interpretação que lhe era dada à época do cometimento do fato ou a interpretação posterior que lhe seja favorável, correspondendo à verdadeira pretensão normativa.

O princípio da legalidade busca controlar o poder punitivo estatal, ou seja, impõe balizas ao exercício jurisdicional, confiando sua aplicação em limites que impeçam a arbitrariedade e punição em excesso. O Direito Penal é, por excelência, um veículo de afirmação e reprodução de desigualdades reais, uma vez que a ficção da igualdade rui ante a desigualdade substancial, sendo necessária a análise do tema sob o prisma do direito penal mínimo.



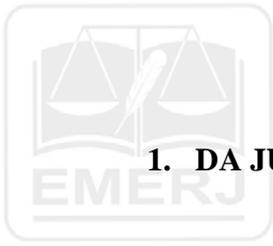
No primeiro capítulo, será discutida a importância da interpretação judicial criativa em nosso ordenamento pátrio e seus reflexos na seara penal, buscando-se analisar a força normativa das decisões construtivas, cujas alterações podem trazer prejuízos aos réus, bem como ponderar a necessidade de uniformização jurisprudencial como garantia do cidadão.

No segundo capítulo, por sua vez, será demonstrada a idéia de se superar a visão de uma distinção absoluta entre as funções da lei e da jurisprudência penal, por meio da aplicação das garantias do princípio da legalidade às alterações pretorianas. Para tanto, serão estudados os subprincípios que compõem a legalidade penal: reserva legal, taxatividade e anterioridade da lei penal.

Já no terceiro capítulo, será analisada a possibilidade de ultratividade da jurisprudência benigna ao réu com base nos diferentes entendimentos da doutrina e dos Tribunais Superiores acerca do tema, demonstrando os mecanismos que podem ser utilizados para assegurar os princípios da segurança jurídica e da igualdade.

No quarto e último capítulo, será defendida a possibilidade de retroatividade do entendimento jurisprudencial benéfico ao agente após o trânsito em julgado, com o intuito de atender aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, utilizando como base posições doutrinárias e pretorianas.

Sendo assim, com o presente artigo, objetiva-se promover uma reflexão acerca da aplicação do entendimento jurisprudencial penal no tempo, por meio de uma interpretação extensiva da norma inscrita no artigo 5º, inciso XL, CRFB/88, a qual prevê a irretroatividade da lei penal mais gravosa e retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, bem como pelo máximo alcance dos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da segurança jurídica, à luz do garantismo penal. Para tanto, a pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.



## 1. DA JURISPRUDÊNCIA CRIATIVA

Jurisprudência deve ser entendida neste trabalho como a forma de revelação do Direito, processada por meio do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais, sendo verdadeira fonte do Direito. O Direito Jurisprudencial, destarte, não é formado por apenas algumas sentenças, mas sim, por uma série de julgados que possuam uma linha de continuidade e coerência, coincidindo quanto à substância das questões objeto do pronunciamento.<sup>1</sup>

É fonte do Direito porque a lei é verdadeiramente a sua interpretação, ou seja, a norma nada mais é que o seu significado dado pelo intérprete. O magistrado não só interpreta e aplica a lei, mas também cria uma norma jurídica que fundamenta e dá validade à sua conclusão, a partir da análise do caso concreto sob a perspectiva constitucional, especialmente à luz dos direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Dessa forma, é também por meio da atividade jurisdicional que o Direito é criado e construído, já que a Magistratura, em permanente contato com a realidade social, contribui para o aperfeiçoamento da ordem jurídica.<sup>3</sup> Nesse sentido, Lenio Streck<sup>4</sup> defende que “é indubitoso que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de normas jurídicas gerais, em uma fonte subsidiária de informação e alimentação ao sistema de produção de normas jurídicas”.

Para Didier<sup>5</sup>, de forma mais simplificada, a jurisprudência pode ser entendida como a consolidação de precedentes. Já o precedente é considerado pelo autor como toda e qualquer

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 167/168.

<sup>2</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 7. ed. Salvador: Juspodivum, 2012, p. 391.

<sup>3</sup> REALE, op. cit., p. 34.

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 86.

<sup>5</sup> DIDIER JR, op. cit., p. 385.



decisão judicial tomada à luz de um caso concreto que poderá servir para casos futuros análogos, mediante o emprego do seu núcleo essencial, chamado de *ratio decidendi*.

Segundo a doutrina dominante, os precedentes podem ser interpretativos/declarativos ou criativos/constitutivos.<sup>6</sup> Os precedentes interpretativos são aqueles que simplesmente reconhecem e aplicam uma norma pré-existente ou um precedente ao caso concreto. Possuem, assim, o condão de não inovar no ordenamento, como ocorre em uma decisão que apenas segue o estatuído em enunciado de súmula de Tribunal Superior.

Os precedentes criativos, por sua vez, configuram uma antítese dos declarativos, já que criam e aplicam uma norma jurídica, inovando no ordenamento. Revelam-se por meio da supressão de lacuna, complementando o sistema objetivo do Direito; do afastamento da aplicação de determinada norma ao caso concreto; ou, ainda, pela fixação de um conceito jurídico indeterminado ou um conceito vago, que existem para evitar o engessamento da aplicação de sua norma, permitindo que o juiz atualize o sentido possível da lei, ajustando-a às circunstâncias e contingências do momento.<sup>7</sup>

Relevantes doutrinadores como Didier<sup>8</sup>, Cappelletti e Marinoni, defendem uma concepção mais moderna da jurisdição, entendendo que a função jurisdicional gera necessariamente uma atividade criativa, permitindo ao magistrado a criação de norma jurídica individualizada. Essa idéia decorre do fato de que ao intérprete é atribuída uma função não só exegética, como também de construção da norma, já que é apenas com a sua valoração que é possível apreender seu real significado.

Sendo assim, o fato de o precedente ser considerado como meramente declarativo, para essa corrente, não descaracteriza a criatividade judicial, tendo em vista que, mesmo existindo uma norma jurídica pré-existente, o magistrado deverá analisar o caso concreto à luz

---

<sup>6</sup> DIDIER JR, op. cit., p. 391.

<sup>7</sup> REALE, op. cit., p. 170.

<sup>8</sup> DIDIER JR, op. cit., p. 100.



da Constituição Federal e dos direitos fundamentais, chegando à norma jurídica individualizada que fundamentará sua decisão.<sup>9</sup>

Segundo essa linha de raciocínio, portanto, é inafastável certa margem de subjetivismo ao intérprete, e, portanto, de variabilidade nas aplicações da lei. Isso porque, qualquer significado que se dê a uma palavra constitui um resultado interpretativo. Assim, conforme Cappelletti<sup>10</sup>, não há texto musical, ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa.

Segundo Miguel Reale<sup>11</sup>, as divergências existentes entre sentenças relativas às mesmas questões de fato e de direito não revelam a fragilidade da jurisprudência, mas demonstram que o ato de julgar possui notável margem de poder criador. Não se deve comprometer a força criadora dos juízes na tarefa de interpretar e coordenar as normas e de preencher lacunas, contudo, as divergências mais graves devem ser atenuadas, a fim de proteger os princípios da igualdade e da segurança jurídica. Essas decisões jurisprudenciais diversas revelam os contrastes jurisprudenciais sincrônicos e diacrônicos.<sup>12</sup>

Os contrastes diacrônicos decorrem da simples evolução do Direito no tempo, demonstrando que nenhuma interpretação é definitiva, engessada na história. Assim, essa espécie de contraste demonstra que a jurisprudência deve refletir o momento em que é revelada, acompanhando o desenvolvimento das relações humanas, sendo uma forma viva do Direito e das expectativas sociais. Destarte, os contrastes diacrônicos passam a constituir uma parte da história da sociedade.<sup>13</sup>

Os contrastes sincrônicos, por sua vez, são aqueles concomitantes, não se revelando como superação de entendimento consolidado, mas sim como coexistência de mais de uma

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 392.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 22.

<sup>11</sup> REALE, op. cit., p. 168.

<sup>12</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 77.

<sup>13</sup> Ibid.



interpretação da mesma norma. O grande problema é que essa espécie de contraste põe em risco a segurança jurídica e o princípio da igualdade ao revelar uma posição errática e flutuante dos tribunais, os quais acabam por perder sua autoridade.<sup>14</sup>

Partindo do princípio da culpabilidade, é clara a importância da homogeneidade dos entendimentos jurisprudenciais, especialmente nos casos em que existe uma divergência quanto à ilicitude ou licitude penal de determinado fato. Enquanto sobre esse fato não houver consenso, estarão sacrificadas a liberdade do cidadão, a igualdade e, por óbvio, a segurança jurídica pela situação de incerteza.

Logo, é preciso que o juiz interprete a norma não apenas para o caso concreto *sub judice*, mas sim de forma que sua exegese possa ser utilizada para todos os outros casos similares, ou seja, o juiz deve decidir para o futuro. Mostra-se necessária a previsibilidade e antecipação da atuação e dos limites do poder punitivo estatal, não sendo aceitável a existência de uma jurisprudência aleatória que propicie êxito ou vitória simplesmente com base em regras de distribuição processual.

## 2. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS

Tendo em vista a importância da uniformização da jurisprudência como forma de atender às garantias da legalidade, igualdade e segurança jurídica, faz-se necessária a análise das possíveis conseqüências no ordenamento jurídico decorrentes de eventuais alterações pretorianas.

A jurisprudência, hoje, como já explicitado, possui relevante papel na construção do Direito. Assim, determinados entendimentos, considerados pacíficos, aproximam-se em muito de um conteúdo legal. Grande parte da população acaba por conhecer mais as decisões

---

<sup>14</sup> GOMES, op. cit., p.78.



judiciais por meio de notícias jornalísticas do que o próprio teor da lei. Diante disso, resta claro que as alterações jurisprudenciais são capazes de trair a confiança dos cidadãos.

De um ponto de vista realístico, a mudança jurisprudencial é capaz de conduzir à condenação da mesma forma que a lei. Assim, em certas hipóteses, a jurisprudência de determinado tribunal é tão criativa que se equivale de tal maneira e de modo tão uniforme em seus efeitos à lei, que acaba por produzir as mesmas consequências de uma legislação na esfera de liberdade do cidadão.<sup>15</sup>

Devido a isso, há quem sustente ser necessário um mecanismo de controle formalizado para as alterações pretorianas. De tal modo, parte da doutrina equipara as alterações judiciais diacrônicas em matéria penal a verdadeiras alterações legislativas, buscando aplicação extensiva do princípio da anterioridade da lei penal – garantia presente no princípio da legalidade. Contudo, é preciso cautela a fim de não impedir a natural evolução jurisprudencial, que possui o dever de adaptar o texto frio da lei à realidade social.

O princípio da legalidade possui importante significado de garantia, tendo em vista que assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a lei. É graças a esse princípio que o Direito Penal deixa de ser um grosseiro meio de repressão e coação para se converter em um direito democrático.<sup>16</sup>

Na fórmula da legalidade, prevista no artigo 5º, XXXIX e XL, CRFB/88<sup>17</sup> estão contidos três subprincípios: reserva legal, taxatividade e anterioridade da lei penal. Tais subprincípios constituem a própria essência do princípio da legalidade, o qual não existe sem as garantias que o integram. Essas garantias são interligadas e interdependentes, e, por isso, se uma delas não tiver efetividade, as outras, automaticamente também deixam de possuí-la.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> SAGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 162.

<sup>16</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 67.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>18</sup> GOMES, op. cit., p. 09.



A reserva legal, primeira garantia representada pelo princípio da legalidade, assegura que as normas penais somente serão elaboradas pelo Poder Legislativo, observando-se as formalidades procedimentais. Isso porque, exige-se que as escolhas em matéria de limitação legal da liberdade popular sejam atribuídas ao órgão representativo da sua vontade.<sup>19</sup>

A segunda garantia, por sua vez, é a taxatividade, a qual exige que as normas penais sejam claras, certas e precisas, demonstrando de forma evidente o comportamento proibido e a sanção a ele cominada.<sup>20</sup> A importância dessa garantia reside no fato de que a utilização de termos vagos ou imprecisos exige uma grande atividade criativa do juiz, a qual poderá resultar em um risco muito maior de desigualdades na aplicação do Direito.

A última garantia é a da anterioridade da lei penal, prevista no art. 5º, XL, CRFB/88<sup>21</sup> que se revela por meio dos princípios da irretroatividade *contra reo* e da retroatividade *pro reo*. A irretroatividade relaciona-se à própria racionalidade do exercício do poder punitivo, uma vez que não é racional pretender responsabilizar alguém por um ato cujas consequências negativas o agente não poderia conhecer no momento da sua realização.<sup>22</sup>

Nos moldes da retroatividade *pro reo*, a lei mais benigna – *abolitio criminis* ou *novatio legis in melius* – sempre irá prevalecer para favorecer o agente. Dessa forma, sendo posterior a norma benigna, haverá a retroatividade, a fim de beneficiar o agente. Assim, a partir do princípio da igualdade, não se mostra racional continuar a punir alguém por uma conduta que outrem poderá praticar e deixar de ser punido ou o ser de forma menos grave.<sup>23</sup>

Diferente da irretroatividade da lei penal maligna, que se relaciona com a segurança jurídica e com a legalidade, a retroatividade de leis benignas possui seu fundamento nos princípios da proporcionalidade e da isonomia, tendo em vista que os critérios valorativos da

---

<sup>19</sup> Ibid., p. 11.

<sup>20</sup> Ibid., p. 13.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. *La irretroactividad de la ley penal: ¿Retroactividad de leyes penales más gravosas?* *Revista de Derecho Penal*, Santa Fé de Bogotá, n. 3, p. 7-13, out./nov. 1997, p. 7.

<sup>23</sup> ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31-35.



nova lei em relação à medida da punibilidade do caso concreto demonstram que a norma do momento da comissão é, em si mesma, desproporcional ou desnecessária, sendo a nova norma mais favorável ao réu e mais satisfatória para apaziguar os conflitos sociais.

### 3. ALTERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS *IN MALAM PARTEM*

A garantia do cidadão frente à retroatividade das normas penais, resultado da interpretação das leis, passa pela necessidade de reconhecimento do valor normativo da jurisprudência no Direito Penal.<sup>24</sup> Vale ressaltar que somente há a possibilidade deste reconhecimento na hipótese de contrastes diacrônicos, ou seja, na existência de entendimentos reiterados e consolidados em um mesmo sentido, considerados como pacíficos que, modificados, passam de alguma forma a prejudicar o réu que praticou a conduta sob a égide do entendimento benigno.

Odone Saguiné<sup>25</sup>, que dedicou artigo específico ao tema, declara que existem três posições doutrinárias a respeito do tema:

1º) a ortodoxa, que nega a aplicação da garantia da irretroatividade às variações da jurisprudência penal; 2º) a postura contemporânea dominante que defende a idéia de que o acusado pode invocar o benefício do erro de proibição; 3º) a posição, ainda minoritária, mas que ganha cada vez mais um número crescente de adeptos, que postula a aplicação da garantia da proibição de retroatividade às modificações jurisprudenciais desfavoráveis.

A doutrina ortodoxa defende que o princípio da irretroatividade é somente aplicável às leis, não sendo possível a sua extensão à jurisprudência, que seria mera interpretação da norma. Servem como fundamentos para essa corrente, o fato de que uma nova jurisprudência não possui idêntica função de uma nova lei; que a jurisprudência, em regra, não possui efeito

---

<sup>24</sup> GOMES, op. cit., p.141.

<sup>25</sup> SAGUINÉ, op. cit., p. 148.



vinculante e, por isso, sua mudança só demonstra uma correção da interpretação; bem como que a aplicação do princípio dificultaria a evolução jurisprudencial.<sup>26</sup>

É possível dizer que para a maioria dos juristas, uma decisão jurisprudencial que piore a situação do acusado em relação à jurisprudência anterior não é semelhante à aplicação retroativa de uma lei desfavorável ao réu. Fragoso<sup>27</sup>, por todos, é claro ao afirmar que a proibição de retroatividade se refere apenas à lei e não às alterações pretorianas.

Roxin<sup>28</sup> também nega a possibilidade de aplicação do referido princípio às mudanças jurisprudenciais. Para ele, a irretroatividade da posição pretoriana é contrária à idéia básica do princípio da legalidade, tendo em vista que a equiparação entre legislação e jurisprudência violaria o princípio da separação de poderes. Ressalva que o princípio da confiança se refere tão somente ao teor literal da lei, já que não caberia aos cidadãos conhecer a jurisprudência.

Ademais, conclui o referido autor que as mudanças jurisprudenciais são menos graves e mais previsíveis que as mudanças legislativas, não merecendo o mesmo tratamento, portanto. Entende, assim, que a nova interpretação dada ao texto legal não constitui agravamento ou prejuízo retroativo ao réu, “mas sim a realização de uma vontade da lei, que já existia desde sempre e que somente agora foi corretamente reconhecida”.<sup>29</sup>

Contudo, é preciso uma revisão desse entendimento, a fim de conceder efetividade às garantias constitucionais, já que, para o cidadão, é irrelevante saber se essas garantias servem para protegê-lo das mudanças meramente legais ou jurisdicionais, importando tão somente que sua proteção frente à arbitrariedade estatal seja resguardada. Destarte, os princípios da segurança jurídica, legalidade, igualdade, dentre outros, correm o risco de ter suas finalidades frustradas quando desrespeitada a irretroatividade da jurisprudência penal maligna.

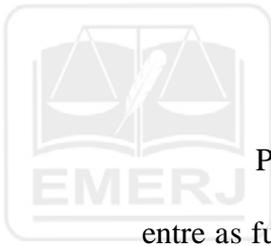
---

<sup>26</sup> Ibid, p. 150.

<sup>27</sup> FRAGOSO apud GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008, p.146.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997, p. 165.

<sup>29</sup> Ibid., p. 166.



Paulo Queiroz<sup>30</sup> defende a necessidade de superação da visão de distinção absoluta entre as funções da lei e da jurisprudência penal, tendo em vista que a lei e sua interpretação são inseparáveis, constituindo um vínculo necessário de complementação. O Direito é resultado da interpretação, razão pela qual a realidade jurídica do princípio da legalidade só será atendida quando for impedida a retroatividade da nova jurisprudência contrária ao réu.

Conforme entende Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>31</sup>, na hipótese de mudança de entendimento jurisprudencial consolidado, cabe ao tribunal modular os efeitos da decisão, visto que a regularidade da jurisprudência, mesmo que não possua caráter vinculante, permite aos cidadãos determinado grau de confiança de que aquela posição será utilizada quando do julgamento de sua conduta.

Entende o mencionado autor, portanto, que o Poder Judiciário, assim como o Poder Legislativo, está sujeito ao princípio da não surpresa, já que o jurisdicionado, agindo de boa-fé, deposita na conduta do Judiciário legítimas expectativas pela existência de reiteradas decisões tomadas em um mesmo sentido.<sup>32</sup> Isso porque, a garantia da segurança jurídica traz a idéia de um prévio cálculo do conteúdo das decisões judiciais conforme o critério reiterado e constante.<sup>33</sup>

Leciona Ferraz Jr.<sup>34</sup> que:

Em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode, pois, restringir o princípio da irretroatividade à lei como mero enunciado, devendo compreender a lei como sua inteligência em determinado momento. (...) A irretroatividade, é, assim, do Direito e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto.

<sup>30</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 140.

<sup>31</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: CARRAZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007, p. 8.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> SAGUINÉ, op. cit., p. 163.

<sup>34</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 11.



Roque Antonio Carraza<sup>35</sup>, confirmando a posição anterior, declara que o princípio da segurança jurídica visa a proteger e preservar as justas expectativas das pessoas, frente a medidas não só legislativas, mas também administrativas e judiciais que possam frustrar a confiança que as pessoas possuem nas normas jurídicas em vigor. Assim, impõe-se que a irretroatividade seja não só das leis, mas sim do Direito, por meio de aplicação dos ditames do art. 5º, XL, CRFB/88<sup>36</sup> de forma extensiva.<sup>37</sup>

O *prospective overruling*, técnica utilizada nos ordenamentos de *common law*, seria o mecanismo por meio do qual a irretroatividade da mudança jurisprudencial maligna ao réu poderia se revelar. Para Didier<sup>38</sup>, seria necessária, ainda, a utilização da técnica da sinalização ou seja, a *signaling*, desenvolvida nos tribunais norte americanos como aperfeiçoamento do *prospective overruling*.

De tal modo, com o intuito de permitir a evolução jurisprudencial, seria possível que o magistrado adotasse para o caso concreto e para os pendentes de julgamento – de condutas pretéritas – o entendimento já consolidado, sinalizando, porém, a mudança paradigmática para os casos futuros. O magistrado, portanto, sinaliza a evolução jurisprudencial em determinado sentido, sem, contudo, deixar de aplicar o entendimento consolidado à época da prática delituosa, caso favorável ao réu, preservando a segurança jurídica e a igualdade.<sup>39</sup>

Destarte, diferente do que alega a corrente ortodoxa, não haveria a aplicação de determinada posição *ad eternum*, mas pelo contrário. O que se defende é que no momento de transição entre o velho e o novo entendimento, os delitos cometidos sob a influência de interpretação anterior, sejam julgados sob essa interpretação, se favorável, efetivando os

<sup>35</sup> CARRAZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: CARRAZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007, p. 41.

<sup>36</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>38</sup> DIDIER JR, op. cit., p. 415.

<sup>39</sup> GOMES, op. cit., p.150.



princípios constitucionais. Passando a adotar entendimento mais gravoso, o tribunal iria declará-lo na decisão, sendo os crimes cometidos a partir de então, julgados sob a égide da nova interpretação.<sup>40</sup>

Muito embora não possua conteúdo penal, em recente e relevante decisão, o STF<sup>41</sup> utilizou o *signaling* – ainda que não tenha utilizado essa expressão – a fim de preservar a segurança jurídica, demonstrando a possibilidade concreta de uso da referida técnica em sede de *civil law*. No caso concreto, o STF “sinalizou” que irá declarar inconstitucional novo caso de “contrabando legislativo”, mantendo, todavia, os atos já praticados, sendo considerados como constitucionais no que tange ao tema.

Permitir que a mudança de entendimento consolidado venha a prejudicar o réu é deixá-lo à sorte da velocidade da tramitação processual. Dependendo do período de duração da ação judicial, ou do momento em que é denunciado, poderá ter ou não a ele aplicado entendimento benéfico que se mostrava pacífico à época da prática da conduta criminosa, o que fere de morte o princípio da igualdade.

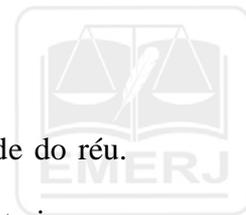
A segurança jurídica também se mostra violada, já que o indivíduo não pode ser surpreendido pelo Estado com uma punição por conduta que, ao tempo de sua realização, não era, quer pela lei penal, quer pela jurisprudência, tida como punível, ou o era, de forma mais branda. Como já retratado, é certo que o cidadão hoje possui consciência do teor de relevantes entendimentos dos Tribunais Superiores, seja por meio de veiculação de notícias, seja por meio de assessoria jurídica.

Outra solução, diferente da *prospective overruling*, proposta pela doutrina para minimizar os efeitos da aplicação retroativa de novo entendimento jurisprudencial maligno é a

---

<sup>40</sup> SAGUINÉ, op. cit., p. 166.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5127/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 15 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+5127%29&base=baseInformativo>>. Acesso em: 26 nov. 2015.



utilização do instituto do erro de proibição com o intuito de afastar a culpabilidade do réu.

Tendo em vista que a norma precisa de valoração judicial, nada impede que o agente incorra em erro pelas sucessivas interpretações de uma mesma lei penal.<sup>42</sup>

É inegável que o teor dos entendimentos jurisprudenciais possui relevância na sociedade. Assim, seria possível a aplicação do erro de proibição ao caso, por exemplo, em que um sujeito age conhecendo a norma incriminadora, mas pensa estar atuando de forma não reprovável porque sua conduta é admitida como lícita pelo entendimento consolidado de Tribunal Superior.

Assis Toledo<sup>43</sup> alega que o erro de proibição acerca da jurisprudência seria verdadeiro erro de eficácia, tendo em vista que a falsa percepção da realidade não recai sobre a vigência de um preceito legal, mas sim sobre a noção da efetiva aplicação de preceito que sabe ser vigente. Entende que em regra, o erro de eficácia seria evitável, todavia, pelo caráter de confiança representado pela jurisprudência, sua alteração seria uma exceção, representando verdadeiro erro inevitável.

Muito embora Roxin<sup>44</sup> não entenda pela possibilidade de aplicação do princípio da irretroatividade à jurisprudência, reconhece que é possível vislumbrar hipótese de aplicação do erro de proibição. Seria o caso em que um agente confiou em determinada orientação jurisprudencial de forma não reprovável para praticar uma conduta. Não seria justo castigar o sujeito pela sua confiança no Direito, devendo ser absolvido pela existência de erro de proibição inevitável.

É preciso que reste claro que a aplicação do erro de proibição às alterações jurisprudenciais somente tem espaço no caso de contrastes diacrônicos a respeito da ilicitude do fato.<sup>45</sup> Na hipótese de contrastes sincrônicos, ou seja, concomitantes, não será possível

---

<sup>42</sup> GOMES, op. cit., p. 150.

<sup>43</sup> ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Do erro no direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 119.

<sup>44</sup> ROXIN, op. cit., p. 165-166.

<sup>45</sup> GOMES, op. cit., p.153.



alegar essa espécie de erro, tendo em vista que existiria dúvida no ordenamento jurídico acerca da ilicitude da conduta com a jurisprudência flutuante acerca do tema. Assim, seria difícil definir o erro como inevitável pela ausência de confiança na existência de posição consolidada.

Alerta Saguiné<sup>46</sup> que a utilização do erro de proibição como forma de se postular o afastamento de eventual jurisprudência mais gravosa não resolve todas as questões, sendo preferível a utilização do princípio da irretroatividade. Isso porque, tal instituto não se aplicaria a hipóteses em que a alteração jurisprudencial não afetasse a valoração da ilicitude do fato. Ademais, há o inconveniente de que a aplicação do erro de proibição inevitável leva à absolvição por falta de culpabilidade, persistindo os efeitos na esfera cível.

#### **4. MUDANÇAS JURISPRUDENCIAIS IN *BONAM PARTEM***

Tendo em vista que atualmente prevalece nos tribunais pátrios a aplicação da jurisprudência do momento em que a decisão é proferida, não causa espanto sustentar a possibilidade de aplicação de nova interpretação legal mais favorável ao réu aos fatos pendentes de julgamento, mesmo tendo ocorrido a conduta antes da alteração pretoriana.

Contudo, há dúvidas na hipótese de aplicação da nova posição benéfica às decisões já transitadas em julgado. Aqueles que defendem essa possibilidade, pleiteiam a aplicação analógica da idéia de retroatividade da lei penal mais benéfica à jurisprudência, por meio de revisão criminal ou requerimento à vara de execução penal, com o intuito de ver garantido o princípio da igualdade.

Conforme leciona Saguiné<sup>47</sup>, uma vez admitida a proibição da retroatividade para as alterações jurisprudenciais desfavoráveis, cabe aceitar-se correlativamente o princípio da

---

<sup>46</sup> SAGUINÉ, op. cit., p. 135.

<sup>47</sup> Ibid., p. 153.



retroatividade das interpretações favoráveis ao réu, com a possibilidade de se admitir revisão criminal em favor do condenado toda a vez que se produzir uma mutação jurisprudencial que possa vir a beneficiá-lo. Segundo Aury Lopes Júnior<sup>48</sup>, caso a mudança de entendimento jurisprudencial pacífico e relevante seja efetiva, com verdadeiro rompimento de paradigma, a retroatividade seria plenamente possível.

Todavia, a doutrina brasileira dominante não admite revisão criminal com base em “dissídio jurisprudencial”, sob o argumento de que o art. 621, I do Código de Processo Penal<sup>49</sup>, que melhor se adequaria à hipótese, prevê apenas a revisão em caso de sentença condenatória contrária a texto expresso de lei.<sup>50</sup> Destarte, defende a doutrina que permitir a revisão iria ferir a segurança jurídica e a coisa julgada, por falta de permissão legal expressa.

Mirabete<sup>51</sup>, por todos, entende que não é possível a retroatividade da jurisprudência mais benéfica a situações transitadas em julgado porque as hipóteses de revisão criminal estão taxativamente elencadas no art. 621, CPP<sup>52</sup>, não estando incluída a variação jurisprudencial. Ainda, declara o autor que essa é a orientação firme do STF, que teria expressamente se manifestado no sentido de vedar pedido revisional fundado em mudanças de suas posições.

O STJ também já teria declarado que “sentença contrária ao texto expresso da lei penal”, um dos pressupostos ensejadores da revisão criminal, como acima declarado, é sentença que enfrenta o preceito legal, contestando ou negando sua realidade jurídica, o que não se confunde com a adoção de determinada linha exegética sobre tema cuja compreensão é controvertida nos Pretórios.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. v. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 616.

<sup>49</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>50</sup> SAGUINÉ, op. cit., p. 135.

<sup>51</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 724.

<sup>52</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. REsp n. 61.522-6/RJ. Relator: Ministro Vicente Leal. Julgamento em 19 ago. 1996. Disponível em:



Contudo, de forma expressa e paradigmática, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul admitiu a possibilidade de revisão criminal com o intuito de aplicar retroativamente entendimento jurisprudencial benéfico. Na decisão de relatoria do Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, restou assentado que é necessário atribuir efeito retroativo à modificação jurisprudencial *in bonam partem* a fim de respeitar o princípio da igualdade de todos perante a lei.<sup>54</sup>

Ademais, neste acórdão, foi declarado que o aperfeiçoamento do sentido da lei pelas instâncias constitucionalmente competentes para a interpretação que resulte em nova leitura jurisprudencial benéfica aos réus ou condenados, revela a necessidade de revisão dos julgados. Assim, tendo em vista que a inovação legislativa em benefício do réu retroage, naturalmente, *mutatis mutandi*, deverá retroagir sua interpretação benéfica.<sup>55</sup>

Em seu voto, o Des. Azevedo<sup>56</sup> assinalou que:

o primeiro óbice à retroação é, evidentemente, o princípio da reserva legal. Não é possível aplicar ao acusado a nova norma, posterior ao fato praticado. Mas se de benefício se trata, perde sentido a vedação. Restaria, então, o segundo obstáculo, argumento apenas formal: a segurança jurídica, embasamento da coisa julgada. Ora, entre os valores igualdade (alguns falam em justiça) e segurança jurídica, a ponderação leva ao prevailecimento do primeiro.

Portanto, a segurança jurídica, garantia dada ao cidadão frente ao arbítrio estatal, não pode ser utilizada com o intuito de cercear a esfera de liberdade do particular e aumentar o poder punitivo do Estado. Vedar a retroatividade da jurisprudência benéfica sob o argumento de violação da segurança jurídica e coisa julgada é inverter a função dada a essas garantias.

---

[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199500098989&dt\\_publicacao=14-10-1996&cod\\_tipo\\_documento=1](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500098989&dt_publicacao=14-10-1996&cod_tipo_documento=1). Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>54</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quarto Grupo Criminal. RVCR n. 70.002.052.459. Relator: Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo. Julgamento em 22 jun. 2001. In: BOSCHI, Marcus Vinicius. *A retroatividade da jurisprudência penal mais benigna*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 159.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Ibid.



Sendo assim, admitir a retroatividade da jurisprudência benéfica significa, nada menos que reforçar a igualdade.<sup>57</sup>

Recentemente, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região<sup>58</sup> e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>59</sup> proferiram decisões semelhantes, admitindo a retroatividade do entendimento jurisprudencial benigno, utilizando o precedente acima comentado como principal fundamento. O último Tribunal, inclusive, possui uma série de decisões de relatoria do Des. Vico Mañas nos quais declara que, na alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em benefício do jurisdicionado, é impositivo o deferimento de revisão criminal, atribuindo-se efeito retroativo à modificação jurisprudencial.

É relevante, ainda, o entendimento assentado no enunciado de Súmula nº 116 das Mesas de Processo Penal realizadas na Faculdade de Direito da USP, segundo a qual, “não infringe o texto expresso de lei a interpretação razoável, ainda que não unânime. Havendo, porém, adoção tranqüila de tese contrária, cabível é a revisão criminal”. Desse modo, conforme a inteligência da súmula, embora não haja previsão expressa no Código de Processo Penal acerca de revisão em caso de alterações pretorianas, essa será necessária a fim de proteger os princípios da igualdade e liberdade.<sup>60</sup>

Muito embora seja mais comum que os tribunais não defiram o pedido de revisão criminal com esse fundamento, há cada vez mais a percepção do valor normativo da jurisprudência. Para Wambier<sup>61</sup>, admitir a permanência de decisão que consagrou

---

<sup>57</sup> BOSCHI, Marcus Vinicius. *A retroatividade da jurisprudência penal mais benigna*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 168.

<sup>58</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Quarta Seção. RVCr n. 2009.04.00.030480-6. Relator: Desembargador Federal Tadaaqui Hirose. Julgamento em 17 fev. 2011. Disponível em: <<http://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18606739/revisao-criminal-rvcr-30480-rs-20090400030480-6-trf4/inteiro-teor-18606741>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>59</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sexto Grupo de Direito Criminal. RVCr n. 0161572-87.2008.8.26.0000. Relator: Desembargador Vico Mañas. Julgamento em 18 ago. 2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/222835086/revisao-criminal-rvcr-1615728720088260000-sp-0161572-8720088260000/inteiro-teor-222835090>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>60</sup> GOMES, op. cit., p.153.

<sup>61</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. *Revista da Ajuris*. v. 70. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 115.



interpretação hoje considerada, pacificamente, incorreta pelo judiciário, é o mesmo que prestigiar o acaso, tendo em vista que serão beneficiados com a decisão favorável, aqueles que tiverem a “sorte” de participar de determinada ação penal antes da alteração jurisprudencial.

Outra solução proposta pela doutrina para aplicação do entendimento jurisprudencial benéfico é o requerimento à Vara de Execução Penal. Tal solução possui fundamento no art. 66, I da Lei n. 7.210/84<sup>62</sup>, segundo o qual, é o juiz da execução competente para aplicar lei posterior que, de qualquer maneira, beneficie o condenado. Isso é possível porque a sentença condenatória possui implícita a cláusula *rebus sic standibus*, permitindo que o magistrado faça as revisões benéficas necessárias.<sup>63</sup>

Portanto, seria possível a utilização deste meio, uma vez que a interpretação realizada pelo magistrado compõe a norma criminal. Ademais, sendo a nova interpretação referente apenas a matéria de direito, não haverá qualquer impedimento na análise em sede de execução penal. Dessa forma, assim como o faz no caso de *novatio legis in melius* e *abolitio criminis*, poderá o juiz aplicar a alteração pretoriana, sem modificar o decidido no processo de conhecimento.

Impende assinalar que o STF já reconheceu a interpretação extensiva do art. 66, I da Lei n. 7.210/84<sup>64</sup>, em casos paradigmáticos, para alcançar não só leis posteriores benéficas, como também orientações jurisprudenciais benéficas, desde que pacificadas. Em regra, são decisões consolidadas pelo Pleno do STF, como as que declararam a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime e da pena restritiva de direitos aos crimes hediondos e equiparados.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>63</sup> GOMES, op. cit., p. 158.

<sup>64</sup> BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>65</sup> QUEIROZ, op.cit., p. 140.



Em ambas as situações, o STF determinou que o juízo da execução aplicasse o novo entendimento às execuções em curso. Muitos juízes da execução, por conta própria, aplicaram o mesmo raciocínio quando do cancelamento do enunciado de Súmula nº 174 do STJ que determinava que a arma de brinquedo deveria ser considerada como arma de fogo para fins de configuração de roubo majorado. Vale ressaltar que o Supremo não exige que as orientações tenham sido tomadas em sede de controle concentrado.

Boschi<sup>66</sup>, por sua vez, entende inviável a aplicação retroativa da jurisprudência benéfica em sede de execução penal, por declarar que tal reconhecimento deverá passar necessariamente pela análise de situação de fato, sendo preciso novo conhecimento do mérito, o que não seria possível nesse momento. Contudo, esse não é o melhor entendimento, já que nada impede que o juízo da execução desempenhe atividade cognitiva em situações excepcionais.

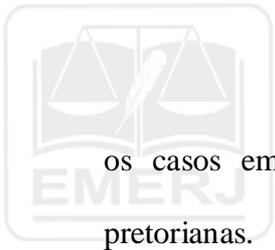
## CONCLUSÃO

A equiparação no tratamento das alterações legislativas e jurisprudenciais em matéria penal possui como objetivo garantir o cidadão frente ao arbítrio estatal. Não é possível fechar os olhos para a realidade social e jurídica. Há, hoje, diversos casos em que uma consolidada orientação dos Tribunais Superiores desempenha a mesma função que uma lei, complementando ou até mesmo substituindo norma legal.

Muito embora, para os destinatários, a alteração radical de critério anteriormente utilizado de forma reiterada e constante em nada se diferencie de aplicação de nova lei penal desfavorável, os mecanismos aqui demonstrados ainda não são uma realidade no Direito Pátrio. A evolução acerca da valorização das decisões jurisprudenciais é clara, mas são raros

---

<sup>66</sup> BOSCHI, op. cit., p. 181-183.



os casos em que se nota uma aplicação das garantias da anterioridade às alterações pretorianas.

Dessa monta, o que se defende no presente artigo é que o novo entendimento, desfavorável ao réu, comparado ao existente no momento da infração, somente seja aplicado aos acusados que praticarem a infração a partir da nova orientação jurisprudencial. Assim, o tribunal anunciaria a decisão que entendesse justificada, que passaria a ser aplicado aos casos análogos a serem decididos no futuro ou aplicaria o erro de proibição.

A possibilidade de retroatividade da jurisprudência penal benéfica, nessa perspectiva, seria forma de instrumentalizar e potencializar os princípios da isonomia e da proporcionalidade, permitindo que aqueles que se encontram submetidos à situação de fato semelhante, sejam igualmente tratados e recebam sanção proporcional, seja por meio de revisão criminal, seja por requerimento ao juízo de execução.

Para que se admita a aplicação das referidas garantias, é necessário que se vislumbre o princípio da igualdade não só como um ideal de isonomia frente à lei, mas sim como ideal de isonomia frente ao Direito. Assim, o princípio isonômico deve ser visto sob o viés da igualdade perante as decisões judiciais, não sendo possível admitir que um órgão do Estado impute conclusões diametralmente opostas em casos completamente semelhantes.

Além da igualdade, a segurança jurídica também merece releitura, tendo em vista que o princípio visa a proteger não apenas as situações consolidadas no passado, como tradicionalmente lecionado, mas também as legítimas expectativas decorrentes de condutas adotadas no presente. Desse modo, especialmente diante da importância que os precedentes judiciais possuem, cada vez mais, no ordenamento pátrio, mostra-se imprescindível a existência de certa previsibilidade quanto à atuação do Estado-juiz.

Portanto, respeitando-se os precedentes judiciais, permite-se que o cidadão tenha a segurança de que a conduta adotada com base em jurisprudência consolidada naquele



momento será juridicamente qualificada de determinada forma, bem como que, havendo alteração benéfica do entendimento, esta lhe será aplicada. Por conseguinte, seria possível assegurar minimamente a legítima expectativa do jurisdicionado e suas demais garantias constitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Do erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOSCHI, Marcus Vinicius. *A retroatividade da jurisprudência penal mais benigna*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm)>. Acesso em: 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

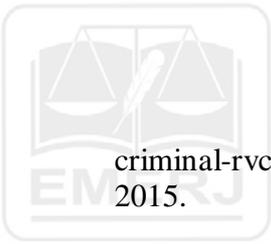
\_\_\_\_\_. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. REsp n. 61.522-6/RJ. Relator: Ministro Vicente Leal. Julgamento em 19 ago. 1996. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199500098989&dt\\_publicacao=14-10-1996&cod\\_tipo\\_documento=1](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500098989&dt_publicacao=14-10-1996&cod_tipo_documento=1)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5127/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 15 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+5127%29&base=baseInformativo>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sexto Grupo de Direito Criminal. RVCR n. 0161572-87.2008.8.26.0000. Relator: Desembargador Vico Mañas. Julgamento em 18 ago. 2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/222835086/revisao-criminal-rvcr-1615728720088260000-sp-0161572-8720088260000/inteiro-teor-222835090>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Quarta Seção. RVCR n. 2009.04.00.030480-6. Relator: Desembargador Federal Tadaaqui Hirose. Julgamento em 17 fev. 2011. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18606739/revisao>>.



criminal-rvcr-30480-rs-20090400030480-6-trf4/inteiro-teor-18606741>. Acesso em: 26 nov. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARRAZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: CARRAZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 7. ed. Salvador: Juspodivum, 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: CARRAZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. v. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997.

SAGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

ZAFFARONI, E. Raúl. *La irretroactividad de la ley penal: ¿Retroactividad de leyes penales más gravosas?* In: *Revista de Derecho Penal*. n. 3. Santa Fé de Bogotá, out./nov. 1997.

\_\_\_\_\_. *Tratado de derecho penal*. vol. 3. Buenos Aires: EDIAR, 1981.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. *Revista da Ajuris*. v. 70. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.



## A IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO

Nelson Mendes da Silva

Graduado pela UFF – Universidade Federal Fluminense. Advogado. Pós Graduado em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Pós Graduado em Direito *latu sensu* pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Leigo lotado no VII Juizado Especial Cível – Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

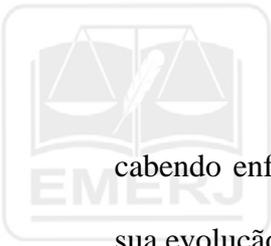
**Resumo:** A revogação do vínculo criado pela adoção é medida excepcional que deve ser aplicada à luz da ponderação de interesses no caso concreto. A adoção é instituto que se aperfeiçoa por sentença judicial, revestindo-se de segurança jurídica, sendo irrevogável. Ocorre que, em situações de maus tratos e reabandono a desconstituição do vínculo apresenta-se como medida mais adequada para resguardar os princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do adotando e da proteção integral da criança e do adolescente. A técnica da ponderação de interesses surge como um mecanismo eficaz para a solução desses casos da vida não previstos na lei, demonstrando a importância do presente trabalho ao analisar a aplicação da referida técnica em hipóteses especiais, de maneira que a mitigação da irrevogabilidade da adoção seja a última alternativa do magistrado.

**Palavras-chave:** Direito da Criança e do Adolescente. Adoção. Irrevogabilidade do Vínculo. Princípio do Melhor Interesse do Adotando. Ponderação de Interesses.

**Sumário:** Introdução. 1. Análise Acerca da Evolução do Instituto da Adoção na Legislação Brasileira. 2. Adoção – Considerações sobre sua Aplicação Jurídica 3. A Incidência do Princípio do Melhor Interesse do Adotando. 4. A Ponderação de Interesses e a Mitigação da Irrevogabilidade do Instituto da Adoção. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a adoção e impossibilidade de revogação do vínculo adotivo frente às situações que podem vir a gerar a necessidade de mitigação desta característica. A relevância do tema é indiscutível. O instituto possui vasta previsão legal,



cabendo enfatizar os aspectos concernentes à própria conceituação do instituto, assim como sua evolução histórica. Ressaltando, *verbi gratia*, a polêmica acerca da sua irrevogabilidade.

Resta assente que a adoção é um instrumento que cria, por intermédio de um vínculo jurídico, uma filiação artificial. Isto é, uma relação de parentesco civil de primeiro grau em linha reta. A adoção é uma ficção legal pela qual se aceita como filho, de forma voluntária e legal, um estranho no seio familiar. O vínculo irrevogável criado busca imitar a filiação natural, razão pela qual, denomina-se como filiação civil.

Faz-se mister analisar a possibilidade de excepcionar a característica da irrevogabilidade do instituto da adoção considerando o princípio do melhor interesse do adotando e as situações do dia-a-dia. Nesse sentido, insta observar a aplicação da técnica da ponderação de interesses, verificando, no caso concreto, a situação do adotado e a viabilidade de quebra do vínculo da adoção.

É preciso enfrentar a ocorrência de casos da vida em que a revogação poderá se apresentar como a medida mais apta a garantir a dignidade da pessoa humana. Porém, tal solução não foi prevista expressamente nas normas editadas pelo legislador, o que causa grande incerteza na prática. Destarte, cabe a pacificação dos conflitos ao Poder Judiciário, que deverá velar pela preservação dos objetivos primordiais do instituto e, sobretudo, pela efetivação do princípio do melhor interesse do adotando.

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

## **1. ANÁLISE ACERCA DA EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**



No período colonial, vigoraram as chamadas Ordenações do Reino de Portugal. Isso significou, basicamente, que o instituto da adoção representava reflexo do direito português. Tal situação mostrava-se clara pelo fato de que, após a independência do país, as leis, resoluções, regimentos, ordenações, dos quais fazia uso a Coroa para governar o Brasil, foram inseridos no direito civil brasileiro.

Verifica-se que naquela época não havia disposições específicas a respeito da adoção. Nesse prumo, o Direito Romano era utilizado de maneira subsidiária como forma de resolução de quaisquer dúvidas<sup>1</sup>. Com a Consolidação das Leis Civis, é que se pode falar em tratamento sistemático, ainda que sutil, à matéria. Finalmente, com a aprovação do projeto de Clóvis Bevilacqua, houve a publicação da Lei nº. 3.071/16, instituindo o Código Civil, onde existiam onze artigos relacionados ao instituto da adoção.

Segundo o Código Civil de 1916<sup>2</sup>, a adoção caracterizava-se por um ato de vontade, que exigia o consentimento das duas partes, adotante e adotado, ou, ainda, de seu representante legal, em caso de incapaz ou nascituro. A adoção deveria ser realizada por escritura pública, na qual era vedado inserir qualquer condição ou termo.

O parentesco resultante da adoção limitava-se ao adotante e ao adotado, não se estendendo aos demais parentes, salvo com relação às hipóteses de impedimento matrimonial. O instituto da adoção cessava pela rescisão unilateral por parte do adotado, quando maior de 18 anos, ou pela rescisão bilateral, a qualquer tempo, sendo o adotado capaz. A revogação judicial também dissolvia o vínculo da adoção, nos casos em que era admitida a deserção.

A morte do adotante ou do adotado, igualmente, rompia os laços da adoção, subsistindo, contudo, os efeitos que lhe sobreviessem. Ademais, os direitos e deveres resultantes do parentesco natural não se extinguíam pela adoção, com exceção do pátrio poder, que era transferido dos pais naturais para o adotante. A adoção não rompia os vínculos

<sup>1</sup> BANDEIRA, Marcos. *A adoção na prática forense*. Ilhéus: Editus, 2001, p. 19.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em 04 de abr. 2015.



do adotado com a família biológica. Não se dava ênfase aos direitos dos filhos adotivos, revestindo-se o instituto de caráter privado.

Em 1927, criou-se o primeiro Código de Menores, regulando especificamente a situação dos menores abandonados. Contudo, essa lei era omissa quanto à adoção. Pelo caráter pouco prático e limitativo das normas que regulamentavam a adoção no Código Civil de 1916, verificou-se o surgimento de fortes queixas. No ano de 1951, na Semana de Estudos sobre a Família, patrocinada pela Confederação das Famílias Cristãs, ocorreram severas críticas ao instituto, pelas limitações que se estipulava para o ato<sup>3</sup>.

Esse cenário acarretou a elaboração do Projeto de Lei nº. 16/53 que, posteriormente, resultou na Lei nº. 3.133/57. Isso significou repercussão positiva no tocante às normas que da adoção. Ou seja, excluiu-se a exigência de que somente casais desprovidos de prole poderiam adotar e reduziu-se a idade mínima para realizar a adoção. Verifica-se que essas modificações representaram um modesto avanço no sentido de tornar mais acessível o instituto e adequá-lo aos anseios da população brasileira da época.

Com influência da legislação francesa, surgiu a Lei nº. 4.665/65, que regulamentava a legitimação adotiva e a equiparação da filiação adotiva à biológica. Tem-se a dispensa do quinquênio de tempo de casamento para a adoção, caso fosse comprovada a esterilidade de um dos conjugues e a estabilidade conjugal. Além disso, tal legitimação adotiva era irrevogável. Entretanto, no que concerne a sucessão, a lei em tela previu que os adotandos não participariam, caso concorressem com filho biológico.

Com o advento do Código de Menores de 1979, substituiu-se a legitimação adotiva pela denominada adoção plena. Tal código não reformou por completo as disposições acerca da adoção. A matéria relativa ao instituto continuava a ser regida pelo Código Civil de 1916, no tocante a adoção simples, e pelo Código de Menores, quanto à adoção plena.

---

<sup>3</sup> BANDEIRA, op. cit., p. 20.



A adoção simples relacionava-se aos menores de dezoito anos e em situação irregular, exigindo autorização judicial. O magistrado era responsável por estipular um período de estágio de convivência, sendo dispensável quando o adotado fosse menor de um ano de idade. A relação de parentesco, aqui, tinha cunho restrito. Já a adoção plena exigia período de estágio de convivência de no mínimo um ano, ingressando o adotado na família adotiva como filho biológico fosse, sofrendo, contudo, algumas restrições.

Nesse período, a legislação pátria visava, precipuamente, resguardar e amparar os interesses dos pais adotivos em detrimento dos filhos adotados. Contudo, com a Constituição Federal de 1988 surgiram importantes mudanças, sendo o principal marco a proibição de qualquer forma discriminatória. A Carta Maior, ao cuidar dos direitos sociais, faz referência à maternidade e à infância como direitos fundamentais de uma pessoa em desenvolvimento. Porém, exatamente no artigo 227, parágrafos quinto e sexto, é que os princípios basilares assecuratórios da adoção são especificados.

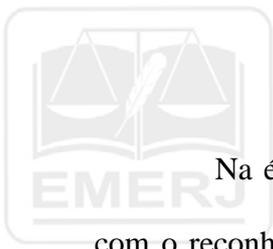
A partir da Carta Política de 1988, a adoção passou a ser um ato complexo, exigindo sentença judicial para produzir efeitos. Ao contrário dos Códigos de Menores anteriores, com o ECA, as crianças e dos adolescentes foram transformados em sujeitos de direitos. Tal mudança de paradigma veio ao encontro daquilo que já estava encartado na Constituição, sedimentando a igualdade entre filhos biológicos e adotivos.

Segundo a Lei nº. 8.069/90, a adoção não mais é classificada em simples ou plena, mas sim em adoção de menores e maiores de dezoito anos. A adoção passa a ser plena e irrevogável, sendo aperfeiçoada quando apresenta reais vantagens para o adotando<sup>4</sup>.

Em 2002, surgiu o Novo Código Civil, tratando da adoção junto ao Título dedicado às relações de parentesco. Ao mesmo coube disciplinar a adoção de maiores de 18 anos, não interferindo nem alterando os procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

<sup>4</sup> WEBER, Lídia N. D. *Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 61.



Na época, o aparente conflito entre as normas do ECA e do Código Civil resolvia-se com o reconhecimento de que apenas estariam derogadas as disposições do ECA que fossem incompatíveis com o Novo Ordenamento Civilista, persistindo a disciplina da legislação especial naquilo em que não havia colisão.

O que se observava, na verdade, era o fato de que o Código Civil reprisava vários artigos do ECA, tendo se calado a respeito de alguns tópicos pertinentes ao tema. Não havia incompatibilidade entre os diplomas normativos, sendo simples a harmonização entre as disposições do Código Civil e do ECA sobre a adoção, embora persistisse a inconveniência de dois diplomas legais tratarem do mesmo assunto<sup>5</sup>.

Entendia-se que sendo omissa a lei, só se deveria ter por revogados os dispositivos incompatíveis com a nova legislação. Além disso, ainda se preservariam os critérios estabelecidos no ECA, para a adoção nele disciplinada<sup>6</sup>.

Em suma, toda a base de direito material e de direito procedimental descrita no ECA continuava a ser aplicada. Assim, as normas do ECA, por exemplo, quanto à adoção por maiores, também eram aplicadas analogicamente caso ausente alguma norma regulamentadora, sempre que fossem compatíveis.

Alguns anos depois, figuravam no Congresso Nacional projetos de lei objetivando instituir uma Lei Nacional de Adoção, reunindo, em um só diploma legal, normas sobre adoção de crianças, adolescentes e maiores de 18 anos.

À época, o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente) teceu, publicamente, críticas quanto à opção de transferir do ECA o tema adoção, afirmando que tal empreitada significaria uma involução para a legislação protetiva da infância<sup>7</sup>.

Em 2009, adveio a Lei nº. 12.010, mais conhecida como Lei de Adoção, que foi

<sup>5</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. v. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 330.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Comentários ao Código Civil: Direito de Família*. v. 17. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 389.

<sup>7</sup> CONANDA, Parecer sobre o projeto de Lei Nacional de Adoção (PL 1.156/2003), datado de 05.10.2004. Disponível em: <[http://www.mp.rs.gov.br/infancia/cartas\\_politicas/id125.htm](http://www.mp.rs.gov.br/infancia/cartas_politicas/id125.htm)>. Acesso em 04 abr. 2015.



responsável por alterar dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil de 2002 e, ainda, da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Tal novidade normativa veio a corroborar com o cenário que há algum tempo se delineava. Ou seja, buscou-se implementar modificações, principalmente impingir maior celeridade ao processo de adoção, a fim de atender aos anseios do instituto.

A lei supracitada, na prática, não atende ao fim almejado pelo legislador, já que o processo de adoção visa transformar o adotando em membro da família<sup>8</sup>, o que na prática muitas vezes não acontece.

Atualmente, portanto, a adoção encontra-se regida pela Lei de Adoção. Esse diploma legal disciplinou por inteiro o tema, e seu grande desafio vem sendo otimizar e compatibilizar as mudanças trazidas ao instituto da adoção com o princípio do melhor interesse do adotando.

## **2. ADOÇÃO – CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA APLICAÇÃO JURÍDICA**

Para compreender o instituto da adoção, de grande relevância é saber seu conceito jurídico. Nesse sentido, é tarefa árdua explicitar todas as definições de adoção, tão diferente são os critérios a que seguem os tratadistas e diversificados os elementos que ressaltam<sup>9</sup>. Por outro lado, não há dúvidas de que a adoção estabelece um laço perfeito de parentesco de cunho civil entre o adotante e o adotado criando uma conexão legal de paternidade e filiação regida pela lei.

Ademais, o vínculo da adoção é definitivo, revestindo-se do atributo da irrevogabilidade para todos os efeitos legais, não sendo permitido ao adotante nem ao adotado desligar-se do vínculo da adoção. Com isso, há a quebra total de qualquer espécie de ligação

---

<sup>8</sup> BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos práticos e teóricos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.171.

<sup>9</sup> COSTA, Tarcísio José Martins da. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 72.



entre aquele que é adotado e sua família biológica, salvo, os impedimentos legais para o casamento.

A adoção é um instrumento jurídico-protetivo, em que o adotante outorga o estado de filho ao adotado<sup>10</sup>. O instituto em discussão demonstra uma ficção jurídica que desemboca no parentesco civil. Ou melhor, denota um ato jurídico bilateral capaz de firmar laços de paternidade e filiação inexistente anteriormente<sup>11</sup>.

É imprescindível destacar o aspecto humanitário da adoção. O instituto se materializa, principalmente, no fato de conceder àqueles desprovidos de prole uma pessoa adotável. Mas não é só isso. Há, ainda, um caráter extremamente assistencial no instituto, transformando-se tal ato em um caminho para melhorar as condições morais e materiais do adotado.

Assim, deve-se compreender a adoção levando em consideração o princípio do melhor interesse do adotado, vez que a própria lei exige que a adoção deve-se efetivar somente se apresentar real benefício para o mesmo. Nesse viés, tratar a adoção, no espelho jurídico, tão somente como ato solene apto a estabelecer o vínculo da filiação é conceber superficialmente o instituto<sup>12</sup>.

Como é nitidamente perceptível, inúmeros são os efeitos resultantes do instituto da adoção. A consequência principal, sem dúvidas, é o desaparecimento de todas as ligações com a família natural do adotado.

Quanto ao direito sucessório, em decorrência da completa igualdade entre os filhos biológicos e adotivos, os direitos hereditários englobam, também, a sucessão dos avôs e dos colaterais, tudo como acontece na filiação biológica. Quanto aos pais biológicos do adotado,

<sup>10</sup> MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 10.

<sup>11</sup> WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 203.

<sup>12</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 216.



não há falar em sucessão por morte, eis que afastados os laços de parentesco. Nem o direito a alimento subsiste aqui.

Conforme sabido, o instituto é de ordem pública. Ainda que atenda também a interesses de ordem particular, o objetivo maior juridicamente tutelado, ou seja, o melhor interesse daquele que é adotado, prevalece sobre a vontade.

Nesse ponto, muitos questionamentos surgem sobre a exigência de intervenção estatal a cancelar o instituto. Isso porque tal chancela se depara claramente com o problema atual de todo e qualquer processo judicial, a lentidão. Esse quadro afronta de maneira direta o interesse maior do adotado, que parece ser ignorado por completo, vez que em muitas situações a demora acaba por prejudicar a efetivação da adoção.

Em contrapartida às críticas, é indiscutível a importância do processo de adoção, que deve existir para assegurar a toda sociedade e, principalmente, ao adotando, todas as garantias de um processo justo. O processo de adoção apresenta-se como instrumento para que os desamparados no âmbito moral, social e espiritual, possam ter suas necessidades asseguradas e supridas. Logo, para que a adoção atinja seu objetivo maior, isto é, o melhor interesse daquele que é adotado, deve respeitar todas as garantias processuais que norteiam uma demanda judicial.

Dessa feita, o que deve ser intensamente combatido e evitado é a burocracia exacerbada que atualmente norteia os processos e, conseqüentemente, burla os interesses e direitos do adotado.

Não há dúvidas de que adoção é compreendida como uma maneira alternativa de conceder uma família a alguém desprovido desta. Isto é, um caminho não biológico de se constituir uma ligação parental recíproca em linha reta, por intermédio de uma ficção decorrente da lei. Em outras palavras, a adoção é uma forma de criar um vínculo, não por consanguinidade, mas sim, e tão-somente, pautado no sentimento de amor ao ser humano.



Resta assente que a formação deste vínculo demanda forte chancela do Poder Judiciário, uma vez que é capaz de criar uma situação irrevogável entre as partes envolvidas.

### **3. A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO**

No período anterior a Constituição Federal de 1988, a adoção possuía caráter basicamente contratual, pautada em características essencialmente privadas. Isso porque o interesse primordial do instituto era suprir os anseios dos adotantes. Com a Carta Maior de 1988, o instituto foi constitucionalizado, prevendo-se a obrigatoriedade da intervenção judicial. Houve a instituição da igualdade absoluta entre filhos adotivos e biológicos, ratificando a idéia de proteção integral no ordenamento jurídico pátrio.

As garantias inauguradas no texto constitucional alteraram a sistemática anterior. Agora, a adoção não deve acatar somente os anseios dos adotantes, mas, em primeiro lugar, resguardar o melhor interesse do adotando, revestindo-se, assim, de caráter público, isto é, pautado o instituto em normas de ordem pública.

Aspecto peculiar dessa nova realidade instaurada está no fato de a adoção só se aperfeiçoar por sentença judicial, e não mais pela simples manifestação da vontade. Portanto, resta assente a relevância da imposição constitucional da necessidade da tutela do Poder Público no que toca ao procedimento de adoção.

Dessa forma, a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente veio a lume para sedimentar a proteção integral da criança e do adolescente, garantindo concretamente a efetivação de seus interesses.

Considerando o ambiente criado, forçoso reconhecer que o objetivo maior da constitucionalização e normatização do instituto foi assegurar, de maneira imediata, os ideais de proteção ao adotando. Esses ideais aperfeiçoam-se por intermédio de um processo que



respeite as garantias constitucionais inerentes ao instituto, desembocando num procedimento justo para a sociedade e, por conseguinte, garantidor de seu fim maior, qual seja, o melhor interesse daquele que será adotado.

Nesse ponto, existem muitas críticas em relação à excessiva burocratização e lentidão do Poder Judiciário, o que influencia diretamente nos processos de adoção. Tal cenário acaba por desnaturar o instituto, causando irreparáveis prejuízos ao adotando, que aguarda urgentemente por uma nova família.

A discussão acerca da morosidade do processo tem seu fundamento. Urge que se encontrem meios para que todos os seus vícios sejam eliminados, tornando-se a adoção um instrumento pautado na celeridade e desburocratização, tendo como objetivo primordial promover, na prática, os objetivos do legislador pátrio ao prever e aprimorar o instituto.

Destarte, alguns críticos apontam que a função do Poder judiciário ater-se-ia a dirimir conflitos, e não homologar a consensualidade. Isso porque a adoção é um ato consensual e voluntário, pelo que seria desnecessária a intervenção judicial<sup>13</sup>.

Apesar de a função primordial do Poder Judiciário ser a de dirimir conflitos, determinados procedimentos, mesmo sem conflito aparente, carecem da intervenção do Poder Público para sua resolução. São os procedimentos de jurisdição voluntária.

Insta consignar que nem todos os procedimentos de adoção possuem característica voluntária. É de se notar a relevância da presença de todos os interessados no processo, vez que, além da consequência de destituição do poder familiar, a adoção cria vínculo irrevogável, logo, deve realizar-se com o máximo de cautela.

Indiferente sua condição de jurisdição voluntária ou contenciosa, pois o que importa é que o processo de adoção atenda prontamente a todas as garantias constitucionais, buscando alcançar a justiça do caso concreto, capaz de atender ao melhor interesse do adotado.

---

<sup>13</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.); WELTER, Belmiro Pedro et al. *Temas atuais de direito e processo de família*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 299.



A desburocratização necessária a um justo processo de adoção deve ser tratada com muita cautela, com o escopo de não atropelar o importante trabalho interprofissional desenvolvido durante o procedimento. Tal etapa tem por fim maior estudar e analisar a probabilidade de adaptação entre o adotante e o adotado.

Em que pese as críticas analisadas, é indiscutível a relevância do processo de adoção, já que resguarda o adotando, evitando uma nova situação de abandono, em virtude da formação de um vínculo deferido de maneira prematura. Ademais, não reside fundamento, na suposta inconstitucionalidade do processo de adoção. O fundamento de que o processo burla a igualdade entre filhos prevista na Carta Maior, deve ceder frente à importância do procedimento para a concretização do melhor interesse do adotando.

Ponto relevante a ser abordado refere-se à igualdade entre os filhos independente de sua origem, consagrado pela Constituição de 1988. Tal tratamento deve ser visto como igualdade material, isto é, não meramente formal. Dessa maneira, abolir o processo de adoção e permitir o registro de qualquer pessoa, assim como se dá o registro dos filhos biológicos, seria completamente inviável. Chega-se a essa conclusão, pois se deve ter certeza mínima de que o adotando será adotado por uma família com infra-estrutura básica para recebê-lo.

Todos esses aspectos devem ser observados a fim de se evitar a impossibilidade de adaptação na família substituta ou, até mesmo, o reabandono do menor. Sem dúvidas, essas situações geram traumas irreparáveis no adotando. Nessa seara, o estágio de convivência e o estudo social são ferramentas fundamentais.

De tal modo, suprimir o processo de adoção conduziria a inobservância das garantias processuais, desrespeitando claramente a Constituição Federal, levando a um inconcebível retrocesso do instituto. O processo de adoção resguarda o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Atropelar ou suprimir essa etapa cercearia tais princípios, mormente na hipótese de registro livre e espontâneo do adotando, o que impossibilitaria a



participação ativa e efetiva de todos os interessados, característica imprescindível no êxito da adoção.

#### **4. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A MITIGAÇÃO DA IRREVOGABILIDADE DO INSTITUTO DA ADOÇÃO**

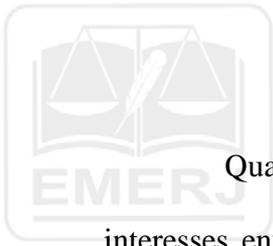
O processo de adoção nem sempre é totalmente eficaz, podendo causar certos abalos ao adotando. Conforme já defendido, pior seria se o mesmo não existisse, já que não haveria as garantias e cuidados hoje vigentes e, certamente, os riscos de um fracasso aumentariam em demasiada proporção.

Cumprido destacar que, com objetivo de facilitar as adoções, a autoridade judiciária deverá manter, em cada comarca ou foro regional, registro daqueles que se encontram em condições de serem adotados, bem como assentamento das pessoas interessadas na adoção.

Os interessados em adotar deverão se inscrever nesse cadastro, e sujeitar-se-ão ao deferimento desta inscrição. Objetivando realizar uma seleção inicial, indefere-se, de plano, a inscrição caso o interessado deixe de satisfazer alguma exigência legal, ou, ainda, não se mostre compatível com a natureza da medida ou, até mesmo, não demonstre possuir ambiente familiar adequado ao sadio desenvolvimento do adotando.

Exceto casos excepcionais, não se deve infringir a ordem dessas inscrições. Caso haja interessado que, apesar de não estar encabeçando a lista, for parente ou tiver algum vínculo afetivo com o adotando, preenchidos os demais requisitos legais, a este a adoção deve ser deferida, sempre respeitando o melhor interesse do adotando.

A obrigatoriedade de tais requisitos pauta-se na necessidade de avaliar se o adotante goza de condições para adotar e, evitar, como já salientado, outros traumas irreversíveis na vida do adotante.



Quanto à irrevogabilidade do vínculo criado pela adoção, é a ponderação dos interesses envolvidos que deverá nortear a decisão judicial, sempre baseada nos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do adotando<sup>14</sup>.

Nesse diapasão, em situações extraordinárias, é pertinente cogitar acerca da possibilidade de revogação do vínculo adotivo e, até mesmo, o restabelecimento do poder familiar, sempre considerando os interesses mais caros, bem como a dignidade do adotando.

Aceitar a possibilidade de revogabilidade da adoção é pensar na necessidade de se resolver um problema já insustentável<sup>15</sup>. Ou seja, trata-se de uma situação em que o adotando está na iminência ou então já sofrendo abalos emocionais e, até mesmo, físicos na família adotiva.

Em tais situações, mister se faz aplicar a técnica de ponderação de interesses. Cabe notar que, dessa equação, o resultado caracterizador da revogação do vínculo precisa ser a última *ratio*. Isso porque os coeficientes que devem preponderar são aqueles relacionados aos princípios do melhor interesse do adotando e da proteção integral da criança e do adolescente, ambos regidos por um princípio universal, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, interessante observar que o Poder Judiciário não se mostra alheio ao problema. Não obstante, conforme atenta abalizada doutrina, somente é possível abrandar a regra em casos justificáveis e a fim de resguardar o respeito aos princípios fundamentais do ordenamento, em especial, a dignidade humana<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21.

<sup>15</sup> CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; ANDRADE, Nilda Siqueira. *Ponderação de interesses e “irrevogabilidade” da adoção*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/Pond.Interesses.e.Irrevog.Adocao.pdf>>. Acesso em 20 set. 2015.

<sup>16</sup> FARIAS, op. cit., p. 935.



Os tribunais pátrios vêm autorizando o cancelamento da adoção em hipóteses extremamente especiais, já que, pela regra geral do sistema, prevalece a irrevogabilidade e irretratabilidade do vínculo. Ademais, em determinados casos, o Poder Judiciário, inclusive, arbitra indenização pecuniária a título de danos morais, a ser paga pelos adotantes, em virtude do sofrimento causado no adotando pelo reabandono ou maus tratos. Nesse ponto, relevante trazer à tona interessante julgado sobre o assunto em análise, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO. PAIS ADOTIVOS. AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADOÇÃO DE CASAL DE IRMÃOS BIOLÓGICOS. IRRENUNCIABILIDADE E IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. ADMISSIBILIDADE, SEM PREJUÍZO DA INCIDÊNCIA DE SANÇÕES CIVIS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 166 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERDA DO PODER FAMILIAR EM RELAÇÃO AO CASAL DE IRMÃOS ADOTADOS. DESCONSTITUIÇÃO EM FACE DA PRÁTICA DE MAUS TRATOS FÍSICOS, MORAIS. CASTIGOS IMODERADOS, ABUSO DE AUTORIDADE REITERADA E CONFERIÇÃO DE TRATAMENTO DESIGUAL E DISCRIMINATÓRIO ENTRE OS FILHOS ADOTIVOS E ENTRE ESTES E O FILHO BIOLÓGICO DOS ADOTANTES. EXEGESE DO ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º E ART. 47, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 1.626, 1.634, 1.637 E 1.638, INCISOS I, II E IV, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS CIVIS DA ADOÇÃO. AVERBAÇÃO DO JULGADO À MARGEM DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO DOS MENORES. PROIBIÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE DE OBSERVAÇÃO. EXEGESE DO ART. 163, § ÚNICO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL CAUSADO AOS MENORES. ILÍCITO CIVIL EVIDENCIADO. OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR PECUNIARIAMENTE OS INFANTES. APLICAÇÃO DO ART. 186 C/C ART. 944, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. MARÇO INICIAL. DATA EM QUE A SEQUÊNCIA DE ILICITUDES ATINGE O SEU ÁPICE, MATIZADA, NO CASO, PELO ABANDONO DO FILHO ADOTADO EM JUÍZO E SUBSCRIÇÃO DE TERMO DE RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. EXEGESE DO ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL EM INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM O ART. 407 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. PERTINÊNCIA ENTRE O PEDIDO E O PRONUNCIADO. NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS CLÁSSICAS EM SEDE DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MITIGAÇÃO DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍTIMAS QUE, NA QUALIDADE DE IRMÃOS BIOLÓGICOS E FILHOS ADOTIVOS DOS RÉUS MERECEM RECEBER, EQUITATIVAMENTE, A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELOS DANOS IMATERIAIS SOFRIDOS. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EFEITO SECUNDÁRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 466 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Civil nº.: 2011.020805-7. Relator: Joel Figueira Júnior. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20110208057&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em: 20 set. 2015.



É inquestionável que os postulantes à adoção, assim como o adotando, necessitam ser gradativa e cuidadosamente preparados para a adoção. Para isso, os adotantes, dentre outros aspectos, devem conhecer a situação física e psicológica do adotando. Além disso, antes de ser enviada à família adotiva, a criança ou o adolescente precisa se adaptar à nova realidade, considerando sua opinião, sempre que possível. Isso porque a adoção cria um novo vínculo, muito diferente, por exemplo, da situação de permanência em um abrigo<sup>18</sup>.

Considerando os aspectos ora analisados, conclui-se que o estágio de convivência é indispensável para o sucesso do processo de adoção. Tal período inaugura uma etapa em que se formam os laços afetivos e se faz a opção pelo melhor caminho a ser seguido no caso concreto. Ou seja, busca-se sempre privilegiar o melhor interesse do adotando e amenizar os riscos do reabandono e da ocorrência de maus tratados.

Dessa feita, a precaução não deve jamais ceder frente às críticas sobre a necessidade do processo de adoção. Isso porque, deve-se evitar ao máximo situações, como aquela ocorrida narrada no julgado supramencionado, em que não há outra via senão a revogação do vínculo adotivo e a punição dos adotantes. O que, de toda a sorte, deixará feridas que nunca serão cicatrizadas na vida dos adotandos, principalmente pela experiência de um novo abandono.

## CONCLUSÃO

A análise de toda a evolução histórica da adoção não deixa dúvidas acerca da importância do instituto na atualidade. O principal marco foi a mudança de paradigma, voltando-se a adoção, a partir da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com o

---

<sup>18</sup> CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ANDRADE, Nilda Siqueira. *Ponderação de interesses e “irrevogabilidade” da adoção*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/Pond.Interesses.e.Irrevog.Adocao.pdf>>. Acesso em 20 set. 2015.



Estatuto da Criança e do Adolescente, para atender ao princípio do melhor interesse do adotado, abandonando a arcaica idéia de primazia dos interesses dos adotantes.

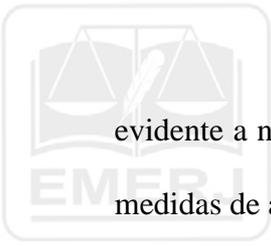
Verifica-se que a adoção não é um instituto recente, mas que vem se transformando gradativamente, aprimorando-se e aperfeiçoando-se, o que repercute de maneira significativa na sociedade.

Conforme sabido, a filiação natural repousa sobre o vínculo de sangue enquanto a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica que se sustenta sobre uma relação afetiva. A adoção busca conceder ao adotando um ambiente de convivência mais humano, onde outras pessoas irão satisfazer aos anseios afetivos e materiais de um ser ainda em pleno desenvolvimento. O instituto, certamente, visto como um fenômeno de amor e afeto deve ser incentivado e promovido pelo poder público.

A filiação adotiva tornou-se mais fortalecida, pois decorre de uma escolha coletiva, pautada em processo justo, segundo princípios constitucionais. Ao decretar uma adoção, o ponto central de exame do magistrado será o adotando e os benefícios que a adoção poderá lhe trazer. O Poder Judiciário deverá trabalhar de modo a superar os preconceitos existentes, tendo em vista que, apesar de a adoção ser uma prática antiga, ainda não é efetiva na sociedade.

Cabe aos Tribunais a sensibilidade de perceber as sutilezas de cada caso concreto, de modo que a adoção seja um acerto para as partes envolvidas, já que o instituto é irrevogável. Além de ser necessária a correta aplicação da lei, também se faz imprescindível, caso a caso, um estudo profundo sobre o novo ambiente familiar ao qual será inserido o adotado. Isso porque urge evitar uma nova situação de abandono.

Existem peculiaridades no sistema brasileiro de adoção que precisam ser reparados. É perceptível que os cidadãos comuns, em geral, não nutrem o desejo de adotar e, quando isso acontece, não raramente, figuram casos sobre a possibilidade de revogação do vínculo. Resta



evidente a necessidade de melhor esclarecer o processo de adoção, planejando e implantando medidas de aclaramento da população, visando evitar o fracasso do instituto.

Não há como aceitar a inércia da sociedade, ao passo que existem milhões de seres humanos em situação indigna, em suas próprias famílias, com maus tratos, ou em abrigos inadequados. É forçoso impulsionar e viabilizar de maneira racional a adoção no Brasil. De nenhuma valia é ter uma legislação considerada avançada e completa, se a mesma não funciona na prática. Soma-se a isso, a descrença no Poder Judiciário, gerando o afastamento da população do desejo de adotar.

É imprescindível repensar a sistemática de adoção brasileira para que haja mais confiabilidade e segurança àqueles que decidam receber uma pessoa estranha no seu seio familiar, bem como para que seja garantido o superior interesse do adotando.

Assim, aquela pessoa que, por um gesto louvável de amor, decida adotar poderá confiar que, ao procurar a chancela estatal, terá seus anseios atendidos e, em contrapartida, aquele que for adotado terá seus interesses rigorosamente respeitados.

A adoção é um instituto fascinante, capaz de trazer uma nova expectativa de vida ao adotando, vítima de um grande trauma. A seriedade do processo requer mecanismos e ações prévias, aptas a fiscalizar todo seu curso, inclusive para evitar casos de reabandono e necessidade de mitigação da irrevogabilidade do instituto.

Por derradeiro, buscou-se analisar a adoção no ordenamento jurídico brasileiro, desde seus primórdios até a atualidade, as peculiaridades inerentes ao instituto, ressaltando uma de suas mais importantes características: a irrevogabilidade. Dessa forma, objetiva-se fomentar reflexões, pois a relevância da adoção exige aprimoramento constante do sistema jurídico pátrio, principalmente no tocante aos casos cada vez mais frequentes de maus tratos e quebra do vínculo adotivo pelo reabandono.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

BANDEIRA, Marcos. *A adoção na prática forense*. Ilhéus: Editus, 2001.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos práticos e teóricos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em 04 de abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Civil nº.: 2011.020805-7. Relator: Joel Figueira Júnior. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20110208057&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em: 20 set. 2015.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; ANDRADE, Nilda Siqueira. *Ponderação de interesses e “irrevogabilidade” da adoção*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/Pond.Interesses.e.Irrevog.Adocao.pdf>>. Acesso em 20 set. 2015.

CONANDA, Parecer sobre o projeto de Lei Nacional de Adoção (PL 1.156/2003), datado de 05.10.2004. Disponível em: <[http://www.mp.rs.gov.br/infancia/cartas\\_politicas/id125.htm](http://www.mp.rs.gov.br/infancia/cartas_politicas/id125.htm)>. Acesso em 04 abr. 2015.

COSTA, Tarcísio José Martins da. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

RODRIGUES, Sílvio. *Comentários ao Código Civil: Direito de Família*. v. 17. São Paulo: Saraiva, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. v. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

WEBER, Lidia N. D. *Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos*. Curitiba: Juruá, 2001.

WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.); WELTER, Belmiro Pedro et al. *Temas atuais de direito e processo de família*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



## A LEGITIMIDADE ATIVA NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL POR AFEIÇÃO

Núbia de Miranda Friás Oliveira

Graduada pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Advogada. Pós-graduada em Direito Civil *Lato Sensu* pela Universidade Estácio de Sá.

**Resumo:** o presente artigo tem como escopo abordar o dano moral por afeição, muito comum no cotidiano forense. O dano moral resultante de ilícito cometido contra um parente ou amigo próximo é tema polêmico e carece de regras legais. A lesão indireta não se mostra de simples comprovação probatória e exige atenção especial do julgador. A essência do trabalho é identificar os aspectos utilizados pela doutrina e jurisprudência quanto aos legitimados ativos para propor demandas judiciais buscando a reparação civil, e quanto aos critérios utilizados para aferição do *quantum* indenizatório, concluindo com análise crítica desses aspectos e sugerindo método objetivo de aferição, com vistas a auxiliar o magistrado diante da ausência de norma legal específica evitando insegurança jurídica diante de decisões diferentes para situações semelhantes.

**Palavras-chave:** Direito Civil e Processual Civil. Responsabilidade Civil. Legitimidade Ativa. Dano Moral por Afeição.

**Sumário:** Introdução. 1. A Tutela da afeição no dano moral. 2. Aspectos do *quantum* indenizatório. 3. Critérios para arbitramento do *quantum* indenizatório. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de indenização dos familiares pelo dano moral por afeição dentro de um contexto de Responsabilidade Civil. Procura-se demonstrar que esses familiares enquanto vítimas indiretas, sofrem consequências psíquicas e emocionais aptas a serem indenizáveis, em decorrência de dano ocorrido com a vítima diretamente atingida.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da reparação integral pelos prejuízos sofridos seria amplo e irrestrito a ponto de justificar a indenização para todos os atingidos nas hipóteses de dano moral por afeição.

A legislação pátria disciplina o regramento dos legitimados ativos para as ações de indenização, no qual são legitimadas as pessoas que tem seu direito violado e sofrem danos provocados por terceiros. Na hipótese do dano moral por afeição, também conhecido como dano indireto, de reflexo ou por ricochete, não há regulação expressa, o que favorece as seguintes reflexões: como aferir quais familiares são realmente vítimas indiretas, aptas a serem indenizadas? Como aferir o quantum indenizatório de cada familiar?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, decisões díspares além de fomentar a insegurança jurídica, criam descrença no Poder Judiciário e alimentam a sensação de injustiça tão presente atualmente.

Para melhor compreensão do tema, conceitua-se dano moral por afeição e legitimidade ativa nas relações processuais, abordando os conceitos de família, que na sociedade atual possui algumas derivações. Pretende-se demonstrar que o Poder Judiciário pode-se utilizar de padrões objetivos a identificar os legitimados e o *quantum* indenizatório, sem ofender seu julgamento e independência diante do caso concreto.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando a questão da legitimidade ativa, apresentando como doutrina e jurisprudência se pautam para aferir quais familiares sofreram abalo de ordem psíquica e moral a fazer jus a uma indenização e se seria possível limitar o número de legitimados sem ferir o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo o enfoque é o *quantum* indenizatório, aborda-se a problemática se é possível sustentar, com argumentos jurídicos sólidos, que o *quantum* deve ser comum para todos os legitimados ou, se o correto é adotar um critério pelo grau de afinidade.

O terceiro e último capítulo traz o desenvolvimento de um critério apto a complementar a legislação que foi omissa na determinação do *quantum*, com o intuito de auxiliar os juízes, sem ofender sua valoração diante de cada caso.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, explicativa e qualitativa.



## 1. A TUTELA DA AFEIÇÃO NO DANO MORAL

Conceituar dano moral não é das tarefas mais fáceis. A literatura é farta de conceitos, alguns com perspectiva negativa, outros com perspectiva positiva. À luz da Constituição vigente o dano moral possui dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo.

Segundo Cavalieri<sup>1</sup>, em sentido estrito, o dano moral representa a violação do direito a dignidade. A dignidade é um valor que não se precifica e é insubstituível, é uma qualidade inerente ao ser humano. E é com esse entendimento que doutrina mais moderna defende que estará configurado o dano moral quando se tem na causa a agressão à dignidade e na consequência a dor, o sofrimento, a humilhação.

Ainda para Cavalieri<sup>2</sup>, em sentido amplo o dano moral representa a violação de um atributo da personalidade. Os direitos da personalidade também são inerentes ao ser humano, como: imagem, nome, reputação, trabalho e outros. Assim, essa violação pode apresentar diferentes graus, no indivíduo individualmente e em sociedade, aptos a compensação.

Dessa forma, em havendo agressões a dignidade do homem ou a algum atributo da sua personalidade, configurado está o dano moral, apto a ensejar a devida compensação, uma vez que esse tipo de dano não é indenizável, mas compensado. A indenização pressupõe uma reparação, que nem sempre é possível em se tratando de danos morais.

O dano moral por afeição é também chamado de dano indireto, dano reflexo ou dano por ricochete. Refere-se ao dano injustamente suportado de forma reflexa pelos familiares da vítima direta, em razão do afeto existente entre eles<sup>3</sup>. É o caso da filha que sofre sérios abalos em razão de acidente ocorrido com o pai no local de trabalho; o cônjuge que perde sua esposa em razão de bala perdida; a mãe que perde o filho em razão de erro médico.

<sup>1</sup>CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105-108.

<sup>2</sup>Ibid., p. 108-109.

<sup>3</sup>Ibid., p. 136-137.



Segundo lições de Sanseverino<sup>4</sup>:

O prejuízo de afeição (préjudice d'affection) é modalidade de dano extrapatrimonial que atinge as vítimas por ricochete, ou seja, os parentes da vítima direta, buscando reparar a dor ensejada pela morte do cônjuge, do pai, do filho. Tem sido estendido também aos parentes da vítima direta que sofre de grave doença ou sofrimento como familiares próximos de uma pessoa tetraplégica ou em vida vegetativa.

O dano moral por afeição não está ligado ao dano sofrido pela vítima direta do evento, mas pelo dano sofrido por seus familiares. Estabelecer o alcance de quais familiares merecem uma compensação é questão tormentosa na doutrina e jurisprudência.

Em havendo a morte de um familiar, até que grau um parente pode pleitear indenização? Pais, irmãos, tios, sobrinhos? Seria possível indenizar os amigos íntimos? A legislação pátria não tem resposta para tal questão.

Imagine o evento morte de um pai de família em decorrência de bala perdida disparada pela Polícia em movimentada avenida da cidade. Essa vítima deixa companheira, dois filhos, 03 irmãos, 06 sobrinhos, avó materna, mãe, 04 tios e 08 primos. Considere que seja uma família muito unida. É inegável que esses familiares sofrerão com a morte da vítima.

A todos o Estado deve compensação de ordem moral? Ou deve-se aplicar regras de sucessão ou mesmo previdenciária, abrangendo somente os dependentes diretos? Seria justo excluir os parentes mais distantes e compensar somente os parentes mais próximos?

Em um primeiro olhar, o sentimento geral inclina-se a responder que todos os parentes foram vítimas, logo, todos devem ser indenizados. No entanto, não é razoável admitir que todos esses familiares sejam legitimados ativos em pretensa ação de indenização por dano moral e ao final procedente.

Segundo Cavalieri<sup>5</sup>, o Código Civil Português traz dispositivo expresso sobre a questão. O art. 496, n. 2 dispõe que a compensação cabe em conjunto ao cônjuge e aos descendentes da vítima direta. Na ausência desses, são legitimados os ascendentes ou irmãos.

<sup>4</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral - Indenização no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 293.

<sup>5</sup>CAVALIERI, op. cit., p. 118.



Não seria possível adotar tal regramento pelas regras de direito comparado ao nosso ordenamento como veremos a seguir. Inicialmente, convém registrar que doutrina majoritária e jurisprudência admitem a legitimação dos pais como vítimas indiretas independentemente da existência de cônjuge ou descendentes da vítima direta.

Ademais, o art. 948, II, do Código Civil<sup>6</sup> dispõe sobre legitimados para danos patrimoniais em caso de morte da vítima. Parte da doutrina defende que seria possível aplicar por analogia tal dispositivo aos danos morais. O quesito definidor dessa legitimação está relacionado aos que dependiam de provimentos de natureza alimentar, assim, são legitimados pais, irmãos, cônjuge e filhos.

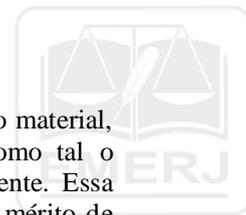
Tal solução é apresentada quando há o evento morte. No entanto, os danos morais, como visto, são devidos em razão de agressões aos direitos da personalidade ou da dignidade humana. Felizmente nem sempre a sociedade se depara com a morte da vítima, pode ocorrer acidentes que deixam traumas ou invalidez na vítima direta. Diante dessa situação, a doutrina costuma abordar somente a legitimação dos pais para pleitear a devida indenização, reconhecendo-os como detentores de presunção *juris tantum* de dano moral.

Seria esse dispositivo citado acima capaz de solucionar completamente a questão da legitimidade? O mais razoável é que a resposta seja negativa. Admitir presunção *juris tantum* de dano moral aos pais, irmãos, cônjuge e filhos não se apresenta como solução condizente com o próprio conceito basilar de dano moral.

Em total respeito à posição da doutrina pátria, ousou discordar da presunção *juris tantum* e da aplicação analógica de regras pertinentes aos danos patrimoniais, uma vez que o que se pretende reparar em ou outro são danos completamente distintos. Nas palavras do nobre doutrinador Sergio Cavalieri Filho<sup>7</sup>:

<sup>6</sup>BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 05 ago. 2015.

<sup>7</sup>CAVALIERI, op. cit., p. 93-94.



O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Essa definição, embora não mereça a aprovação unânime dos autores, tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, vale dizer, abrange não só as coisas corpóreas, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, como os direitos de crédito.

Repara-se que os danos patrimoniais visam indenização em razão de danos de ordem econômica e financeira ocorridas com a vítima. Nesse diapasão, completamente pertinente a redação do art. 948, II, do Código Civil<sup>8</sup>, ao prever como legitimados para propor tal indenização aqueles que dependiam economicamente da vítima. Em sendo a vítima provedora de alimentos, todos aqueles que dependiam do recurso financeiro dela fazem jus a indenização, de modo a manter o mínimo necessário para a sobrevivência, especialmente quando se está diante de pais idosos e filhos menores. Nessa situação perfeitamente aplicável a presunção *juris tantum* de dano material.

Estender tal entendimento para o dano moral não parece ser o mais razoável. O dano moral exige a prova de agressões a dignidade ou aos direitos da personalidade. Agressões essas que extrapolam os limites do mero aborrecimento e são capazes de causar desequilíbrio.

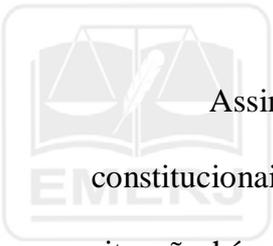
Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho<sup>9</sup>:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Dessa forma, resta nítido que o dano moral exige comprovação dos danos sofridos, além do nexo causal com o fato ocorrido. Admitir presunção *juris tantum* de dano moral deturpa tal instrumento. As relações familiares se mostram bastante conflituosas na sociedade moderna, não há como afirmar que na morte de uma pessoa, pais, irmãos, cônjuge, companheiro ou mesmo filhos sempre sofrerão dano moral por ricochete.

<sup>8</sup>BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 05 ago. 2015.

<sup>9</sup>CAVALIERI, op. cit., p. 111.



Assim, parece que o mais razoável diante dessa situação é aplicar os princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico pátrio. O julgador diante desse tipo de situação há que se socorrer dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e aplicar as regras processuais quanto a prova do dano.

## 2. ASPECTOS DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Quantificar o dano moral não é das tarefas mais fáceis. Nos exatos termos do art. 944 do CC<sup>10</sup>, a indenização mede-se pela extensão do dano. Dispositivo simples e de complexidade enorme. O meio mais eficiente que se tem presente é o arbitramento judicial. Não há no ordenamento pátrio qualquer tipo de tabela vigente que determine limites prefixados de indenização, essa é uma realidade que não tem lugar com a atual Constituição.

O ponto de partida para fixação do *quantum debeatur* é o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. A indenização visa compensar um dano sofrido, não visa ser fonte de lucro e renda. A sanção deve ser proporcional ao dano. Mostra-se então coerente aferir o dano como medida anterior a fixação da indenização.

Hodiernamente tem-se que a noção de dano está diretamente relacionada ao sofrimento experimentado pela vítima, com sua duração e intensidade, as condições sociais do ofendido, a capacidade econômica das partes, principalmente do agressor, as consequências advindas do dano, o bem jurídico lesado, e outras circunstâncias cabíveis no caso concreto.

Partindo dessa noção, alguns magistrados ao fixar o *quantum* em razão de inscrição indevida em cadastro de órgão de proteção ao crédito (SPC), fixam a indenização diretamente proporcional ao tempo que a vítima ficou com seu nome “sujo” no rol dos maus pagadores. A cada ano de inscrição negativa indevida, o valor da indenização aumenta em percentual fixo.

<sup>10</sup>BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 05 ago. 2015.



Essa é uma fórmula objetiva que cabe diante do dano moral requerido pela própria vítima. Entretanto, diante do dano moral por afeição, essa fórmula cede diante da diversidade de danos gerados com diferentes intensidades.

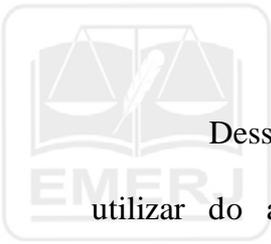
Antes de adentrarmos ao quantum do dano moral por afeição, importante destacar que o dano moral além de seu caráter compensatório, também possui caráter punitivo, de modo a prevenir e punir o agressor pelos danos causados.

A punição é necessária e se faz especialmente aplicável diante de gigantes empresas presentes nas relações de consumo que preferem reiteradamente desrespeitar os direitos dos consumidores a arcar com os custos essenciais para manter esses direitos, na certeza que poucas pessoas buscam o judiciário, e ainda assim, as indenizações são bastante aquém do custo que teriam.

Esse ciclo vicioso, presente atualmente, só encontrará barreiras diante de indenizações firmes, punitivas, preventivas e representativas, sempre respeitando o razoável. Reafirmando, o fundamento da reparação do dano moral não é apenas compensatório, mas também punitivo.

O dano moral por afeição traz particularidades que dificultam ainda mais a árdua tarefa da fixação do *quantum*. Inicialmente cabe afastar a aplicação de valor reparatório global por núcleo familiar atingida em determinado evento. Dessa forma, se pais, irmãos, cônjuge e filhos pleiteiam reparação pela morte do “de cujus” não é possível fixar o mesmo valor indenizatório para esses membros, salvo se todos estiverem em situação idêntica, se todos suportarem a mesma intensidade de dor, o que é irrazoável.

No uso da técnica do arbitramento, o julgador terá que determinar o valor devido para cada legitimado de forma individual. Será preciso avaliar o dano experimentado por cada demandante, de modo que assim como é possível haver escalonamentos dos valores, é possível que haja improcedência de algum pedido.

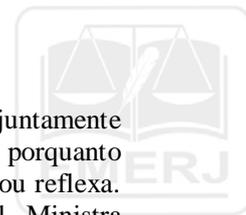


Dessa forma, observa-se que ao fixar o valor para os legitimados, o julgador irá utilizar do arbitramento diante de um litisconsórcio facultativo, de modo que cada litisconsorte terá seu dano apurado individualmente para posterior fixação da indenização.

O número de litisconsorte não pode ser fator a minorar os valores de indenização. Tal medida desestimularia a ação conjunta das vítimas indiretas do evento, além de caracterizar violação do acesso à justiça, à medida que recentes decisões do Egrégio STJ mostram que no caso de a vítima direta estar viva, as vítimas indiretas devem ingressar na mesma ação do anterior. Nesse sentido, o Agravo em Recurso Especial nº 730.178 da relatoria do Ministro Marco Buzzi, julgado em 30/06/2015<sup>11</sup>:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 730.178 - MG (2015/0146835-5)  
RELATOR : MINISTRO MARCO BUZZI AGRAVANTE : ILCIMARA ALVES DA SILVA ADVOGADOS : FELIPE DE SOUZA OLIVEIRA ADEMIR BUENO DE OLIVEIRA AGRAVADO : SUPERLISTAO - SUPERMERCADO LTDA ADVOGADO : RICARDO FONSECA ROCHA E OUTRO (S) DECISÃO Trata-se de agravo (artigo 544 do CPC), interposto por ILCIMARA ALVES DA SILVA, em face de decisão que não admitiu recurso especial. O apelo nobre (art. 105, III, alíneas a e c, da CF/88) desafiou acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 302, e-STJ): APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AMPUTAÇÃO DE DEDO DO PÉ - DANO POR RICOCHETE - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA REFORMADA. 1. Malgrado a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a possibilidade dos parentes do ofendido postularem, conjuntamente, com a vítima compensação pelo prejuízo experimentado, desde que sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo. (...). Diante de tais considerações, infere-se que a tese ventilada pela recorrente no sentido de que não haveria necessidade de se pleitear indenizações num mesmo momento não pode ser acolhida, uma vez que Isto porque o entendimento firmado na Corte local encontra-se de acordo com a jurisprudência do STJ, pois, não obstante a compensação por dano moral seja devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tem-se admitido a possibilidade dos parentes do ofendido, exigindo-se, contudo, a postulação de forma conjunta com a vítima, uma vez que também são atingidos de maneira indireta pelo ato lesivo. (...)PRECEDENTES: AGRG NO ARESP. 104.925/SP, REL. MIN. MARCO BUZZI, DJE 26/06/2012; AGRG NO AG 1.413.481/RJ, REL. MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJE 19/03/2012; E RESP. 1.041.715/ES, REL. MIN. MASSAMI UYEDA, DJE 13/06/2008. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto à jurisprudência tem admitido a possibilidade dos parentes do ofendido e a esse ligados afetivamente, postularem, conjuntamente com a vítima compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo. (...).

<sup>11</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp: 730178/MG. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201501468355](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501468355)>. Acesso em: 01 set. 2015.



Reconhece-se a legitimidade ativa dos pais de vítima direta para, conjuntamente com essa, pleitear a compensação por dano moral por ricochete, porquanto experimentaram, comprovadamente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa. Precedentes.3. Recurso especial não provido. (REsp 1208949/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 15/12/2010) Logo, estando o entendimento perfilhado pela Corte de origem consoante a jurisprudência do STJ, incide, na espécie, o óbice da súmula 83/STJ. 2. Do exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 26 de junho de 2015. MINISTRO MARCO BUZZI Relator. (STJ - AREsp: 730178 MG 2015/0146835-5, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 30/06/2015).

Ainda que a doutrina defenda que não há limites de valor para fixação do dano moral, respeitada as devidas proporções entre dano e indenização, e nem haja previsão legal nesse sentido, em decisões do Egrégio STJ se adotou um valor máximo de indenização para o caso de morte, no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos. Nesse sentido o Recurso Especial nº 1341355 SC, da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 28/10/2014<sup>12</sup>:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONDOMÍNIO. MORTE DA VÍTIMA POR DESCARGA ELÉTRICA. DEMANDAS INDENIZATÓRIAS MOVIDAS PELA MÃE E PELA COMPANHEIRA DA VÍTIMA DIRETA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE DA VÍTIMA. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM VALOR RAZOÁVEL PARA AS DUAS VITIMAS POR RICOCHETE. 1. Vítima falecida por descarga elétrica ao entrar na casa de máquinas de um condomínio onde realizaria reforma do teto solicitada pela síndica. 2. Demandas indenizatórias autônomas movidas pela mãe e pela companheira da vítima direta reunidas na origem em face da conexão. 3. A avaliação da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide e a necessidade de produção de outras provas demandaria revisão do conjunto fático-probatório, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ. Ausência também de indicação das provas pretendidas com aptidão para alterar o resultado do julgamento. Não reconhecimento de cerceamento de defesa. 4. Reconhecida na origem a culpa concorrente da vítima para o evento danoso (art. 945 do CC). 5. O reconhecimento da culpa exclusiva da vítima exigiria reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ. 6. A fixação do quantum indenizatório pelo Tribunal de origem, com a redução decorrente da culpa concorrente da vítima, levou em consideração aspectos particulares do caso concreto, tendo sido arbitrada indenização dentro do espectro estabelecido pela jurisprudência desta Corte Superior (300 a 500 salários mínimos) para hipóteses de prejuízo de afeição decorrente de dano morte. 7. Não se apresentando exagerado o valor da indenização, não se justifica a intervenção desta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ. 8. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STJ - REsp: 1341355 SC 2012/0184507-1, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 21/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/10/2014).

<sup>12</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1341355/SC. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201201845071](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201845071)>. Acesso em: 01 set. 2015.



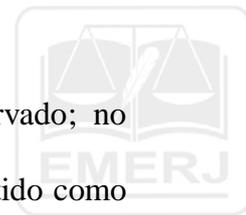
Segundo entendimento do STJ, esse parâmetro de valor objetivo harmoniza o princípio da indenizabilidade plena com a exigência de se arbitrar com equidade o valor da indenização. O princípio da indenizabilidade plena não pode significar que o causador do dano esteja obrigado a indenizar as vítimas de forma ilimitada e irrestrita.

Esse limite definido deve ser utilizado para a soma das indenizações devidas às vítimas do dano moral indireto. Ainda que se faça a análise individual de cada demandante, a soma das indenizações não deve ultrapassar o valor de 500 (quinhentos) salários mínimos por família, segundo Embargos em Recurso Especial EREsp. 1127913-RS<sup>13</sup>:

DIREITO CIVIL. METODOLOGIA DE FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS DEVIDOS A PARENTES DE VÍTIMAS DE DANOS MORTE NA HIPÓTESE DE NÚCLEOS FAMILIARES COM DIFERENTE NÚMERO DE MEMBROS.

Na fixação do valor da reparação pelos danos morais sofridos por parentes de vítimas mortas em um mesmo evento, não deve ser estipulada de forma global a mesma quantia reparatória para cada grupo familiar se, diante do fato de uma vítima ter mais parentes que outra, for conferido tratamento desigual a lesados que se encontrem em idêntica situação de abalo psíquico, devendo, nessa situação, ser adotada metodologia de arbitramento que leve em consideração a situação individual de cada parente de cada vítima do dano morte. Na atual sistemática constitucional, o conceito de dano moral deve levar em consideração, eminentemente, a dignidade da pessoa humana - vértice valorativo e fundamental do Estado Democrático de Direito - conferindo-se à lesão de natureza extrapatrimonial dimensões mais amplas, em variadas perspectivas. Dentre essas perspectivas, tem-se o caso específico de falecimento de um parente próximo - como a morte do esposo, do companheiro ou do pai. Nesse caso, o dano experimentado pelo ofendido qualifica-se como dano psíquico, conceituado como o distúrbio ou perturbação causado à pessoa através de sensações anímicas desagradáveis, em que a pessoa é atingida na sua parte interior, anímica ou psíquica, através de inúmeras sensações dolorosas e importunantes, como, por exemplo, a ansiedade, a angústia, o sofrimento, a tristeza, o vazio, o medo, a insegurança, o desolamento e outros. A reparabilidade do dano moral possui função meramente satisfatória, que objetiva a suavização de um pesar, insuscetível de restituição ao statu quo ante. A justa indenização, portanto, norteia-se por um juízo de ponderação, formulado pelo julgador, entre a dor suportada pelos familiares e a capacidade econômica de ambas as partes - além da seleção de um critério substancialmente equânime. Nessa linha, a fixação de valor reparatório global por núcleo familiar, justificar-se-ia apenas se a todos os lesados que se encontrem em idêntica situação fosse conferido igual tratamento. De fato, não se mostra equânime a diferenciação do valor indenizatório tão somente pelo fato de o núcleo familiar de uma vítima do dano morte ser mais numeroso do que o de outra. Dessa forma, deve ser adotada metodologia de arbitramento que leve em consideração a situação individual de cada lesado e, diante da inexistência de elementos concretos, atrelados a laços familiares ou afetivos, que fundamentem a discriminação entre os familiares das vítimas, deve ser fixado idêntico valor de reparação para cada familiar lesado. (STJ EREsp 1.127.913-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4/6/2014). (Vide Informativo n. 505).

<sup>13</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.127.913/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201300763250](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201300763250)>. Acesso em: 01 set. 2015.



Não adentrando na justiça da jurisprudência, esse valor deve ser observado; no entanto, como o tema não é pacífico nas turmas do STJ, esse critério não pode ser tido como absoluto, de modo que na análise do caso concreto o juiz deverá decidir em conformidade com a razoabilidade e proporcionalidade, podendo ultrapassar esse valor.

Em que pese não haver fórmula para se fixar a indenização das vítimas indiretas no dano moral por ricochete é possível determinar critérios que facilitem o arbitramento pelo julgador.

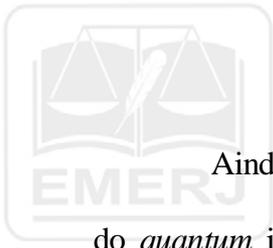
### 3. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

A metodologia do arbitramento se apresenta como a solução mais adequada para aferir o *quantum* indenizatório diante de vítima indiretas que sofrem pelo prejuízo de afeição ou dano moral por afeição<sup>14</sup>. Essa metodologia deve levar em consideração a situação individual de cada parente. O valor da indenização deve ser individual, e não havendo justificativas para diferenças de tratamento, esse valor individual tende a ser igual para os legitimados.

No ordenamento jurídico brasileiro não existem fórmulas ou tabelas para auxiliar magistrados na fixação do dano moral. Tal inexistência se funda na impossibilidade de se correlacionar matematicamente o dano, que depende da análise individual do caso concreto. Adicionalmente, as decisões seguem o livre convencimento motivado do magistrado, que diante do caso analisado com todas as suas particularidades arbitra o valor que considera justo.

Tal realidade resulta em valoração do dano moral diversa no judiciário. Popularmente se fala em loterias indenizatórias, pois a depender do tribunal, casos idênticos recebem tratamento diferente, com valores díspares. Revela-se nesse cenário a insegurança jurídica, tão odiosa pela sociedade.

<sup>14</sup>CAVALIERI, op. cit., p. 111.



Ainda que não seja possível estabelecer objetivamente uma tabela de valores na aferição do *quantum* indenizatório, é possível estabelecer aspectos a serem valorados pelo magistrado. Sugere-se a adoção dos 10 aspectos abordados a seguir, como forma de aperfeiçoar o critério do arbitramento.

O primeiro aspecto é a extensão do dano, que é medida considerando o bem ou interesse jurídico lesado. Avalia-se nesse aspecto a gravidade do dano, sua duração, repercussão social e as pessoas atingidas direta e indiretamente.

O segundo aspecto trata dos legitimados a indenização. Ainda que a indenização tenha que ser individual, levando em consideração o dano que cada legitimado sofreu, não há como admitir indenizações com valores sem limite em prol da compensação almejada. Nesse sentido, conforme já relatado no presente trabalho, o E. STJ entende que há de se considerar o limite de 500 salários mínimos por grupo de família diante do dano moral por ricochete. Dessa forma, os números de legitimados devem ser considerados no arbítrio da pena, observando o limite estabelecido pela jurisprudência.

Os impactos nas vítimas representam o terceiro aspecto. Cada vítima terá uma reação própria diante do evento danoso, e serão as mais diversas reações, como trauma, depressão, histeria, indiferença e distúrbios mentais. Esse impacto deve ser quantificado em respeito à individualização da pena e da indenização.

Questões de idade, consequências pessoais e profissionais, custos com tratamento médico para recuperação do trauma, planos destruídos e sonhos que nunca mais poderão se realizar devem ser alegados e provados pela vítima para a devida majoração da compensação.

O quarto aspecto trata das Especificidades. Diante do caso concreto o julgador pode se deparar com situações esdrúxulas ou excepcionais. É pensar no filho que morre em acidente de avião e deixa o pai idoso que sofre de Alzheimer sozinho em unidade de saúde especializada e particular, paga pelo filho. Em razão da doença, esse pai pode não ter noção da perda do filho, mas



para manter sua dignidade, com seu tratamento, as despesas com a internação precisarão ser pagas mensalmente. Quem pagara essas despesas em não havendo mais ninguém da família? Em nome da justiça, espera-se que a Cia. aérea.

A Função Compensatória é o quinto aspecto. Compensar tem o sentido de amenizar o dano sofrido pela vítima. Não há equivalência perfeita com a extensão do dano, já que há danos irreparáveis; no entanto, busca-se amenizar os impactos sofridos pela vítima com recursos financeiros. A justa indenização norteia-se por um juízo de ponderação, formulado pelo julgador, entre a dor suportada pelos familiares e a capacidade econômica de ambas as partes.

Como sexto aspecto tem-se a função punitiva. Literalmente consiste em punir o agente pela ofensa cometida. A punição pecuniária mostra-se como medida eficaz diante de particulares, mas nem sempre diante de pessoas jurídicas, que reiteram práticas abusivas diante de consumidores. Para essas, o magistrado pode valorar o valor do dano, deixando claro que o Estado não admite injustiças.

A função de desestímulo representa o sétimo aspecto. Essa função é de suma importância. Caso pudesse escolher, a vítima do dano moral preferiria não sofrê-lo a ter que ser compensado. O valor do dano moral deve ser tal que iniba o ofensor de praticar novas condutas danosas. O ofensor precisa se sentir intimidado, receoso de nova condenação, por ter sentido a força da justiça.

O oitavo aspecto é a conduta do ofensor. Por meio da dilação probatória deve-se avaliar se o ofensor agiu de forma culposa ou dolosa no cometimento do evento danoso. A depender do resultado, diante de danos semelhantes, o ofensor que agiu com dolo deve ser punido com mais rigor diante do que agiu com culpa. Isso não significa diminuir a compensação financeira devida a vítima, mas valorá-la diante de condutas dolosas. Nesse diapasão, o ofensor que agiu de modo a reduzir o dano, mostrando-se solidário e arrependido, pode ter sua condenação atenuada.

A capacidade econômica do ofensor é tratada como nono aspecto. Essa capacidade segue a mesma linha de raciocínio da conduta. Tratando-se de grandes grupos econômicos a condenação



deve ser diretamente correspondente. Grandes companhias possuem padrões de qualidade e procedimentos operacionais que devem respeitar seus consumidores diretos e indiretos. Diante de pessoas físicas no polo passivo não se pode prolatar decisões semelhantes, uma vez que o dano moral não pode corresponder a enriquecimento do lesado e empobrecimento do lesionador. A observância da razoabilidade e da proporcionalidade são indispensáveis nesse contexto.

E como décimo aspecto, tem-se a comparação com casos semelhantes. A pesquisa nos tribunais superiores de como as matérias semelhantes tem sido tratadas serve como balizador eficaz. Não há vinculação, em razão do livre convencimento motivado, mas em respeito à segurança jurídica, situações semelhantes devem ser julgadas nacionalmente de forma semelhante.

Com a adoção desses aspectos, que são sugestivos, o julgador irá prolatar decisões fundamentadas, e o critério do arbitramento se mostra otimizado, apto a resultar em decisões isonômicas, em respeito à segurança jurídica. Tais aspectos devem ser correlacionados aos critérios gerais, como o prudente arbítrio, o bom senso, a equidade, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Em nome do livre arbítrio motivado do magistrado, para cada critério o julgador definirá um valor correspondente, e a somatória revelará o *quantum* devido. Há que se observar alguns parâmetros, como o teto de 500 salários mínimos, podendo excepcionalmente ser afastado, e o mínimo correspondente a valores já consolidados nos tribunais.

## CONCLUSÃO

O estudo aqui apresentado não tem a pretensão de esgotar as discussões sobre o dano moral por afeição. Tal modalidade de dano que integra a seara da responsabilidade civil está abundantemente presente no cotidiano da sociedade brasileira, e ao mesmo tempo, carente de regulamentação específica.



Tal realidade exige do interprete da lei especial atenção das relações afetivas que demandam pela responsabilidade civil. O sentimento de busca pela justiça, em razão dos danos suportados, que leva uma pessoa ao judiciário, tem na compensação pecuniária uma das vertentes mais eficazes. Tal sentimento não pode ser frustrado por ausência de norma legal.

Para se evitar a insegurança jurídica, conclui-se que o magistrado diante de demanda envolvendo dano moral por afeição há que analisar o rol de legitimados sem presunção relativa ou absoluta de danos. Ascendente, descendentes, colaterais e amigos podem ser legitimados, desde que comprovem os fatos que dão ensejo ao ato lesivo decorrente da conduta irregular do ofensor e o nexó causal com o dano suportado. Admitir presunção *juris tantum* de dano moral deturpa tal instrumento.

A ausência de presunção não se confunde com situações em que há nítido dano. Não há fatos ou danos a serem comprovados diante de uma criança de 05 anos que perde o pai em acidente aéreo. No entanto, há que comprovar os danos suportados pelo filho de 40 anos que perde o pai de 70 anos em acidente aéreo, sendo que eles não se viam, nem falavam a 20 anos em razão de incompatibilidades pessoais.

O *quantum* indenizatório apresenta-se como matéria conflituosa. Dessa forma, tomando por base o limite superior jurisprudencial reconhecido de 500 salários mínimos, a ser ultrapassado em hipóteses excepcionais, não há se aplicar valores iguais para pessoas em situações diferentes. Os critérios apresentados no desenvolvimento do presente trabalho visam auxiliar o magistrado, com vistas a alcançar a isonomia material.

Por fim, ainda que se busque manter o equilíbrio de forma a evitar o enriquecimento de uma parte em detrimento do empobrecimento da outra, quando a demanda envolve dano por ricochete em função da morte de uma pessoa, o magistrado não deve esquecer-se de levar em consideração as especificidades do caso e a sensibilidade pela dor humana, o que motivadamente pode levar a valor superior ao dito como teto pela jurisprudência do E. STJ.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 03/08/2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 05 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AREsp: 730178/MG. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201501468355](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501468355)>. Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.127.913/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201300763250](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201300763250)>. Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1341355/SC. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201201845071](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201845071)>. Acesso em: 01 set. 2015.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. *Programa de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos*. 3. ed. Bahia: Jus Podivm, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: Volume único*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

## O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO *POST MORTEM*

Paloma da Silva Martins

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo:** O direito à herança é um direito fundamental disposto no art. 5º, XXX da CRFB/88, assim como o princípio da isonomia entre os filhos. Entretanto, em razão de omissão legislativa, o filho concebido *post mortem* ficou ignorado pelo Código Civil no que tange à sua legitimidade de suceder, haja vista considerar como legitimado à suceder aquele que já concebido no momento da abertura da sucessão. A lacuna legislativa gera grande insegurança jurídica e controvérsia doutrinária, hipótese em que o judiciário é chamado para atuar diante da omissão do legislador infraconstitucional.

**Palavras-chave:** Direito sucessório. Filiação. Paternidade *post mortem* e seus efeitos.

**Sumário:** Introdução. 1. Histórico da filiação no mundo; 2. Evolução da filiação no Brasil; 3. História da fecundação; 4. Os primeiros casos judicializados; 5. A inseminação artificial *post mortem* no direito comparado; 6. A inseminação artificial no Brasil; 7. A problemática da coexistência e o direito sucessório do filho póstumo; 8. A constitucionalização do direito privado. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O avanço da medicina com suas novas técnicas de reprodução facilita a realização do tão sonhado desejo daqueles que não podem se reproduzir naturalmente. Porém, o que facilita de um lado, complica de outro, já que isso repercute no mundo dos fatos de uma forma inovadora.

Esse avanço se dá de uma forma tão rápida e eficaz que o direito não é capaz de seguir sua velocidade, deixando por vezes lacunas para solução de conflitos sociais que tais inovações podem trazer.

O trabalho enfoca justamente no hiato legislativo sobre o direito sucessório do filho concebido *post mortem* por inseminação artificial, tendo em vista que a legislação brasileira não o definiu em seu texto como sucessor legítimo. Apesar da omissão legislativa, é defensiva a melhor tese de que este tem sim direito sucessório, pois se trata de direito fundamental contido na Carta Magna e que a simples ausência de lei em sentido formal não é capaz de



restringi-lo. Caso o contrário, estaria sendo violado o princípio constitucional da vedação ao retrocesso, princípio este que condiz em não suprimir os direitos fundamentais já conquistados pelo homem na sua luta social.

Com o fenômeno da constitucionalização do direito, todo o ordenamento jurídico deve ser visto sob a ótica dos princípios e valores constitucionais, pautado sempre na base da solidariedade, socialidade e na dignidade da pessoa humana.

O tema é de grande relevância social, pois trata de um estado de anomia legislativa sobre um direito fundamental, que gera grande divergência na vida prática em sociedade, além de considerável insegurança jurídica.

Para abordar o tema do presente trabalho acadêmico, será feita pesquisa bibliográfica doutrinária sobre a história da filiação e da fecundação, ocasião em que será feita uma análise do direito comparado com o direito brasileiro, além da análise de toda a problemática da omissão legislativa no que tange ao direito sucessório do filho concebido *post mortem*, sob a ótica dos valores constitucionais.

## 1. HISTÓRICO DA FILIAÇÃO NO MUNDO

O professor Leonardo Moreira Alves<sup>1</sup> diz que estudar a história está para o direito assim como a ciência está para o químico. É muito importante estudar a história nesse tema para discutir a filiação no direito brasileiro.

Nos grupos coletores e caçadores da caverna, a filiação tinha como base o matriarcado, em que o vínculo era estabelecido a partir da mãe, dada a glorificação da mulher em gerir filhos. A figura materna era mais marcada do que a figura paterna. Logo após, surgiu

---

<sup>1</sup> ALVES, Leonardo Moreira. *Publicidade na Internet: Reformas legislativas nos direitos de família e sucessões*, 2007. Disponível em: <http://www.leonardomoreiraalves.com.br/p/reformas-legislativas-nos-direitos-de-familia-e-das-sucessoes>. Acesso em: 15 de novembro de 20015.



o patriarcado, em que o pai passa a ser o centro do poder familiar e assim se permaneceu durante longo tempo da história da filiação<sup>2</sup>.

Ao iniciar o estudo da filiação na Grécia, é perceptível a prevalência do estudo da filosofia entre eles. Entre gregos e romanos havia tratamentos distintos quanto à filiação. O parentesco entre os gregos se dava em torno do altar, um culto entre os deuses da família. A religião era doméstica, familiar. Os gregos não morriam porque consideravam a morte como apenas uma mudança de vida. A filiação trazia uma transmissão de culto religioso, de uma carga hereditária, e assim o mundo grego nos trouxe as primeiras regras de filiação. A necessidade de suceder na Grécia tinha importância para a continuidade do alimento dos deuses que a religião familiar empregava. Diante do contexto do culto familiar que existiu a ideia da adoção, porque caso a pessoa não tivesse condições naturais para prole, poderia resolver a questão por meio da adoção, já que lá a cidadania e filiação andavam juntas<sup>3</sup>.

Em Roma, diferente da Grécia, a vida concreta tinha mais presença do que a vida filosófica e por isso o tema foi tratado de forma mais prática. Na ideia romana da era do direito pré-clássico, o pai era o chefe político, o juiz e sacerdote da família. Com base nessa soberania político familiar, chamada de “*pater familie*”<sup>4</sup>, o pai podia até mesmo mandar matar seu filho. A família tinha poder político porque não havia interferência estatal alguma quanto às suas regras internas. Existiam as figuras do parentesco agnaticó e do parentesco cognaticó. No primeiro, todos aqueles que cultuavam com os deuses da família,

---

<sup>2</sup> Curso ministrado pelo professor Cristiano Colombo em aula concedida ao curso Saber Direito em 12 de dezembro de 2012.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> *Pater familiae* ou *pater familias*, em Roma, era o cidadão titular, na sua plenitude, de direitos e autoridade sobre sua casa, mulher e filhos.



independentemente de ser de fato um membro da família, era considerado parente; enquanto que no segundo, só era parente aquele que tivesse laços sanguíneos em comum<sup>5</sup>.

No direito clássico romano, começa a haver uma prevalência da cognação (parentesco estabelecido pelos laços de sangue e adoção). Os filhos eram classificados em legítimos (aqueles advindos na constância do casamento) e ilegítimos (aqueles decorrentes da união de fato). O casamento seria a única forma legítima que faria com que um filho fosse reconhecido como filho. A união estável não gerava filiação, mas depois admitiram a legitimação com o casamento posterior. Em fase posterior, a igreja de Roma passou a ser uma religião admitida, com a consequente implementação da concepção cristã da família. A partir daí, o então direito de o pai matar seu filho sob o fundamento de ser o chefe familiar passou a ser repudiado por conta da cristianização da família<sup>6</sup>.

Os bárbaros germânicos, que eram considerados bárbaros tão somente porque não falavam latim, tratavam melhor suas esposas e gostavam de poesias, e por isso acabaram estando mais próximos de seus filhos. Eles mantiveram uma relação de paridade com a esposa e parentesco de forma bilateral, ou seja, havia o parentesco tanto na parte materna quanto na paterna. Porém, os filhos havidos fora do casamento não legitimavam o estabelecimento de filiação<sup>7</sup>.

No feudalismo havia uma característica muito patrimonializada da filiação, porque as terras era o que mais se valorizava. A filiação era importante para suceder as terras. O feudo era uma organização que tinha toda uma ideia de proteção de terras, e a primogenitura

---

<sup>5</sup> Notícia fornecida pelo professor Cristiano Colombo em aula concedida ao curso Saber Direito em 12 de dezembro de 2012.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.



masculina era privilegiada na sucessão. Havia também a importância dos valores do cristianismo e, por conta disso, não havia permissão para o pai matar seus filhos<sup>8</sup>.

No direito canônico, o tema filiação também foi muito avançado. Falar sobre o direito canônico é de suma importância para o direito brasileiro. O direito canônico retoma todo o direito romano que estava sendo mitigado, o levanta e o trata acerca de todos os aspectos, inclusive quanto ao instituto da filiação. Com base na ideologia cristã de amor e afeto, o direito canônico vai tratar os filhos de forma igualitária, apesar de haver a classificação entre filhos legítimos e ilegítimos. A igreja, com a disseminação da ideologia cristã, foi um laço entre todos os povos<sup>9</sup>.

No direito francês, o código napoleônico foi essencial para a codificação do direito. O código estabeleceu a laicização do casamento, retirando a necessidade do casamento religioso para a validade do casamento jurídico. A liberdade conquistada pela Revolução Francesa ocasionou a regra da igualdade entre os filhos e também implementou o divórcio no direito de família. O filho proveniente de adultério não tinha sua filiação reconhecida, e não havia mais a ideia de igualdade entre os filhos anteriormente estabelecida. Havia a ideia de conservação das famílias, porque as famílias formavam a sociedade como um todo. As “*petit patrie*”<sup>10</sup> eram objeto de muita atenção e respeito por parte do Estado por conta disso.

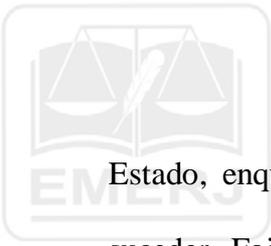
O direito Português, com base no Código de Seabra, trouxe ao Brasil as Ordenações Filipinas, que implementou a diferença entre os filhos legítimos e ilegítimos. Era estabelecida uma classificação entre os pais de “pai nobre e pai peão”, e cada um tinha um tipo de tratamento. De acordo com as Ordenações, os filhos ilegítimos só tinham direito à herança quando filho de pai peão, porque o nobre tinha patrimônio vasto e valorizado com proteção do

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Sabe-se que *petitpatrie*, traduzido como “pequenas pátrias”, era o modo como Napoleão Bonaparte chamava as famílias, sob a visão de que as pequenas famílias que formavam toda a nação do país.



Estado, enquanto o pai peão tinha patrimônio desvalorizado, pouco importando quem irá suceder. Foi conquistada toda uma carga patrimonialista à filiação, mais do que em outros aspectos, tais como afeto e parentesco<sup>11</sup>.

## 2. EVOLUÇÃO DA FILIAÇÃO NO BRASIL

O Brasil então recepciona toda influência das Ordenações Filipinas. Na época do Reinado, em 1831, um decreto deregência estabeleceu que se a pessoa não tivesse nenhum filho, mas apenas filhos espúrios (filhos com pessoas impedidas de casar ou com algum parente), este teria direito à herança. A flexibilização era somente se a pessoa não tivesse outro filho, porque, caso tivessem filhos legítimos, poderia implicar no direito patrimonial destes. Em que pese a diferenciação entre os filhos, o decreto foi considerado um avanço por começar a ideia de flexibilização dos direitos aos filhos espúrios. O decreto estabeleceu, ainda, a possibilidade de reconhecimento do filho natural por testamento ou escritura pública. Foi um ingresso de um critério voluntarista para o reconhecimento da filiação<sup>12</sup>.

Em 1858, foi criada a Consolidação das Leis Civis, em que ficou mais uma vez evidenciada a diferença entre os filhos, uma vez que os filhos espúrios e os naturais eram considerados ilegítimos. Os naturais, no caso, eram os filhos havidos fora do casamento, mas sem qualquer impedimento ao tempo do coito ou qualquer parentesco em relação a pai e filho; enquanto que os espúrios seriam os filhos havidos fora do casamento com relação de impedimento ou de parentesco entre os genitores ao tempo do coito sexual<sup>13</sup>.

Em seguida foi promulgada a Lei n. 463/1847, que dizia que os filhos ilegítimos, caso concebidos antes do casamento, poderiam ser reconhecidos por escrituras públicas ou

---

<sup>11</sup> Curso ministrado pelo professor Cristiano Colombo em aula concedida ao Saber Direito, em 12 de dezembro de 2012.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid.



testamentos; mas não ao filho adulterino ou incestuoso, pois em relação à estes não havia sequer o reconhecimento<sup>14</sup>.

Na época da Proclamação da República, foi instituído o Decreto n. 181/1890, que regulamentou o casamento civil. O decreto permitiu o reconhecimento de filiação por escritura pública, mas não aos filhos espúrios. Ou seja, ainda existia muita diferença entre os filhos.

Augusto Teixeira de Freitas<sup>15</sup>, autor da Consolidação das Leis Civis, foi convidado para esboçar o Código Civil de 1916. Porém, por situações de desgaste, acabou se retirando. Neste momento, todos os seus estudos foram levados para a Argentina, e foi confeccionado o Código Civil Argentino. Clóvis Beviláqua<sup>16</sup> então é nomeado e começa a trabalhar o Código Civil de 1916. Inicia seu trabalho implementando a ação de investigação de paternidade compulsória. Assim, qualquer filho poderia buscar sua paternidade, mesmo que o pai não a tenha reconhecido voluntariamente. Isso foi uma grande evolução, porque até então somente o pai poderia reconhecer a filiação por meio de testamento ou escritura pública.

Em que pese o avanço, as hipóteses para a referida ação era bem escassa. Os requisitos para se valer da ação de reconhecimento de paternidade estavam dispostos no art. 363 do Código Civil de 1916<sup>17</sup>, que abria a possibilidade apenas em três situações: I- se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pai; II- se a concepção coincidiu com o rapto da mãe com o suposto pai ou suas relações sexuais com ela; III- se existisse escrito

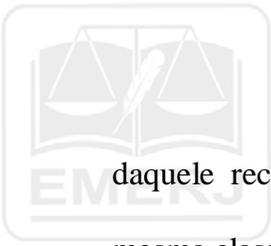
---

<sup>14</sup>Ibid.

<sup>15</sup>Formado pela Faculdade de Direito de Olinda — atual Faculdade de Direito do Recife —, mas tendo estudado também em São Paulo, Teixeira de Freitas foi o responsável pela extraordinária *Consolidação das Leis Civis* brasileiras, de 1858, e autor da primeira tentativa de codificação civil do Brasil: seu "*Esboço de Código Civil*", feita por encomenda do imperador D. Pedro II, por meio de decreto de 11 de janeiro de 1859.

<sup>16</sup>Nascido em Viçosa do Ceará, em 4 de outubro de 1849, Clóvis Beviláqua foi um jurista, legislador, filósofo e historiador brasileiro.

<sup>17</sup>BRASIL. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.html). Acesso em 15 de novembro de 2015.



daquele reconhecendo a paternidade expressamente. O Código Civil de 1916 manteve a mesma classificação já existente de filhos legítimos e ilegítimos<sup>18</sup>.

A partir da implementação da ação de reconhecimento de paternidade, foi criada a clássica presunção de paternidade, porque como não havia exame de DNA na época, se valiam de meios presuntivos para configurar a paternidade, tais como: a aparência física, provas testemunhais e excipientes em geral. Porém, era proibido o reconhecimento de paternidade aos filhos incestuosos e uterinos ainda. Apesar do avanço da ação de paternidade, havia resquício da desigualdade entre os filhos.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1937, começa-se a trabalhar com a ideia de igualdade e em 1942, com o advento da Lei n. 4.737, fica autorizado ao filho adulterino a busca do reconhecimento voluntário da paternidade. Porém, com a restrição da possibilidade de apenas se o pai não mais estivesse casado<sup>19</sup>.

Enfim, no ano de 1977, o Brasil alcançou, no direito positivo, a igualdade entre os filhos, por meio da Lei n. 6.515/77. Diz a lei que qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança é de todos os filhos<sup>20</sup>.

### **3. A HISTÓRIA DA FECUNDAÇÃO**

Há muito tempo se fala em concepção. Na Grécia, tivemos episódios de ordem mitológica em que foi trabalhada a ideia. Aristóteles, ao estudar a concepção humana, dizia que o esperma decorria do sangue do homem e da menstruação decorria do óvulo feminino, e que juntos, dava possibilidade à concepção a partir da fecundação. Galeno, no século II depois de Cristo, reconhece a existência de duas sementes, uma masculina e outra feminina, e que a união destas daria ensejo à concepção<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup>COLOMBO, Cristiano, op. cit., p.8.

<sup>19</sup>Ibid.

<sup>20</sup>Ibid.

<sup>21</sup>Ibid.



Com o advento do microscópio em 1677, foi possível identificar o espermatozóide e o óvulo, e a partir daí trabalhar com a ideia da inseminação. Em 1785, na faculdade de medicina em Paris, foi pela primeira vez injetado sêmen no corpo de uma mulher de forma artificial. Em 1884, houve a inseminação heteróloga, inseminação extraconjugal numa ideia de neogenia. Foi bastante conhecido porque fora recolhido material genético de duas pessoas inteligentes para produzir um ser humano super inteligente. Após, na segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos da América, ao perceber que grande contingente de homens estavam no Pacífico e ao temer que sua população não tivesse crescimento normal, decidiu recolher sêmen daqueles. A corte de Nova Iorque decidiu por reconhecer todos os filhos como legítimos. A partir disso, passou-se a trabalhar com centros de armazenamento de material genético. Na França, em 1973, surgiram os primeiros bancos de espermatozoides<sup>22</sup>.

Em 1978 houve a primeira inseminação *in vitro*. Inseminação *in vitro* é aquela em que a concepção é realizada fora do corpo humano, e após a fecundação dos gametas, o mesmo é introduzido no corpo feminino para a gestação do filho; enquanto que a inseminação artificial *in vivo* é aquela em que a fecundação e a concepção ocorrem dentro do corpo feminino<sup>23</sup>.

#### 4. OS PRIMEIROS CASOS JUDICIALIZADOS

No estudo sobre inseminação artificial é importante ressaltar os primeiros casos em que o tema foi judicializado.

O primeiro caso, na França, é de um rapaz que sofria de câncer nos testículos e por isso foi submetido a um grave tratamento em que foi necessário congelar seu material genético. Ele tinha um relacionamento amoroso estável, com planejamento familiar. Na ocasião de sua morte, tanto a viúva quanto os pais dele procuraram o centro de recolhimento

---

<sup>22</sup>Ibid.

<sup>23</sup>Ibid.



do material genético para que fosse realizada a inseminação artificial. Porém, o estabelecimento negou o pedido. Foi então judicializado um litígio, e em 1984 foi prolatada sentença que autorizou a entrega do material genético para que fosse realizada a inseminação artificial, sob o fundamento de que tal procedimento se coadunava com uma das finalidades do casamento: a procriação. A concepção, porém, não obteve êxito<sup>24</sup>.

O segundo caso, também na França, em 1985, também se tratava de um rapaz que sofria de câncer nos testículos e teve seu material genético congelado. Veio a falecer e o centro negou à viúva o pedido de entrega do material genético para que fosse realizado o procedimento de inseminação artificial. Foi judicializado o conflito e o tribunal, desta vez, não concedeu o pedido sob o fundamento de que haveria a necessidade de a criança conviver com a figura paterna e, além disso, em razão de haver uma observação feita pelo doador de que não poderia ser utilizado o material<sup>25</sup>.

O terceiro caso, que correu no Reino Unido em 1985, é de um senhor que sofria de meningite e entrou em coma. A viúva requereu que fosse coletado o material genético dele, que estava em estado de coma. O pedido foi acolhido e o sêmen foi coletado. Mas a utilização do sêmen para o procedimento de inseminação artificial foi negado pelo banco de sêmen por não ter havido o consentimento expresso do marido. Judicializado o caso, na decisão judicial ficou frisado que não poderia o procedimento ser feito no Reino Unido por se tratar de uma inseminação póstuma, mas que fora do Reino Unido poderia ser realizado. A viúva alegou o Tratado de Roma e conseguiu a inseminação artificial póstuma em outro país da Europa<sup>26</sup>.

Esses três casos foram os primeiros judicializados sobre o tema.

## **5. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* NO DIREITO COMPARADO**

---

<sup>24</sup>Ibid.

<sup>25</sup>Ibid.

<sup>26</sup>Ibid.



É importante o estudo do direito comparado porque enseja uma reunião das experiências de outros países acerca do tema.

Em Portugal existe a Lei n. 32 de 2016, que proíbe a inseminação artificial *post mortem* e determina a destruição do sêmem crio-preservedo. O procedimento é proibido, mas se por um acaso ele for realizado, é reconhecida a qualidade de filho<sup>27</sup>.

A França não admite o procedimento quando realizado por mera conveniência. Os cônjuges devem buscar a via natural, e não sendo possível, poderá haver a inseminação artificial. Além disso, o casal deve estar vivo e em idade procriativa. É proibida a filiação *post mortem* em razão da necessidade da coexistência de ambos os pais com seus sucessores. Se realizada, a inseminação artificial *post mortem* configura crime com prisão de 5 anos<sup>28</sup>.

A Espanha tem uma lei específica sobre o tema, a Lei n. 35/1988. A inseminação artificial homóloga *post mortem* lá é inconstitucional porque condena o filho a nascer sem a figura paterna. No entanto, se o pai expressar autorização por escritura pública ou testamento, pode ser feito o procedimento, desde que no prazo de 12 meses. O país visa o consentimento sobre a verdade biológica<sup>29</sup>.

Na Itália há uma lei específica sobre o tema também, a Lei n. 40/2004, que veda expressamente a inseminação artificial *post mortem*<sup>30</sup>.

Perecebe-se então que o direito comparado se opõe à inseminação artificial *post mortem*.

## 6. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL NO BRASIL

O Código Civil de 2002<sup>31</sup> inovou sobre o tema e regulou a reprodução assistida no Brasil. O art. 1.597 do CC/02, além de regular a reprodução assistida no Brasil, agregou a

---

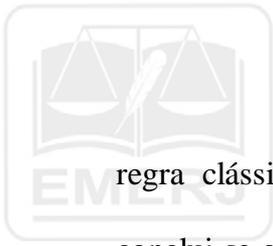
<sup>27</sup>Ibid.

<sup>28</sup>Ibid.

<sup>29</sup>Ibid.

<sup>30</sup>Ibid.

<sup>31</sup>BRASIL. Código Civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



regra clássica da presunção de paternidade nos casos de reprodução assistida. Portanto, conclui-se que no Brasil é autorizado o procedimento de reprodução assistida. Se não fosse o art. 1.597 do CC/02, não haveria a discussão posta no presente trabalho acadêmico.

Sobre o estudo da reprodução assistida, os incisos III e V do referido artigo são os que mais nos interessa. Ao comparar os referidos incisos, percebe-se que a lei dá tratamento diferenciado à inseminação homóloga e à heteróloga, pois somente nesta foi exigido o consentimento expresso do marido. A partir daí, a medicina começou a se preocupar e a estudar o caso, porque os centros de crio-preservação começaram a serem bastante procurados.

O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.957<sup>32</sup>, que tem finalidade eminentemente ética, refere que a reprodução assistida *post mortem* não constitui ilícito ético, desde que haja autorização prévia do falecido para o uso do material crio-preservedo.

A Justiça Federal também se manifestou sobre o tema, por meio do Enunciado n. 106<sup>33</sup>, que dispõe sobre a possibilidade da inseminação artificial *post mortem*, desde que a mãe esteja na condição de viúva e que haja autorização por escrito do marido para o uso de seu material genético após sua morte.

Existe então uma regra jurídica silente quanto à autorização, que é o artigo 1.597, III do CC/02, uma regra ética do Conselho Federal de Medicina e um enunciado sem força vinculante da Justiça Federal. Diante disso, percebe-se uma grave lacuna legislativa quanto ao tema, e enquanto os países europeus tratam de forma bem promenorizada o tema, seja no sentido de sua possibilidade ou não, o Brasil fica num silêncio legislativo.

---

<sup>32</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO n° 1.957/2010. Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79.

<sup>33</sup> JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.106. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-34jornadadircivilnum.pdf>> . Acesso em 15 de novembro de 2015.



Há um precedente de um processo que tramitou no foro de Curitiba em que a autora buscava o direito de usar o material genético do marido. O magistrado deferiu a possibilidade após ter avaliado e constatado o projeto familiar do casal. O procedimento foi realizado e a criança nasceu<sup>34</sup>.

A doutrina majoritária, a exemplo Maria Helena Diniz<sup>35</sup>, se manifesta no sentido da necessidade da autorização expressa, em que pese não assim constar em lei; uma segunda teoria, que trabalha com a ideia do risco, afirma que, por ter havido o congelamento do material genético, aquele que ali o deposita assume o risco da filiação.

É pacífico que quando há autorização expressa do falecido, pode haver o procedimento da inseminação artificial póstuma que a paternidade será reconhecida. Nessa linha de raciocínio, compreende-se que se não houver o consentimento expresso do falecido, mas houver todo um planejamento familiar anterior entre este a viúva, sob o fundamento do direito civil constitucional, a paternidade também será reconhecida. Porém, quando houver manifestação do falecido no sentido da não utilização de material genético, o direito não poderá amparar a filiação, sob pena de dar ensejo a atos ilícitos.

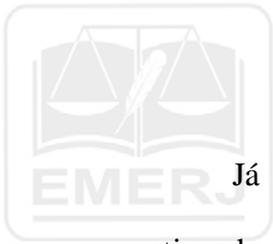
Conclui-se então a possibilidade do reconhecimento do direito à filiação em duas hipóteses: quando houver a autorização expressa do falecido ou, quando não houver, ficar cabalmente demonstrado o planejamento familiar para isso.

## **7. A PROBLEMÁTICA DA COEXISTÊNCIA DO ANTECESSOR COM O SUCESSOR E O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO PÓSTUMO**

Retomando ao já dito, na antiguidade clássica, mais na Grécia, a morte apenas mudava a existência. Entende-se, no mundo grego, que a morte é apenas uma troca de fase espiritual. A sucessão na Grécia seria a transmissão de um alimento que o afastaria da fome eterna. Por isso deveria ter, no momento da morte, a coexistência entre sucessor e antecessor.

<sup>34</sup>COLOMBO, Cristiano. op. cit., p.8.

<sup>35</sup>DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2007



Já entre os romanos, o sucessor tinha uma característica específica: ele era um continuador da pessoa do falecido, porque a figura paterna época era o chefe, o juiz e sacerdote, já que a religião era doméstica. Caso a família ficasse sem um sucessor, a família ficaria acéfala. Quem fazia os cultos da família? Por isso a necessidade da figura do antecessor e sucessor coexistentes<sup>36</sup>.

No direito português, há estabelecido um sistema de troncalidade, que significa que os bens devem ficar no tronco da família. Haveria um direito retracto de buscar esse bem, caso não fosse sucedido por alguém da família.

No Brasil, existe a problemática da coexistência como *conditio sine a qua nom*<sup>37</sup> para legitimar o herdeiro à sucessão, porque o artigo 1.798 do CC/02 positivou que se legitimam a suceder as pessoas já nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Essa é uma temática que levanta questionamentos sobre como ficaria então o filho concebido *post mortem*, já que ele não é coexistente nem concebido no momento da morte do antecessor.

## 8. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O direito privado passou por um processo de constitucionalização, em que a Constituição Federal passa a ser o diploma que vai alimentar todos os ramos do direito. A linha divisória entre o direito privado e o público passa a ser permeável, porque passam a ter o mesmo vetor axiológico: a Constituição Federal. As lentes da Constituição Federal passa a ser usada como base de leitura de todos os ramos do direito. Nasce então o estudo da era da descodificação, a era em que existe um polisistema e não mais um monossistema. Significa dizer que será não mais usado unicamente o Código Civil para avaliar um contrato, por exemplo, mas todo o ordenamento jurídico sob a índole dos valores constitucionais.

---

<sup>36</sup>Colombo, Cristiano, op. cit.,p.8.

<sup>37</sup>Sabe-se de *conditio sine a quo nom* é um termo em latim que quer dizer uma condição indispensável para que algo aconteça.



Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes<sup>38</sup>, “os valores constitucionais são a base de todo o sistema, que deve ser pautado com base na solidariedade, igualdade e no desenvolvimento da pessoa humana”. A partir da constitucionalização do direito, a visão individualista é deixada para trás e a visão social é reforçada. É a superação do patrimonialismo para a conquista do humanitarismo.

O artigo mais importante da Constituição Federal<sup>39</sup> é o artigo 1º, que traz o princípio da dignidade da pessoa humana, que funda o humanitarismo como valor primordial do direito. A partir daí, a família e a filiação saem da norma infraconstitucional e entram na norma constitucional, que se exterioriza por meio do art. 226 da CRFB/88.

Com o fenômeno da constitucionalização do direito, o modo de interpretação das normas positivadas são analisadas sob um prisma social, que preza pela igualdade e solidariedade. Com isso, a filiação alcança a igualdade entre os filhos como primazia a qualquer outro valor, assim como o patrimonial, por exemplo. A igualdade entre os filhos vira direito positivado na Constituição Federal (art. 227, parágrafo 6º da CRFB/88) e é fortalecido não só no campo constitucional, mas também no infraconstitucional, como no caso do art. 20 do Estatuto da Criança e Adolescente, que frisa a sistemática da igualdade entre os filhos.

Segundo Miguel Reale<sup>40</sup>, para interpretar qualquer regra do Código Civil, é preciso entender os vetores que o regem. O primeiro deles é o princípio da socialidade, que idealiza que deve ser enxergado o social em preponderância ao individual. O segundo é o princípio da eticidade, que tem como base o princípio da boa-fé, um elemento integrador e interpretativo do sistema. O terceiro é o princípio da operabilidade, em que o julgador não pode fechar os olhos para o caso concreto. O juiz analisará as circunstâncias do caso concreto para dar

---

<sup>38</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>39</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

<sup>40</sup>REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo, 2012.



concretude ao conflito posto. Ao perceber a lacuna legislativa, julgará de acordo com a equidade e a decisão virará jurisprudência.

O Código Civil de 2002<sup>41</sup> inovou sobre o tema e regulou a reprodução assistida no Brasil. O art. 1.597 do CC/02 regula a reprodução assistida no Brasil e agregou a regra clássica da presunção de paternidade nos casos de reprodução assistida. Portanto, conclui-se que no Brasil é autorizado o procedimento de reprodução assistida.

A constitucionalização do direito privado vai permitir que os valores constitucionais ingressem no ordenamento e se volte ao direito das sucessões. A dignidade da pessoa humana é o centro, o sol que vai iluminar todos os outros ramos do direito, e também o das sucessões.

Uma vez que a legislação brasileira aceita o procedimento da inseminação póstuma, não tem como negar, com base na principiologia constitucional, o direito à sucessão legítima ao filho póstumo. A gratidão, o respeito, tudo isso vai ser fundamental no estabelecimento da família constitucionalizada.

A boa-fé ainda trabalha com deveres recíprocos, a rede protetiva da família. A relação entre antecessor e sucessor ganha uma nova roupagem a partir do princípio da boa-fé. O sucessor não é aquele que apenas tem direitos patrimoniais, mas há a ideia da admissão da solidariedade, do afeto familiar, da igualdade.

A partir do momento em que o falecido autoriza a utilização do seu material genético, sob a ótica da boa-fé objetiva, aplica-se o princípio parcelara este, o chamado *venire contra factum proprium*<sup>42</sup>, porque se o pai assumiu o filho por meio da autorização do uso de seu material genético, seria um contra senso que este filho não tivesse direito à sucessão. A

---

<sup>41</sup>BRASIL. Código Civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>42</sup>Sabe-se que *venire contra factum proprium* é um termo em latim que significaproibição de comportamento contraditório.



solidariedade social impõe proteger as expectativas geradas em terceiros. É uma tutela de confiança.

O filho concebido *post mortem* é sucessor pelo simples fato de ser filho. Este filho é um sucessor legítimo, porque houve planejamento parental, e não mero sucessor testamentário.

## CONCLUSÃO

Diante de toda a análise apresentada na presente pesquisa, pode-se concluir que, com base no direito civil constitucional, o filho concebido *post mortem* deve ter seu direito sucessório garantido, haja vista ter este um direito de cunho constitucional e diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal não deve ser tratada apenas como um mandamento formal, mas sim ter efetividade em seu conteúdo material. Assim, o direito de suceder à herança, direito classificado como fundamental, deve transcender do papel e criar efeitos na vida em sociedade. Não se pode restringir o filho concebido *post mortem* desse direito fundamental por uma simples lacuna legislativa infraconstitucional, sob pena de contrariar todo o conteúdo de igualdade contido na Carta Magna.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Moreira. *Publicidade na Internet: Reformas legislativas nos direitos de família e sucessões*, 2007. Disponível em: <http://www.leonardomoreiraalves.com.br/p/reformas-legislativas-nos-direitos-de-familia-e-sucessoes>. Acesso em: 15 de novembro de 2015.

COLOMBO, Cristiano. Aula concedida no curso Saber Direito em 12 de dezembro de 2012.

BRASIL. Código Civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO n. 1.957/2010. Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79.

JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 106. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 15 de novembro de 2015.



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Odireito civil constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.



## A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O PRÍNCIPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS: O QUE DEVE PREVALECER?

Paula Barbosa Rodrigues

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada.

**Resumo:** O artigo trata da contraposição existente entre a soberania dos veredictos que vigora no âmbito do Tribunal do Júri e o princípio da *non reformatio in pejus* indireta, quando diante de um recurso exclusivo defensivo. A essência do trabalho se constitui na demonstração das posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema e sustenta que deve prevalecer a opção que privilegia a vedação à reforma para pior, no segundo julgamento. Conclui que se faz necessária a uniformização da jurisprudência no âmbito dos tribunais superiores, legitimada pela posição convergente com a era constitucional da sociedade brasileira, a qual seja, o direito da ampla defesa e do contraditório, e a garantia de que o segundo julgamento jamais prejudique o réu, quando apenas esse recorreu.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Recurso exclusivo da defesa. Princípio da *non reformatio in pejus* indireta. Soberania absoluta dos veredictos.

**Sumário:** Introdução. 1. O Tribunal do Júri: origem, fundamentação e composição. 2. Princípio da *non reformatio in pejus* indireta versus a soberania absoluta dos veredictos. 3. A controvérsia no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute o conflito existente no Direito Processual Penal brasileiro entre a soberania dos veredictos que vigora no âmbito do Tribunal do Júri e o princípio da *non reformatio in pejus* indireta, quando diante de um recurso exclusivo da defesa. Procura-se ressaltar que o Estado de Direito que caracteriza o Brasil contemporâneo, deve primar pela supremacia da lógica dos direitos do indivíduo. Nesse sentido, assevera-se ilegítima a possibilidade de agravamento da pena, quando apenas a defesa recorre e até mesmo o Ministério Público já se contentou com o julgamento.

Para tal, investiga inicialmente, a origem, a fundamentação e a composição do Tribunal do Júri. Tais aspectos compõem o primeiro capítulo da pesquisa que remete às



influências dos ideais libertários da Revolução Francesa na legislação brasileira, sobretudo a partir da República. Brevemente, examina no histórico das Cartas Magnas do Brasil, as funções e composição do Júri.

A seguir, no capítulo dois, discute o princípio da *non reformatio in pejus* indireta frente à soberania absoluta dos veredictos. Toda a polêmica presente no âmbito da doutrina e da jurisprudência é trazida à baila no terceiro capítulo, no qual as divergências de posicionamentos atestam a necessária uniformização da jurisprudência no âmbito dos tribunais superiores, capaz de convergir com a posição mais consentânea com a era constitucional em que vive a sociedade brasileira.

Na conclusão, o artigo oferece argumentos para defender que a soberania dos veredictos é uma garantia ao próprio cidadão, constituindo-se na certeza de que será julgado por seus pares. Demonstra que a posição que sustenta que tal garantia poderia ser usada em detrimento do próprio indivíduo é completamente desarrazoada, pois seria uma verdadeira subversão à lógica das garantias individuais.

A pesquisa bibliográfica é o recurso metodológico utilizado na elaboração do artigo que se apresenta como um estudo qualitativo e, em parte, exploratório.

## **1. O TRIBUNAL DO JÚRI: ORIGEM, COMPOSIÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO**

O Tribunal do Júri, com a feição atual, teve origem na Inglaterra, nos anos de 1215, quando passou-se a estabelecer que ninguém poderia ser preso, e despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, e segundo as leis de seus países.

Após a Revolução Francesa, como forma de acabar com as arbitrariedades cometidas pelos magistrados ligados ao regime monárquico na França também foi estabelecido o



Tribunal do Júri no país. Isso se deu, sobretudo, pela influência dos ideais republicanos que inspiravam a época.

No Brasil, segundo Nucci (2013), o Júri foi instaurado por decreto do Príncipe Regente em 18 de junho de 1822, antes mesmo que o procedimento fosse adotado por Portugal, nação que colonizava o país naquela época. Inicialmente, a competência do Tribunal era apenas para o julgamento dos crimes de imprensa, sendo composto por 24 cidadãos, “bons, honrados, inteligentes e patriotas”<sup>1</sup>.

A Constituição do Império de 1824 corroborou com o referido Tribunal, abordando-o no capítulo do Poder Judiciário e ampliando sua competência tanto a questões civis como criminais.

Com a proclamação da República, o Júri recebeu mais destaque com a criação do Júri Federal e, por influência da Constituição americana, assim como pelos ideais de Rui Barbosa, foi inserido no rol dos direitos e garantias individuais, previsto no art. 72, § 31, da Seção II do Título IV, em consonância com o exposto em Nucci<sup>2</sup>.

Na Constituição de 1934, em seu art. 72 o Tribunal do Júri retornou para o capítulo que tratava do poder Judiciário. Todavia, o texto constitucional de 1937 revoga tal procedimento. Entretanto, diante dos debates ocorridos, em 1938 foi estabelecida a existência do Júri pelo Decreto Lei 167/38, mas esse em seu art. 96 determinava que suas decisões não seriam soberanas.

Em 1946, o referido Tribunal foi colocado novamente no rol dos direitos e das garantias individuais, o que permaneceu da mesma forma na Constituição de 1967. A Emenda Constitucional de 1969 manteve o Tribunal do Júri, mas não foram expressamente mencionadas as garantias de soberania dos veredictos, o sigilo das votações, ou mesmo a plenitude de defesa.

---

<sup>1</sup>MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri - crimes e processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 179.

<sup>2</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37-41.



Na Constituição de 1988, o Júri foi novamente previsto no conjunto dos direitos e garantias individuais, resgatando ideias já inseridas na Constituição de 1946, como a soberania dos veredictos, sigilo das votações e plenitude de defesa. Contudo, a competência tornou-se apenas dos crimes dolosos contra a vida.

Hoje o Tribunal do Júri deve ser entendido como uma garantia humana fundamental formal, isso porque consta do art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal<sup>3</sup>:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Sendo assim, sua competência pôde ser ampliada somente para trazer outros crimes a serem julgados e esse rol não pode ser restringido para diminuir os crimes que lhe compete julgar. É tido como cláusula pétrea, nos termos o art. 60, §4º, IV da Constituição Federal, e por isso, o legislador ordinário tem a faculdade apenas de ampliar sua competência, como o faz nos chamados crimes conexos e/ou continentais.

Conforme determina o art. 447 do CPP, o Tribunal do Júri é composto por um juiz togado e por 25 jurados que devem ser sorteados dentro daqueles que são alistados e o Conselho de Sentença será constituído por sete jurados.

O traço característico do Tribunal do Júri do Brasil é a divisão de poderes estabelecida entre os juízes leigos, também conhecidos como jurados, e o juiz Presidente, ou togado. Aqueles decidem sobre a autoria e materialidade do crime, assim como sobre a existência de causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de aumento ou diminuição de pena, por meio da resposta aos quesitos que lhe serão formulados. Ao juiz presidente compete proferir a sentença de acordo com o que foi respondido pelos jurados, e em caso de

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2015.



sentença condenatória, caberá fazer a dosimetria da pena. Por conta disso, é dito que a sentença do Júri é subjetivamente complexa.

Portanto, o Júri pode ser entendido como sendo uma garantia que visa proteger um direito fundamental, qual seja o da liberdade, isso porque tal Tribunal é composto por juízes leigos, mas representantes da sociedade. Esses jurados não estão vinculados às leis, à jurisprudência, ou à doutrina. Ademais não precisam fundamentar sua decisão, ou seja, não precisam expressar como e porquê julgaram daquela maneira, o que não ocorre nos julgamentos proferidos por juízes togados, em que há uma necessária motivação de suas decisões, sob pena de nulidade. Tourinho Filho traz importante indagação:

[...] poderia o juiz togado, se pudesse julgar um homicídio doloso, fazê-lo fora das hipóteses, elencadas no art. 386, CPP? Compreenderia, por acaso, o drama da infeliz que interrompeu uma gravidez não desejada? Poderia até absolvê-la, mas a segunda instancia de regra, castraria seu sentimento piedoso.<sup>4</sup>

Na visão do citado autor, o juiz leigo compreende a sociedade em que vive, e avalia segundo sua percepção de vida, não tendo qualquer compromisso com a técnica, mas sim com sua própria consciência. Por tudo isso, o Tribunal do Povo é capaz de proteger de forma mais ampla a liberdade.

Deve ficar claro que não se está afirmando que o Judiciário não protege a liberdade, mas sim que o Tribunal do Júri não se vincula às formalidades legais, pois os jurados estão livres segundo sua própria consciência.

O Júri deve ser entendido como um direito a qualquer cidadão de que, se cometer um crime doloso contra a vida, será julgado por seus pares, que o farão segundo sua experiência de vida, seus costumes, e não por um juiz profissional, adstrito à lei.

A soberania dos veredictos é uma garantia individual, assegurada constitucionalmente e não há lógica na tentativa de subvertê-la de modo a ser usada em detrimento do cidadão. Assim, quando contrapostas duas garantias individuais, a solução a ser

---

<sup>4</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 4, 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147.



buscada para compatibilizá-las deve ser sempre em favor do indivíduo. Ou seja, a equação deve levar em conta o que é mais benéfico ao indivíduo, e não fazer prevalecer uma solução que, em tese, privilegiaria uma garantia constitucional, mas que agravaria a situação do indivíduo.

Dessa maneira, pode-se dizer que seria um claro paradoxo “proteger” a soberania dos veredictos, mas prejudicar o indivíduo para quem o Tribunal do Júri foi criado, como quer o STJ, nos seus diversos julgados quando trata da possibilidade do segundo julgamento do Júri agravar a situação do réu. Esse Tribunal tem entendimento firme no sentido de que deve prevalecer a soberania dos veredictos, em face do princípio da *non reformatio in pejus*. Tal princípio alcançaria tão somente o Juiz Presidente, e não os juízes leigos. Contudo, tal entendimento, ignora o fato de que o Júri, e seus conseqüentários, dentre eles a soberania dos veredictos foram criados em prol do cidadão, visando em última análise, proteger a liberdade. Tais aspectos demandam detalhamento e ponderações que são apresentadas nos capítulos subsequentes.

## **2. O PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA VERSUS A SOBERANIA ABSOLUTA DOS VEREDICTOS**

A Constituição Federal<sup>5</sup> estabelece o Júri como cláusula pétreia, garantia trazida no art.5º XXXVIII e, portanto, direito fundamental dos indivíduos. Trata-se de proteção trazida pelo constituinte originário e qualquer tipo de lesão ou restrição deve ser terminantemente evitada. Cabe destacar que o mais importante de compreender o Tribunal do Júri como uma garantia ao indivíduo é assegurar que esse deve ser usado em seu favor.

---

<sup>5</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2015.



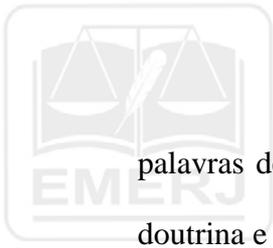
A soberania dos veredictos, princípio previsto na alínea do supracitado artigo, significa que as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença devem ser a máxima expressão do julgamento, de modo que nenhum Tribunal ou juiz togado deve avançar em suas decisões.

Contudo, não existe princípio absoluto, de modo que todos precisam ser compatibilizados, pois possuem *status* constitucional. Dessa forma, sendo o Júri uma garantia constitucional assegurada aos indivíduos, diante de qualquer conflito de princípios existente, a melhor solução sempre deve levar em conta aquela que melhor proteja o indivíduo.

A *reformatio in pejus* está vinculada aos casos de interposição de recurso exclusivamente da defesa, visto que se trata de um desdobramento das garantias fundamentais da defesa e um limitador ao exercício punitivo. Decorre do direito de defesa, pois o réu deve ter a segurança de que não poderá ter sua pena agravada, caso apenas ele recorra, consoante prevê o art. 617 do Código de Processo Penal.

A *reformatio in pejus* adquire grande importância em uma sociedade em que o Estado de Direito vigora e que pretende ser garantista. Ressalta-se que é imponderado possibilitar que uma decisão seja reformada para prejudicar a situação do réu, diante de um recurso exclusivo da defesa. Isso porque o réu, frente à temeridade de ter sua situação piorada, poderia se contentar com alguma arbitrariedade. Nesse caso, o réu sob a possibilidade de ser prejudicado poderia optar por não recorrer, o que atacaria frontalmente seu direito fundamental à ampla defesa.

Assim sendo, diante de um recurso exclusivo do réu, com anulação do julgamento condenatório proferido pelo Tribunal do Júri, não é possível entender que o segundo julgamento conceberia uma pena superior àquela que foi determinada pelo primeiro julgamento, pois “a plenitude de defesa seria arrasada pela soberania dos veredictos”, nas



palavras de Nucci<sup>6</sup>. Todavia, tal posição não é unânime e se mostra polêmica no campo da doutrina e jurisprudência, como é apresentado a seguir.

### 3. A CONTROVÉRSIA NO ÂMBITO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Para tentar compatibilizar a soberania dos veredictos e a vedação à *reformatio in pejus* indireta, alguns doutrinadores como Nucci<sup>7</sup>, sustentam que os jurados do segundo julgamento estão livres para julgar da maneira que bem entenderem, segundo sua própria convicção. Porém, o juiz togado no momento da aplicação da pena obrigatoriamente deverá respeitar a pena aplicada no primeiro julgamento. Nesse sentido, a decisão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>8</sup> assevera:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Artigo 121, §2º, II e IV, c/c artigo 14, II, ambos do Código Penal. Desaforamento requerido pelo Ministério Público após sentença de pronúncia, em relação ao qual a Defesa obteve ordem de habeas corpus do E. Superior Tribunal de Justiça, para anular o processo a partir do desaforamento. Paciente que restou condenado na pena de 8 anos de reclusão, antes da decisão de anulação do desaforamento, sentença com a qual o Ministério Público se conformou, não interpondo recurso. Decisão que extinguiu a punibilidade do crime pela ocorrência da prescrição, tendo como base a pena acima estabelecida, ante a impossibilidade da *reformatio in pejus* indireta. Decisum que não merece reforma. Não obstante a soberania dos veredictos emanados pelo Tribunal do Júri, protegidos pela Constituição da República, não haveria amparo à imposição de pena maior ao réu em novo julgamento, decorrente de anulação do processo provocada por recurso da Defesa, como in casu ocorreu, se da sentença que fixou a pena não se irressignou a acusação, importando salientar, que mesmo que o corpo de jurados viesse a reconhecer qualificadora não admitida no primeiro julgamento, a pena não poderia extrapolar ali fixada. Recurso desprovido.

Para essa posição, os jurados estão livres para decidirem, de modo que podem inclusive entender pela existência de uma qualificadora, porém no momento de aplicação da pena pelo juiz presidente, esse obrigatoriamente deveria aplicar pena igual ou menor ao da decisão anulada pelo Tribunal.

---

<sup>6</sup>NUCCI, op. cit., p.38.

<sup>7</sup>Ibid, p.38.

<sup>8</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão n. 0020047-90.2000.8.19.0001. Relatora: Des. Kátia Maria Amaral Jangutta. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004602F756AF7D17BC44AA11CD0B759CEAF40C423074B40&USER=>>>. Acesso em: 20 jun. 2015.



Há juristas que não concordam com tal solução, sob o argumento de que ela equivaleria à aniquilação do princípio da soberania dos veredictos, pois ela desconsideraria que os jurados quisessem aplicar uma pena mais grave ao réu. Essa é a posição do jurista Walfredo Cunha Campos<sup>9</sup>, por exemplo. Esse autor sustenta que somente no caso de os jurados do segundo julgamento decidirem exatamente da mesma forma que os jurados anteriores, estaria o juiz togado vinculado, e não poderia aplicar pena maior, pois a esse juiz se aplicaria a vedação da *reformatio in pejus*. Caso os jurados do segundo Tribunal do Júri decidam de forma distinta, por exemplo, reconhecendo uma qualificadora antes desconsiderada, a pena a ser aplicada pelo juiz presidente deve respeitar essa decisão posterior. Isso porque, nesse caso, não haveria a aplicação do art. 617, CPP, pois na visão de Campos<sup>10</sup> prevaleceria a soberania dos veredictos. Tal posicionamento já foi adotado pelo STF, que não mais entende dessa forma, mas é o entendimento alguns Tribunais de Justiça como o de Minas Gerais e o de São Paulo e caracteriza o posicionamento da 5ª Turma do STJ<sup>11</sup>, como se segue:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. TRIBUNAL DO JÚRI. JUIZ-PRESIDENTE. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. DOIS JULGAMENTOS. VEREDICTOS DISTINTOS QUANTO À INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA SURPRESA NO PRIMEIRO E POR HOMICÍDIOSIMPLES NO SEGUNDO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS TODAS FAVORÁVEIS NO PRIMEIRO JULGAMENTO. NEGATIVIDADE DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO NO SEGUNDO. AGRAVAÇÃO DA PENA-BASE POR ESTE MOTIVO. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA PARA PIOR. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA.

1. Nos termos da jurisprudência firmada por este Superior Tribunal de Justiça, o princípio da non reformatio in pejus não pode ser aplicado para limitar a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, assim, anulado o primeiro julgamento por recurso exclusivo da defesa, é possível, em tese, caso seja alcançado um veredito diferente do primeiro, ser agravada a pena imposta ao condenado.

Precedentes.

---

<sup>9</sup>CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do Júri: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9-10.

<sup>10</sup>Ibid, p.10.

<sup>11</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, HC n.174564/RS. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22186928&num\\_registro=201000979448&data=20120801&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22186928&num_registro=201000979448&data=20120801&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 20 jun. 2015.



2. A regra do art. 617 do CPP vale, contudo, para o Juiz-Presidente, responsável pela dosagem da sanção penal, a quem está vedado agravar a situação do réu em um segundo julgamento, ocorrido por força de recurso exclusiva da defesa. Precedentes.

No mesmo sentido, Tourinho Filho<sup>12</sup> acredita que o juiz presidente apenas estaria vinculado à aplicação de pena igual ou inferior ao da decisão anulada no caso de os jurados terem mantido o entendimento anterior, pois o art. 617, CPP seria aplicado apenas a ele, e não aos jurados. Para o respeitável autor, não haveria justificativa para que o Juiz-Presidente, em um caso em que os jurados do segundo julgamento decidiram de maneira semelhante aos do primeiro, aplicasse uma pena superior, pois no seu entendimento a soberania é da decisão proferida pelos jurados e não da pena aplicada pelo Juiz-Presidente. Nas palavras do autor:

[...] a nosso juízo, em face da soberania dos veredictos, pode o Conselho de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu. Por exemplo: acolher qualificadora antes não reconhecida; condenar por homicídio simples, quando no julgamento anterior foi reconhecido o privilegiado. Do contrário a norma infraconstitucional estaria se sobrepondo à Lei Fundamental que confere liberdade ao Conselho de Sentença, cuja decisão, por ser de consciência é sigilosa<sup>13</sup>.

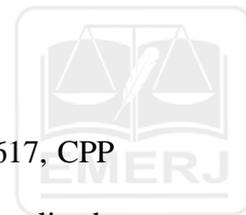
Mirabete<sup>14</sup> comunga do mesmo posicionamento, por entender que não cabe a uma limitação legal retirar a liberdade de julgar dos jurados da forma que bem entenderem. Assim, para o autor, caso os jurados entendessem, por exemplo, pela presença de alguma qualificadora não reconhecida pelos jurados anteriores, seria viável a aplicação de pena superior. Ou seja, na sua visão, a vedação da *reformatio in pejus indireta* seria um impedimento legal, ao passo que a soberania dos veredictos seria constitucional, e por uma questão de hierarquia esta deveria prevalecer sobre aquela. Contudo, despreza o caráter constitucional da vedação à *reformatio in pejus* indireta, estritamente ligada à ampla defesa do réu.

---

<sup>12</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 440-441.

<sup>13</sup> *Ibid*, p.441.

<sup>14</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 713-71.



Para Mirabete<sup>15</sup>, da mesma forma que entende Tourinho<sup>16</sup>, também o art. 617, CPP seria aplicado somente ao Juiz-Presidente, de modo que este estaria vinculado à pena aplicada anteriormente apenas no caso de julgamento idêntico pelos novos jurados.

Contudo, permitir o agravamento da situação do réu, quando apenas este recorre comunga com as bases fascistas em que o CPP foi criado, inspirado na legislação processual italiana da década de 30, e não com a era constitucional em que vivemos hoje. Afinal, atualmente todos os institutos processuais buscam suas bases na Constituição, sendo o direito processual o direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Trata-se de uma questão que precisa ser analisada sob o enfoque, sobretudo, do contraditório e da ampla defesa, pois até mesmo o Ministério Público se deu por satisfeito com a decisão e não recorreu não se mostra razoável e justo supor que o réu ao fazê-lo poderá ter sua pena agravada.

A 2ª Turma do STF atenta às garantias constitucionais trazidas pelo artigo 5º, sobretudo do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e presunção de inocência, considera que o acusado não pode ter sua situação agravada, mesmo que diante do segundo julgamento os jurados reconheçam alguma situação que prejudique a situação do réu e não discutida pelos primeiros jurados, conforme julgado unânime da sua 2ª Turma<sup>17</sup>

AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Tribunal do Júri. Três julgamentos da mesma causa. Reconhecimento da legítima defesa, com excesso, no segundo julgamento. Condenação do réu à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto. Interposição de recurso exclusivo da defesa. Provimento para cassar a decisão anterior. Condenação do réu, por homicídio qualificado, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, no terceiro julgamento. Aplicação de pena mais grave. Inadmissibilidade. Reformatio in peius indireta. Caracterização. Reconhecimento de outros fatos ou circunstâncias não ventilados no julgamento anterior. Irrelevância. Violação conseqüente do justo processo da lei (due process of law), nas cláusulas do contraditório e da ampla defesa. Proibição compatível com a regra constitucional da soberania relativa dos veredictos. HC concedido para restabelecer a pena menor. Ofensa ao art. 5º, incs. LIV, LV e LVII, da CF. Inteligência dos arts. 617 e 626 do CPP. Anulados o julgamento pelo tribunal do júri e a correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação,

<sup>15</sup> Ibid, p. 770.

<sup>16</sup> TOURINHO, op. cit., p. 441.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n.89544. Relator:Ministro Cezar Peluso. Diponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4128305/habeas-corpus-hc-89544-rn>>. Acesso em: 12 ago. 2015.



não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não ventilada no julgamento anterior.

Portanto, a 2ª do STF entendeu que tal restrição à aplicação do princípio da vedação a *reformatio in pejus* indireta apenas aos casos em que o conselho de sentença julgasse de maneira semelhante, acabaria por aniquilar, na prática, a ampla defesa, já que o condenado temeria recorrer. Ademais, sustentou-se que o conselho de sentença decide sempre como lhe convier, ao passo que o juiz presidente do tribunal do júri, ao fixar a pena, estaria obrigado a observar o máximo da reprimenda imposta ao réu no julgamento anterior.

Enfim, em um Estado de Direito, em que se presa pelas garantias individuais, agravar a pena do réu, quando há apenas recurso da defesa, mostra-se inconcebível, mesmo que no âmbito do Tribunal do Júri. Uma garantia individual, qual seja, a de ser julgado por seus pares não pode ser usada em detrimento do cidadão, sob o argumento de privilegiar a soberania dos veredictos. Portanto, caracterizaria um verdadeiro contrassenso já que uma garantia individual estaria sendo usada contra o indivíduo.

## CONCLUSÃO

É imperativa a uniformização da jurisprudência no âmbito dos tribunais superiores, no sentido de adotar posição mais consentânea com a era constitucional em que vive a sociedade brasileira. Em outras palavras, fundamental estabelecer como padrão a posição que não vislumbra possível que o réu tenha sua situação agravada quando apenas esse decide recorrer, por acreditar inadequada a decisão realizada.

Em um estado de Direito, os recursos são mecanismos de extrema importância e legitimam as próprias ações estatais, tendo em vista que são instrumentos colocados nas mãos dos cidadãos quando esses discordarem das decisões. Simultaneamente, tais procedimentos possibilitam uma segunda análise do tema por novos julgadores.



Assim, mostra-se ilegítimo colocar como possibilidade o agravamento da pena, quando apenas a defesa recorre e até mesmo o Ministério Público já se contentou com o julgamento.

É imprescindível superar o momento fascista em que o CPP foi criado e adequar os institutos à realidade processual atual, qual seja, aquela que busca todos os seus fundamentos na Constituição Federal.

Ademais, é imperiosa a lembrança de que a soberania dos veredictos é uma garantia ao próprio cidadão, constituindo-se na certeza de que será julgado por seus pares. A posição que sustenta que tal garantia poderia ser usada em detrimento do próprio indivíduo é completamente desarrazoada, pois seria uma verdadeira subversão da lógica das garantias individuais. Isso que ocorre quando se permite que, diante de um novo Júri, em um segundo julgamento, possa agravar a situação do réu, mesmo quando somente a defesa havia se oposto à primeira decisão. A soberania dos veredictos deve ser interpretada em benefício do réu, de modo a imperar a vedação da *reformatio in pejus indirecta*.

Conclui-se que em um Estado de Direito, como o que caracteriza o Brasil, nos dias atuais, que pretende ser garantista é no mínimo temerário possibilitar que uma decisão seja reformada para prejudicar a situação do réu, diante de um recurso exclusivo da defesa. De outra forma, o fato de o réu saber que sua situação pode ser piorada gera o temor de recorrer, o que atinge seu direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.

Portanto, conclui-se que deve ser adotada por toda a jurisprudência a posição do Supremo Tribunal Federal que entende que os jurados do segundo julgamento estão livres para decidirem da maneira como entenderem correto. Contudo, o juiz togado, no momento da aplicação da pena e demais consequências processuais, estaria necessariamente vinculado à decisão do primeiro julgamento, sob pena de grave violação à vedação da *reformatio in pejus indirecta*.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, HC n.174564/RS. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22186928&num\\_registro=201000979448&data=20120801&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22186928&num_registro=201000979448&data=20120801&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 20 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n.89544. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4128305/habeas-corpus-hc-89544-rn>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão n. 0020047-90.2000.8.19.0001. Relatora: Des. Kátia Maria Amaral Jangutta. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004602F756AF7D17BC44A A11CD0B759CEAF40C423074B40&USER=>>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do Júri: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2014.

FETZNER, NéliL. C. (Coord.). *Normas para a elaboração e a apresentação dos trabalhos de conclusão de curso*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: crimes e processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal*, v. 4, 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



## Audiência de custódia na prisão em flagrante: possibilidade de aplicação imediata?

Paula do Amaral Ferraz Rodrigues

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduada em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes.

**Resumo:** O objetivo do trabalho é demonstrar a efetividade da implantação da audiência de custódia, mediante a aplicabilidade dos Decretos 678 e 592, ambos ratificados pelo Brasil em 1992, cujo indivíduo apreendido deverá ter o contato com o juiz, no prazo de 24h após a prisão em flagrante, com o objetivo precípuo de garantia do controle judicial das prisões provisórias, mediante a análise da legalidade, necessidade e adequação da continuidade da prisão, bem como a concessão da liberdade ou a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. A essência do trabalho é demonstrar que, com a implantação da audiência de custódia, além proporcionar ao preso em flagrante um primeiro contato com o juiz, haverá uma grande redução do número de presos preventivos, razão pela qual o Estado deixará de gastar milhões na manutenção destes apenados, possibilitando investir em outras áreas deficientes de políticas públicas, tais como a saúde e educação.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Prisão provisória. Audiência de Custódia.

**Sumário:** Introdução. 1. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. 2. Requisitos da Prisão Cautelar. 3. Efetividade da Audiência de Custódia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo debater o tema acerca da obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, a qual está prevista, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, respectivamente introduzidos no ordenamento jurídico pátrio pelos Decretos 592/92 e 678/92, mas não, no Código de Processo Penal.

O tema central da discussão surgiu diante da inédita decisão no *Habeas Corpus* n. 0064910-46.2014.8.19.0000 de relatoria do Desembargador Luiz Noronha Dantas, da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no dia 25 de janeiro de 2015, uma vez que foi determinada a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente,



que havia sido preso por tráfico ilícito de entorpecentes, sob o argumento da não realização da audiência de custódia, em consonância com o artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), à qual o Brasil se vinculou em 1992, bem como ao artigo 9, número 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Decreto 592/92.

De outro lado, há o Projeto de Lei do Senado Federal n. 554/2011, que propõe alterar o artigo 306, §1º do Código de Processo Penal, que trata da audiência de custódia, sendo que o Conselho Nacional de Justiça propôs um substitutivo em que amplia o projeto, entendendo que a audiência de custódia reduzirá o número de presos que teve o seu flagrante convertido em prisão provisória.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a forma como os tratados internacionais entram no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo tem por objetivo apresentar a efetividade quanto à aplicação dos Tratados Internacionais que versem sobre a audiência de custódia, e vigente no ordenamento jurídico desde 1992 quando o Brasil aderiu a eles, uma vez que havendo o primeiro contato com o Magistrado após 24h da prisão em flagrante, será possível analisar primeiramente a legalidade e necessidade da prisão ou aplicar outras medidas cautelares, bem como, analisar a ocorrência de maus tratos ou tortura.

O terceiro capítulo destina-se a analisar os requisitos da prisão cautelar e, conseqüentemente, demonstrar que mediante a realização da audiência de custódia, tais requisitos, que muitas vezes são analisadas no curso da instrução processual, poderão ser analisados rapidamente após 24h da prisão em flagrante.

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

## 1. DE QUE FORMA OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS ENTRAM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual é conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi adotada no âmbito da Convenção dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, e entrou em vigor internacionalmente no dia 18 de julho de 1978, sendo que o Brasil a ratificou em 25.09.1992 através da Carta de Adesão a esta Convenção e, através do Decreto n. 678, entrou em vigor na data de sua publicação, 6 de novembro de 1992. Também no ano de 1992, o Brasil aderiu ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem quaisquer reservas, através do Decreto n. 592, de 06.07.92.

Com relação à inserção do Pacto no ordenamento jurídico brasileiro, afirma o professor brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>1</sup>, Juiz e ex- Presidente da Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, que:

[...] se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo e ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais nele garantidos, consoante art. 5 (2) e 5 (I) da Constituição de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. [...]

Assim, por força do que dispõe o art. 5, § 1º, da CRFB/88, é assegurada a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, cujo Pacto de São José da Costa Rica tem por objeto direitos e garantias, razão pela qual conclui-se que as suas normas demandam aplicação imediata.<sup>2</sup>

No que tange aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, é necessário dizer que a EC n. 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5, CRFB/88,<sup>3</sup> utiliza a

<sup>1</sup> ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. Brasília, vol. 46, n. 182, p. 27-54, jul/dez/93.

<sup>2</sup> CUNHA, José Sebastião Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O Processo Penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 50.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 04 set. 2015.



expressão “equivalente” pelo fato de que não há poder constituinte fora do Estado. Além disso, direitos humanos não podem ser emendados, por serem cláusulas pétreas, podendo sim ser ampliados.

Ressalte-se que foi a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP<sup>4</sup>, (Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3.12.2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009, com repercussão geral) o qual resolveu acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

O voto que prevaleceu foi o do Ministro Gilmar Mendes o qual afirma o status supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, estando numa situação intermediária entre a norma constitucional e a legal. Como não possuem o status constitucional, não podem alterar a Constituição, uma vez que a finalidade é tornar inaplicáveis as normas legais com eles conflitantes.

Assim, é a expressão “efeito paralisante” adotada pelo Min. Gilmar Mendes, o qual alega que pelo fato de haver o caráter especial dado aos tratados internacionais sobre direitos humanos, ocorrerá a paralisação da eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Logo, se os dois Pactos acima citados, considerados “equivalentes” à emenda constitucional (§3º, art. 5, CRFB/88) possuem previsão expressa da audiência de custódia, sendo um direito subjetivo e fundamental do preso, este direito individual petrificado, conforme art. 60, §4º, IV, CRFB/88, deve ser interpretado de forma ampla a fim de englobar todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos individuais de maneira estrita.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em: 04 set. 2015.

<sup>5</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Processo penal e Constituição*. Princípios Constitucionais do Processo penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 184.



Saliente-se que Valério Mazzuoli<sup>6</sup> sustenta o status constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 5, § 2º, CRFB/88, razão pela qual a Convenção Americana de Direitos Humanos seria um paradigma de controle da produção e aplicação normativa.

Logo, com relação à audiência de custódia, o controle de convencionalidade se aplica a fim de que as leis ordinárias, mais especificamente o CPP, se adequem e cumpram as garantias delimitadas nos dois pactos acima mencionados.

Vale ressaltar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, de acordo com o §1º, art. 5, CRFB/88, as quais estão incluídas no rol das cláusulas pétreas, impedindo a supressão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do Poder Constituinte Derivado.<sup>7</sup>

Assim, diante da aplicação das normas do Código de Processo Penal, os Magistrados deverão observar não só a conformidade das normas infraconstitucionais com a CRFB/88 mas também, a convencionalidade da lei a ser aplicada, ou seja, deverá ser observada se norma legal está em conformidade com a Convenção Americana sobre Direito Humanos, bem como ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, pelo fato de a Constituição não ser o único parâmetro de controle das leis ordinárias.

---

<sup>6</sup> “No nosso entender, os tratados internacionais comuns ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (por não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que estes ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação. A um resultado similar se pode chegar aplicando o princípio - hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais - da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 89, n. 889, nov. 2009, p. 109)

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 79.



## **2. OS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA, OBRIGATORIAMENTE, DEVERIAM APLICAR OS DECRETOS N. 592/92 E 678/92, QUE SÃO MAIS GARANTIDORES QUE O CPP, SEM A NECESSIDADE DE UMA LEI ESPECÍFICA?**

A audiência de custódia significa que dentro de 24 horas da ocorrência do flagrante, o juiz entreviste o preso e ouça as manifestações do seu advogado ou da Defensoria Pública, além do Ministério Público. O objetivo do contato com o Magistrado nesse primeiro momento é analisar a legalidade e necessidade da prisão, podendo relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos contidos no art. 321, 312, ambos do CPP e também 282, I e II, CPP caso haja necessidade e adequação ou conceder a liberdade provisória com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, requisitos estes contidos no art. 310 do CPP. Também poderá avaliar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos.

O projeto piloto de implantação das audiências de custódia ocorreu em São Paulo, por meio do Provimento Conjunto n. 3/2015, cujo início se deu em 24 de fevereiro de 2015, que contou com o apoio do Conselho Nacional de Justiça, TJ/SP e Ministério da Justiça, com o objetivo de cumprir o que consta expressamente nos tratados internacionais em que o Brasil comprometeu-se a impedir a demora na análise da situação de presos. Inclui também a criação de centrais de penas alternativas, de monitoramento eletrônico, de serviços e assistência social e de Câmaras de mediação penal.

Ademais, o projeto possui resistência de muitos Magistrados, do Ministério Público Estadual e dos Delegados de Polícia, tanto é que foi ajuizada uma ADI 5240 em fevereiro de 2015, pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL, que tem como relator o Ministro Luiz Fux, sob o argumento de que a audiência de custódia é uma inovação jurídica, possuindo uma inconstitucionalidade direta, material e formal, uma vez que necessariamente deve estar prevista no Código de Processo Penal pois tal matéria é competência legislativa do Congresso Nacional, e também, que a audiência de custódia repercute nos interesses



institucionais dos Delegados de Polícia, cujas atribuições são determinadas pela CRFB/88 no artigo 144, § § 4º e 6º.

Assim, no dia 20 de agosto de 2015, o Pleno do STF, por maioria, e nos termos do voto do Relator Ministro Luiz Fux, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido, cuja publicação ocorreu em 01 de setembro de 2015<sup>8</sup>.

De acordo com a matéria veiculada no site Consultor Jurídico, do dia 24 de março de 2015<sup>9</sup>, um mês após a implantação das audiências de custódia em São Paulo, foram atendidos ao menos 428 presos em flagrante no período e soltaram 40% desse total. Tais dados incluem os atendimentos até o dia 23 de março de 2015.

Tais iniciativas são pontuais e regionalizadas, no entanto, do ponto de vista legislativo, há um Projeto de Lei no Senado Federal n. 554/2011, com um substitutivo do CNJ, que propõe alterar o §1º do artigo 306, do Código de Processo Penal, para incorporar a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa ao juiz, no prazo de 24 horas, em audiência de custódia, *verbis*:

Art306.....

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4711319>>. Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>9</sup> Audiências de custódia libertam 40% dos presos em flagrante em um mês. *Revista Consultor Jurídico*, 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/audiencias-custodia-libertam-40-presos-flagrante-mes>>. Acesso em: 04 set. 2015.



autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Apesar de previsto expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos acerca da obrigatoriedade da apresentação de toda pessoa presa em flagrante em juízo, “sem demora”, o Brasil é um dos poucos países da América Latina a desrespeitar a norma internacional com status de supralegalidade conferido pelo STF.

Em 25 de janeiro de 2015, houve uma decisão inédita proferida pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro da lavra do Desembargador Luiz Noronha Dantas, ao apreciar liminarmente o Habeas Corpus n. 0064910-46.2014.8.19.0000, em que foi determinada a expedição do alvará de soltura ao Paciente, o qual estava preso por tráfico de drogas, pelo fato de o juiz de primeira instância ter negado a realização da audiência de custódia, cujo Desembargador taxou a decisão de absurda e teratológica.

Conforme a decisão, o fato de não conter expressamente no Código de Processo Penal acerca da audiência de custódia, não pode servir de justificativa para a omissão estatal. Sustenta Nereu Giacomolli<sup>10</sup> que uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário.

Saliente-se que os dados do último diagnóstico de pessoas presas no Brasil do Conselho Nacional de Justiça<sup>11</sup>, de junho de 2014, registraram 563.526 presos, cujo Brasil é o quarto país com a maior população carcerária do mundo. Assim, os Tratados Internacionais

---

<sup>10</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal* – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

<sup>11</sup>CNJ. Disponível em: < [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf) >. Acesso em: 04 set. 2015.



sobre Direitos Humanos deveriam ser aplicados na sua integralidade, mesmo ausente alguma norma sobre certo assunto, em uma lei infraconstitucional federal.

A audiência de custódia já se encontra incorporada nas legislações internas de alguns países da América Latina, tais como na Argentina (art. 286 do Código de Processo Penal federal), no Chile (art 131 da Lei 19.696/00), na Colômbia (art 2 da Lei 906/2004), no México (art. 193 do Código Federal de Procedimientos Penales).

Com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, que ampliou o rol das medidas cautelares, deixando ao livre arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei, nada dispôs sobre a audiência de custódia. Assim, deveriam os Magistrados e os Tribunais de Justiça, obrigatoriamente, aplicar os Tratados Internacionais que versam a respeito da audiência de custódia, que são mais garantidores que o CPP, sem a necessidade de uma lei específica versando sobre tal audiência?

Ressalte-se que o projeto piloto implantado no TJ/SP, representa um marco na história da defesa dos direitos humanos no país uma vez que além de constar expressamente nos Pactos Internacionais desde 1992, tais direitos subjetivos das pessoas presas em flagrante estão sendo suprimidos há mais de 20 anos sob um argumento positivista sem fundamentação. A falta de previsão nesse sentido em norma de direito interno, não é óbice para a plena aplicabilidade da medida.<sup>12</sup>

### **3. DIANTE DA PREVISÃO DO ARTIGO 282, INCISOS I E II DO CPP, A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO É A MAIS DESEJÁVEL PARA QUE O MAGISTRADO POSSA DECIDIR DE FORMA FUNDAMENTADA NA DECISÃO, ACERCA DA NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO?**

A Constituição Federal, em seu artigo 5, XV, estabelece, como direito fundamental do indivíduo, a liberdade de locomoção em todo o território nacional, ou seja, a regra é a liberdade, a exceção é a sua privação nos termos da lei.

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 178.



O objetivo da audiência de custódia é o contato com o juiz no prazo de 24h após a prisão em flagrante, iniciativa esta que encontra respaldo em normas internacionais, com o objetivo precípua de garantia do controle judicial das prisões provisórias, mediante a análise da legalidade e necessidade, bem como combate à tortura. Também visa a assegurar o acesso imediato à garantia da jurisdição, a possibilidade de defesa, e até melhores condições de eficácia das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP), tendo em vista que havendo o contato direto e pessoal do imputado, poderá o Magistrado aferir a cautelar mais adequada.

Saliente-se que, atualmente, prevê o CPP no seu art. 310, *caput*<sup>13</sup>, o encaminhamento ao juiz do auto de prisão em flagrante, a fim de relaxar a prisão ilegal, analisar a necessidade e legalidade da medida cautelar, conforme requisitos do art. 312, CPP, mediante a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Para a ocorrência das prisões cautelares, as quais tutelam uma situação fática, provisionalidade, e devem sempre ser fundamentadas, sendo que um dos princípios que regem as cautelares é o da presunção de inocência, é relevante que haja dois requisitos fundamentais, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e/ou *periculum libertatis*, sendo estes os suportes fáticos legitimadores da medida. Deverá também ser observada a necessidade de aplicação da lei penal, a adequação e proporcionalidade da medida à gravidade do crime, conforme art. 282, incisos I e II, CPP, bem como a temporariedade da prisão cautelar, para que não assumam contornos de pena antecipada e violação da presunção de inocência, uma vez que o indivíduo preso deve ser tratado como sujeito de direitos.

A prisão preventiva ou quaisquer das medidas alternativas poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os

<sup>13</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 17 set. 2015.



motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas, desde que surja a necessidade.

Afirma Luigi Ferrajoli que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e retribuição. Ademais, diz o autor, se fosse verdade que elas não têm natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades e não só como é hoje, e que o preso cautelar está em situação pior do que a do preso definitivo, pelo fato de não haver regime semiaberto ou saídas temporárias.<sup>14</sup>

Destaque-se que a Lei n. 12.403/2011 apresenta dois campos de modificações, quais sejam, que sejam preestabelecidos limites para a ocorrência do estabelecimento inicial da prisão preventiva, bem como a adoção, sob o rótulo de prisão preventiva, de alguma disciplina para as verdadeiras “prisões para averiguações”.<sup>15</sup>

Assim, a implantação da audiência de custódia será muito importante ao direito de defesa e ao contraditório. Esse, é um dos princípios mais caros do processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que sua inobservância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo ao acusado.<sup>16</sup>

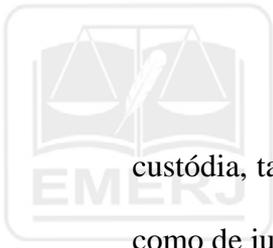
Vive-se, atualmente, em uma realidade de superlotação dos estabelecimentos prisionais, cujo valor do preso para o Estado é em torno de R\$ 2.000,00 a R\$ 3.000,00 mensais<sup>17</sup>, em que o indivíduo permanece detido por muitos meses, sem sequer ter o primeiro contato com o juiz. E o fato de não conter expressamente no CPP acerca da audiência de

<sup>14</sup> LOPES JÚNIOR, Aury *apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 792.

<sup>15</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual – comentários à Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 93.

<sup>16</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 43.

<sup>17</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro (agosto de 2015). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-sistema-carcerario-brasileiro/documentos/outros-documentos>>. Acesso em: 16 set. 2015. p. 72.



custódia, tal argumento não pode servir para que haja dificuldade na sua implementação, bem como de justificativa para a omissão estatal.

Conforme Ana Paula de Barcellos, *ex vi*:

[...] No Brasil, porém, a violação não é a exceção: é a regra geral. Não se trata de um desvio episódico ou localizado, mas do padrão geral observado no país como um todo. O tratamento adequado eventualmente conferido a um preso é que constitui a exceção. [...] <sup>18</sup>

De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil encontra-se em quarto lugar no ranking dos 10 países com a maior população prisional, ficando atrás dos Estados Unidos (primeiro lugar: 2.228.424 presos), China (segundo lugar: 1.701.344 presos) e Rússia (terceiro lugar: 676.400).<sup>19</sup>

Ressalte-se que o relatório final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro, finalizado em agosto de 2015, chegou à conclusão de que, tendo em vista que 41% da população carcerária é composta por presos provisórios, uma das medidas a fim de reduzir o número de prisões provisórias desnecessárias, é mediante a implantação da audiência de custódia em todos os Tribunais<sup>20</sup>. Conseqüentemente, poderá resultar em uma economia de R\$ 4,3 bilhões, valor este que poderá ser aplicado em educação, saúde, transporte público, e outros serviços, de acordo com a estimativa do Presidente do STF e CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski.<sup>21</sup>

Aduz o jurista e Desembargador Paulo Rangel<sup>22</sup>, *verbis*:

[...] No Brasil a prisão preventiva foi banalizada. Pessoas que deveriam estar soltas foram presas desnecessariamente. Outras, que deveriam estar presas, permaneceram soltas, inexplicavelmente, durante o processo. Para tanto, a lei exige a demonstração da necessidade e da adequação da medida, sob pena de ilegalidade em sua adoção. [...]

<sup>18</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* n° 254, 2010. p. 45. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862> >. Acesso em: 17 set. 2015.

<sup>19</sup> CNJ. Disponível em: < [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf) >. Acesso em: 04 set. 2015. Acesso no dia 02 jun. 2015.

<sup>20</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro (agosto de 2015). Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-sistema-carcerario-brasileiro/documentos/outros-documentos> >. Acesso em: 16 set. 2015. p. 177.

<sup>21</sup> CNJ. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79916-pais-pode-economizar-r-4-3-bi-com-audiencia-de-custodia-diz-lewandowski> >. Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.29

O direito à liberdade, como um dos principais direitos humanos fundamentais, somente pode ser cerceado, de maneira legítima, quando houver a aplicação da prisão-pena, fruto de condenação, com trânsito em julgado<sup>23</sup>. E, em situações excepcionais, pode-se decretar a prisão.

Logo, não há motivos para a não realização da audiência de custódia, visto que além garantir o direito público subjetivo<sup>24</sup> do direito de defesa, tem como objetivo humanizar o processo penal, e cumpre a norma expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos, que não pode ser desprezada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, o objetivo também será o de que haja a redução das injustiças das prisões, a fim de que uma pessoa inocente não aguarde meses para ter o primeiro contato com o magistrado, na AIJ, especificamente em seu interrogatório, e que não espere anos para o seu julgamento, em decorrência do excesso de burocracia e acúmulo de processos do Judiciário.

Ressalte-se que no dia 27 de maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL ajuizou a ADPF com pedido de concessão de medida cautelar n. 347 no STF<sup>25</sup>, representado pelos advogados que integram a Clínica UERJ Direitos, dentre os quais subscrevem a presente está o Doutor Daniel Sarmiento, com o objetivo de se obter melhores condições ao sistema carcerário no Brasil. O ilustre jurista sustentou a tese de “estado de coisas inconstitucional” para justificar as várias violações aos preceitos fundamentais relacionadas ao sistema carcerário e, dentre as medidas cautelares requeridas está o reconhecimento da aplicabilidade dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias.

---

<sup>23</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.790

<sup>24</sup> CARVALHO. op cit., p. 147.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560> >. Acesso em: 04 set. 2015.



Assim, em 09 de setembro de 2015, a liminar pleiteada foi deferida em parte pelo Plenário do STF, por maioria, e nos termos do voto do Ministro Relator Marco Aurélio, para determinar a realização da audiência de custódia, em até noventa dias, decisão esta que foi publicada no dia 14 de setembro de 2015.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no dia 26 de agosto de 2015, publicou a Resolução TJ/OE/RJ n. 29/2015<sup>26</sup> com o objetivo de regulamentar e criar condições para a implementação do direito do preso a uma audiência de custódia, cujo evento de adesão à realização das audiências de custódia ocorrerá no dia 18 de setembro de 2015, no Plenário do Órgão Especial do TJ/RJ, contando com a presença do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski.

Logo, mediante as informações acima elencadas, constata-se uma grande efetividade na implementação das audiências de custódia em todos os Tribunais do Brasil, a fim de haja a redução da população carcerária, em que muitos acusados encontram-se encarcerados provisoriamente, sem nenhuma condenação em seu desfavor e sem nenhuma previsão para que haja o seu primeiro contato com o Magistrado e poder exercer o seu direito constitucional de defesa, que é na AIJ, em seu interrogatório.

## CONCLUSÃO

A implementação da audiência de custódia tem por objetivo ajustar o processo penal aos tratados internacionais de direitos humanos, mediante a redução das prisões ilegais e o encarceramento em massa no país, com a consequente economia aos cofres públicos.

Conforme dados contidos no site do CNJ, em junho de 2014, existem quase 600 mil presos encarcerados no Brasil, contendo um déficit de vagas no sistema, de 206.307 vagas e capacidade do sistema para 357.219 vagas, estando o Brasil no terceiro lugar do ranking dos

---

<sup>26</sup> BRASIL. Resolução TJ/OE/RJ n. 29/2015. Disponível em: <[http:// webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html](http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html)>. Acesso em: 16 set. 2015.



países com a maior população carcerária, computadas as pessoas que estão em prisão domiciliar no Brasil, atrás apenas dos Estados Unidos e China.

Apesar de o STF ter conferido a natureza supralegal à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, há uma insegurança jurídica no ordenamento jurídico, uma vez que os Tribunais do Brasil não estão cumprindo o estipulado nos Pactos Internacionais, razão pela qual não faz sentido em ter um diploma garantidor dos direitos fundamentais no âmbito do processo penal, desprovido de aplicabilidade pelos julgadores sob o argumento de que só será aplicada a norma se prevista em lei ordinária federal.

Assim, com a implementação das audiências de custódia nos Tribunais, o Magistrado decidirá previamente e de forma fundamentada em sua decisão, antes do início da demorada instrução processual, acerca da necessidade e adequação da conversão da prisão em flagrante em preventiva, conforme artigos 312 e 282, incisos, I e II, ambos do Código de Processo penal, assegurando ao acusado as garantias fundamentais petrificadas do contraditório e ampla defesa, previstas no art. 5, LV, CRFB.

## REFERÊNCIAS

ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. Brasília, vol. 46, n. 182, p. 27-54, jul/dez/93.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* nº 254, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em: 17 set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 04 set. 2015.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Resolução TJ/OE/RJ n. 29/2015. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em: 16 set. 2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em: 04 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5240. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4711319>>. Acesso em: 04 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 04 set. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro (agosto de 2015). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-sistema-carcerario-brasileiro/documentos/outros-documentos>>. Acesso em: 16 set. 2015.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Processo penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual – comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CUNHA, José Sebastião Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O Processo Penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury *apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REVISTA Consultor Jurídico. 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/audiencias-custodia-libertam-40-presos-flagrantes>>. Acesso em: 04 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.



## POSSIBILIDADE JÚRIDICA DE REPARAÇÃO MORAL EM CASO DE ADULTÉRIO

Priscila Teixeira Moraes dos Santos

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

**Resumo:** Com as transformações na sociedade, o conceito de adultério passa por diversas alterações. No direito brasileiro, a questão do adultério foi objeto de discussão nas áreas civil e penal. Considerado como crime desde 1830, o adultério só foi descriminalizado com a Lei 11.106/05, quando passa a ser considerado somente como ilícito civil. A influência do direito penal deixa de existir, sendo a pena privativa de liberdade substituída pela possibilidade de reparação pecuniária. Diante desse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica de reparação civil em caso de adultério. Serão objetos de análise a evolução histórica do adultério no direito brasileiro e em que casos os tribunais vêm admitindo a possibilidade de reparação.

**Palavras - chave:** Direito de Família; Direito Penal; Responsabilidade Civil; Dano Moral; Adultério.

**Sumário:** Introdução. 1. A evolução histórica do crime de adultério. 2. O adultério no direito brasileiro. 3. Reflexões acerca da descriminalização do adultério. 4. Aplicação nos tribunais do dano moral em caso de adultério. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O tema dessa pesquisa científica refere-se à possibilidade de se aplicar o instituto da responsabilidade civil nas relações familiares pela infidelidade conjugal. Procura-se analisar a possibilidade de indenização por danos morais ao cônjuge que sofreu com o descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos.



Com a intensa modificação nas relações sociais ao longo da história, foram superados conceitos decorrentes de hipocrisia e preconceito. Nesse contexto, a infidelidade conjugal que era punida somente quando praticadas por mulheres, passa a ser passível de punição quando cometida por homens também.

No direito brasileiro, a questão do adultério já foi muito discutida nas áreas cível e penal. O Código Penal de 1830 adota o adultério como crime, o qual só foi descriminalizado em 2005, com o advento da Lei n. 11.106/05.

A partir daí, a conduta do adultério passa a ser considerada como um ilícito civil passível de indenização em determinados casos. O dever de fidelidade sempre foi e continua sendo protegido por nosso ordenamento jurídico.

O artigo 1.566, inciso I do Código Civil de 2002 menciona o dever de fidelidade na constância do casamento. Esse dever jurídico de fidelidade existente entre os cônjuges decorre de imposição legal. Devido ao alto grau de reprovabilidade social na conduta adúltera, o cônjuge infiel pode ser responsabilizado civilmente pelo ilícito praticado.

Dessa forma, a jurisprudência vem admitindo o dever de indenizar material e moralmente por parte do cônjuge adúltero. Mas esse dever de reparar é analisado caso a caso, somente sendo admitido em situações excepcionais.

No primeiro capítulo do trabalho será abordada a evolução histórica do crime de adultério, a origem do termo, a influencia da igreja católica, como era visto pelo direito romano e sua evolução até os dias atuais.

Após, no segundo capítulo, será analisada essa evolução à luz do direito Brasileiro, desde o Código Penal de 1830, passando por todas as alterações sofridas por esse diploma, até a sua total revogação no diploma atual.

No terceiro capítulo, serão abordadas reflexões acerca da descriminalização do adultério e as consequências geradas para o mundo jurídico e a sociedade diante de tal fato.



Por fim, no quarto capítulo, será analisado como os tribunais vêm se posicionando em torno dessa questão, a partir da revogação do crime de adultério, mas com a manutenção do dever de fidelidade na constância do casamento.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

## 1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ADULTÉRIO

O adultério é a prática da infidelidade conjugal, relacionamento com pessoa estranha à relação matrimonial. A palavra deriva da expressão latina, *ad alterum torum*,<sup>1</sup> que quer dizer "na cama do outro". Esse ato de se relacionar com terceiro na constância do casamento sempre foi visto como uma grave violação dos deveres conjugais por quase todas as civilizações da história do mundo.

Historicamente, a igreja cristã sempre defendeu a sacralização do casamento, em que as regras eram a monogamia, a indissolubilidade e a união heterossexual. A luxúria era considerada o pior dos pecados. A união conjugal era sinônimo de vida estável, voltada à reprodução, em que o amor não era movido por desejos carnis, sendo esses encarados como distúrbios. O adultério era considerado uma invasão destruidora do amor lascivo no universo estável do casamento.<sup>2</sup>

No direito romano, pela lei das doze tábuas, o ofendido podia fazer justiça com as próprias mãos. Considerava-se o adultério simultaneamente crime contra a autoridade do *pater-familias* e crime contra os bons costumes, um ataque ao direito masculino sobre o corpo

<sup>1</sup>Disponível em: <<http://dicionarioportugues.org/pt/adulterio>>. Acesso em: 26 de abril de 2015.

<sup>2</sup>BORELLI, Andrea. *Adultério e a mulher*: considerações sobre a condição feminina no direito de família. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaucho/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1676-5834/v2n4/doc/05-Andrea\\_Borelli.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n4/doc/05-Andrea_Borelli.pdf)>. Acesso em: 26 de abril de 2015.



de sua esposa. A infidelidade era somente a feminina, não se considerando adultério a infidelidade masculina. Não se admitia perdão nesse tipo de crime, devendo o cidadão repudiar a esposa.

Com a *Lex Julia Adulteris*, o adultério passou a ser punido com pena de banimento. Essa lei retira do marido o direito de matar a esposa adúltera. A repressão escapa do mundo privado para o público, pois qualquer cidadão poderia denunciar o crime. O direito romano previa penalidades tanto na área penal, como na área cível.

O adultério sempre foi, portanto, uma conduta repudiada, considerado como força destruidora. Porém, o tema sempre foi tratado com um viés diferente nos universos masculino e feminino. O discurso sempre foi no sentido de considerar o adultério masculino como um deslize aceitável. O adultério feminino sempre trouxe implicações mais graves. São mecanismos discriminatórios que pertencem à história e que precisam ser evidenciados. O conhecimento do passado permite o desenvolvimento de estratégias para a transformação do presente.

## 2. O ADULTÉRIO NO DIREITO BRASILEIRO

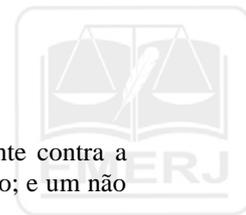
No direito brasileiro a questão já foi discutida nas áreas cível e penal. No código penal de 1830, o adultério veio inserido nos crimes contra a segurança do estado civil e doméstico. Vê-se *in verbis*:

Art. 250. A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos.

A mesma pena se imporá neste caso ao adultero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente.

Art. 252. A accusação deste crime não será permittida á pessoa, que não seja marido, ou mulher; e estes mesmos não terão direito de accusar, se em algum tempo tiverem consentido no adulterio.



Art. 253. A accusação por adulterio deverá ser intentada conjunctamente contra a mulher, e o homem, com quem ella tiver commettido o crime, se fôr vivo; e um não poderá ser condemnado sem o outro.<sup>3</sup>

Percebe-se pela leitura do artigo 250 que somente a mulher poderia cometer adultério. O homem casado comete algo que o legislador não se deu ao trabalho de nomear na esteira do artigo 251 do diploma transcrito acima. Caso se tratasse de um caso passageiro, não havia conduta passível de punição ao homem por esse diploma legal.

Pequenas alterações foram introduzidas com a publicação do Código Penal de 1890, através do decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Aperfeiçoou-se o dispositivo e a tipificação, não havendo alteração substancial. A seguir, o que passou a preceituar os dispositivos em análise inseridos no título "Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor":

Art. 279. A mulher casada que commetter adulterio será punida com a pena de prisão cellular por um a tres annos.

§ 1º Em igual pena incorrerá:

1º O marido que tiver concubina teuda e manteuda;

2º A concubina;

3º O co-réo adultero.

§ 2º A accusação deste crime é licita sómente aos conjuges, que ficarão privados do exercicio desse direito, si por qualquer modo houverem consentido no adulterio.

Art. 280. Contra o co-réo adultero não serão admissiveis outras provas sinão o flagrante delicto, e a resultante de documentos escriptos por elle.

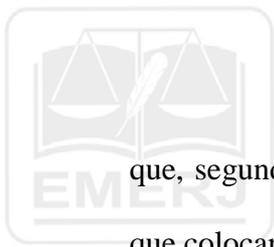
Art. 281. Acção de adulterio prescreve no fim de tres mezes, contados da data do crime.

Paragrapho unico . O perdão de qualquer dos conjuges, ou sua reconciliação, extingue todos os effeitos da accusação e condemnação.<sup>4</sup>

Pela leitura dos artigos, infere-se, pois, que o crime em discussão passa a ser tratado com pena de prisão celular de um a três anos para a mulher adúltera ou para o marido que tivesse concubina teuda ou manteuda. Nesse último caso, a legislação era coerente ao punir o homem que desviasse dinheiro da família legalmente constituída para outra, tendo em vista

<sup>3</sup>BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

<sup>4</sup>BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm)>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.



que, segundo o Código Civil, era a obrigação principal do marido sustentar a família, sendo que colocar em risco o sustento dessa era uma ameaça ao casamento.

A partir daí, o tema passou a causar debates relevantes entre os juristas da época. Por fim, prevaleceu o entendimento de que o adultério continuava a ser um crime. Essa foi a posição adotada pelo Código Penal de 1940. A justificativa para este fato pode ser encontrada na exposição de motivos do referido diploma:

77. O projeto mantém a incriminação do adultério, que passa, porém, a figurar entre os crimes contra a família, na subclasse dos crimes contra o casamento. Não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal. É incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse de ordem social, qual seja o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar. O exclusivismo da recíproca posse sexual dos cônjuges é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito constitucional que coloca a família "sob a proteção especial do Estado". Uma notável inovação contém o projeto: para que se configure o adultério do marido, não é necessário que este tenha e mantenha concubina, bastando, tal como no adultério da mulher, a simples infidelidade conjugal.<sup>5</sup>

Aqui, há uma grande inovação. O legislador é claro ao dizer que o homem, a partir de agora, também comete adultério. Para a configuração desse crime em face do adúltero, não é mais necessário que esse mantenha concubina, bastando a simples infidelidade conjugal.

O Código de 1940 traz o adultério no capítulo "Dos crimes contra o casamento":

Art. 240. Cometer adultério:  
Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.  
§ 1º Incorre na mesma pena o co-réu.  
§ 2º A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de um mês após o conhecimento do fato.  
§ 3º A ação penal não pode ser intentada:  
I - pelo cônjuge desquitado;  
II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.  
§ 4º O juiz pode deixar de aplicar a pena:  
I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;  
II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil.<sup>6</sup>

<sup>5</sup>BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

<sup>6</sup>BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868\\_publicacaooriginal-1-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868_publicacaooriginal-1-pe.html)>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.



A pena de detenção foi equiparada para homens e mulheres. A manutenção desse dispositivo foi justificada pela questão da indissolubilidade do casamento que vigorou no Código Civil até 1977.

Percebe-se a partir daí uma grande evolução na sociedade brasileira e um avanço da figura feminina na conquista por seus direitos. Contudo, até os dias atuais permanece o preconceito da superioridade do homem, a quem se permite abusos e desregramento. A sociedade insiste no fato de que o adultério da mulher consiste em uma depravação maior, o que é descabido, pois o dever da fidelidade é recíproco. Não é menos imoral a infidelidade masculina do que a feminina.

Por fim, com o advento da Lei n. 11.106/05, houve a descriminalização do adultério. O artigo 5º dessa lei revogou clara e expressamente o artigo 240 do Código Penal de 1940.<sup>7</sup>

Com a descriminalização do adultério, a conduta passa a ser considerada apenas como um ilícito civil no ordenamento jurídico brasileiro. Tal ilícito passa a ser previsto nos artigos 1.566, inciso I, 1.572 e 1.573, 1.724 todos do Código Civil de 2002.

Importante notar que apesar da descriminalização, tal conduta é contra a lei, contando com os dispositivos acima para regulamentar o ilícito. O ordenamento jurídico prevê possíveis consequências para o cônjuge adúltero. Dentre elas, tem-se que o valor dos alimentos pagos ao cônjuge necessitado que cometeu adultério será restrito a garantir a sua sobrevivência, não havendo que se falar em manutenção de padrão social de vida. Outra possibilidade que vem sendo adotada é a de indenização por danos morais sofridos pelo cônjuge inocente, que será abordada adiante.

---

<sup>7</sup>BRASIL. Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5)>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.



### 3. REFLEXÕES ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ADULTÉRIO

O adultério sempre foi considerado uma conduta ofensiva ao direito à honra, elemento de cunho moral e imprescindível à composição da personalidade. O ordenamento jurídico brasileiro protege tanto a honra objetiva, necessidade de defesa da reputação da pessoa, como a honra subjetiva, sentimento pessoal de estima, consciência da própria dignidade.<sup>8</sup>

A Constituição de 1988 prevê a inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação. Tal norma consta do artigo 5º, inciso X da CRFB/88.<sup>9</sup>

O direito à honra possui como bem jurídico protegido a reputação e a própria preservação da dignidade humana. Dessa forma, a sua violação produz reflexos na sociedade, gerando sentimento de humilhação e constrangimento ao lesado. Pode até provocar reflexos no campo patrimonial, como o abalo de crédito, abalo de conceito profissional.

A necessidade de proteção surge em decorrência do fato de que a opinião pública é muito sensível a notícias negativas sobre as pessoas, devendo o ordenamento jurídico tutelar esse valor, não só para satisfação pessoal do interessado, mas, principalmente, para permitir a sua ascensão social.<sup>10</sup>

O direito em tela é protegido tanto no Código Penal de 1940, quanto no Código Civil de 2002. Em âmbito Penal tem-se os delitos contra a honra: calúnia, difamação e injúria. Já a nível civil, o princípio da preservação da honra está implícito no sistema, como nos campos de relações conjugais, relações de filiação, adoção, por exemplo. No Código Civil de 2002,

---

<sup>8</sup>BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 125.

<sup>9</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.

<sup>10</sup>BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 127.



por exemplo, protege-se as condutas caracterizadas pela indignidade, como a quebra da fidelidade conjugal, a deserção.

O Código Penal de 1890 trouxe o adultério inserido no título dos crimes contra a honra. Antigamente, utilizava-se o termo "legítima defesa da honra" para justificar homicídios e ações violentas de homens contra mulheres supostamente adúlteras.

Durante muito tempo, o adultério foi considerado crime contra a honra. Porém, com o advento da Lei n. 11.106/05, o adultério deixou de ser crime. A ofensa contra a honra, decorrente do adultério, passou a ser tutelada pelo Código Civil, ensejando essa conduta a reparação por danos morais.

O problema é que os Juízes e Tribunais vêm julgando tais demandas improcedentes, apenas admitindo a indenização por danos morais decorrentes do adultério em situações excepcionais.

Tal fato contraria a Constituição de 1988, que protege a honra no artigo 5º, inciso X, assegurando indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação.

As leis surgiram para permitir o cumprimento lógico e rigoroso das regras estabelecidas. A lei é necessária para que o interesse privado não se sobreponha aos interesses da sociedade. Enquanto a sociedade estiver em constantes conflitos, haverá necessidade da existência de normas que os solucionem.

Na seara de direito penal, houve o surgimento do princípio da intervenção mínima, com o objetivo de limitar o poder punitivo do estado. Entende-se que o estado deve intervir o mínimo possível na sociedade, somente entrando em ação quando os demais ramos do direito não forem capazes de solucionar os conflitos e proteger bens considerados de maior importância.

A Constituição de 1988 coloca a família sob proteção especial do estado. Entende-se que o estado deve interferir para garantir a harmonia e a continuidade dos laços familiares. É



importante a presença da família para garantir um desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, de forma que esses fiquem a salvo de toda forma de negligência e discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessa forma, é indiscutível que o poder público deva intervir no meio social, a fim de garantir que os direitos coletivos sejam respeitados. Em especial, deve intervir no âmbito familiar, zelando pela proteção integral de crianças e adolescentes.

Em 1940, defendia-se a idéia de que o Estado deveria intervir no âmbito familiar, de forma que o Código Penal de 1940 trouxe um título prevendo especificamente os crimes contra a família, dentre esses o adultério.

A ideia foi manter o adultério entre esses crimes, pois tal fato não podia ficar à margem do direito penal, já que havia um interesse de ordem social envolvido, a organização ético-jurídica da vida familiar. A ordem, harmonia, disciplina deveriam ser preservadas, permitindo a continuidade do núcleo familiar.

Porém, com o advento da Lei n. 11.106/05, houve a descriminalização do adultério. De uma hora para a outra, uma conduta considerada repugnante pela sociedade, passou a não ser mais tão importante, não merecendo mais tutela no direito penal.

Passou-se a sustentar que a criminalização do adultério era tolice e que a infidelidade poderia ser resolvida no campo do direito civil.<sup>11</sup> O estado passou a não ter mais interesse em tutelar e reprimir esse tipo de conduta. Tudo isso em prol da liberdade. Liberdade essa cada vez mais difundida na vida social e que acabou por deteriorar as relações familiares, o respeito. O anormal passou a ser considerado como normal, e em prol da autonomia na vida privada, o estado deixou de tutelar tais interesses.

A instituição do casamento passou a ser de menor importância. Com isso, o adultério passaria a ser tutelado pelo Código civil. O cônjuge enganado poderia simplesmente pedir a

---

<sup>11</sup> PAULO, Folha de São. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u99627.shtml>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.



separação, com as consequências previstas na legislação, como por exemplo a perda do direito à guarda dos filhos. Ou quem sabe poderia ajuizar uma ação de danos morais em face do cônjuge adúltero.

Pela tutela do direito civil, o casamento é considerado um contrato em que há o dever de fidelidade recíproca de acordo com o artigo 1566, inciso I do CC/02. A quebra deste contrato como qualquer outro poderia ensejar indenização por danos morais.

Já o artigo 1572 do CC/02 autoriza a separação judicial caso um dos cônjuges viole os deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum. O artigo 1573 do CC/02 prevê expressamente a figura do adultério em seu inciso I, como motivo suficiente para caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida.

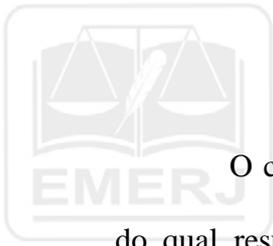
Por fim, o artigo 1724 do CC/02 prevê os deveres de lealdade, respeito, assistência e sustento na relação entre os companheiros. Com base nesses dispositivos, a pessoa que se sentir lesada em decorrência da infidelidade conjugal, pode acionar o poder judiciário, buscando indenização por danos morais a fim de amenizar seu sofrimento. Contudo, o poder judiciário somente concede a reparação em casos raríssimos como pode ser visto adiante.<sup>12</sup>

#### **4. APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS DO DANO MORAL EM CASOS DE ADULTÉRIO**

Como dito anteriormente, o artigo 1.566, inciso I do Código Civil de 2002 menciona o dever de fidelidade na constância do casamento. Esse dever jurídico de fidelidade existente entre os cônjuges decorre de imposição legal. O cônjuge infiel pode ser responsabilizado civilmente pelo ilícito praticado, no caso o adultério, em que pese este não ser mais considerado como crime. Há um alto grau de reprovabilidade social na conduta adúltera.

---

<sup>12</sup>BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.



O conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem. Os tribunais têm se posicionado no sentido de que a infidelidade gera dever de indenização quando houver dano, constrangimento à vítima. A inobservância de uma norma jurídica gera o dever de indenizar.

Assim se posiciona Caio Mário da Silva Pereira:

Se a conduta do agente ofende apenas a regra moral, encontra reprovção na sua consciência, e pode atrair-lhe o despreço dos seus concidadãos. Se a ação implica inobservância da norma jurídica, autoriza a mobilização do aparelho estatal, para a recondução do infrator à linha de observância do preceito, ou para a sua punição. Encarada no ângulo da intensidade, a norma jurídica é dotada de coercibilidade, que não está presente na regra moral, representando esta um estado subjetivo do agente, que pode ser adotado, ou que deve ser adotado voluntariamente, enquanto que a obediência ao preceito de direito é imposta coercitivamente pelo ordenamento jurídico.<sup>13</sup>

A inobservância do dever de fidelidade não ofende apenas a regra moral. Neste caso, há também, a inobservância de uma norma jurídica, o que autoriza o poder judiciário conceder indenização por danos morais ao ofendido.

Após a revogação da lei penal, a doutrina e jurisprudência se inclinam, no campo do direito civil, a reconhecer o dever de indenizar material e moralmente por parte do cônjuge adúltero.

A jurisprudência vem seguindo essa linha como podemos observar nos seguintes julgados:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR AMBAS AS PARTES. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS DE LEALDADE E SINCERIDADE RECÍPROCOS. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA. SOLIDARIEDADE. VALOR INDENIZATÓRIO. (Recurso especial nº 742.137, terceira turma, Superior Tribunal de Justiça, relator: Ministra Nancy Andrichi, julgado em 21 de agosto de 2007).<sup>14</sup>

<sup>13</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 09.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 742137. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=637864&num\\_registro=200500602952&data=20071029&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=637864&num_registro=200500602952&data=20071029&formato=PDF)>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.



Nesse julgado, um dos cônjuges omitiu a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o outro na ignorância. O STJ entendeu que há responsabilidade civil extracontratual, pois ocorreu a inobservância de um dever jurídico, através da violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no artigo 1.566 do CC/02. Os danos morais se justificam pela ofensa à honra subjetiva do cônjuge traído, que desconhecia o fato de não ser pai biológico dos filhos gerados durante o seu casamento.

Na mesma linha segue o próximo julgado em que foi configurada a existência de dano moral pela omissão sobre a verdadeira paternidade biológica de filho nascido durante o casamento:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. DANO MORAL. 1. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DECISÃO CONTRÁRIA AO INTERESSE DAS PARTES. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. 2. UNIÃO ESTÁVEL. DEVER DE FIDELIDADE. DESCUMPRIMENTO. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES. 3. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.(Agravo em recurso especial nº 641.396, Superior Tribunal de Justiça, relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 01/07/2015).<sup>15</sup>

Nas jurisprudências a seguir, o STJ reconheceu a existência de dano moral, determinando que fosse reparada a dor sofrida pelo marido enganado que descobriu o fato de a criança ser filha de outro homem. Declarou que a omissão da verdadeira paternidade biológica do filho significa a violação do dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro, ou seja, a honra subjetiva. Merece reparo a constatação deste erro acerca desse verdadeiro projeto de vida, que é o exercício da paternidade.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Marido enganado. Alimentos. Restituição. - A mulher não está obrigada a restituir ao marido os alimentos por ele pagos em favor da criança que, depois se soube, era filha de outro homem. - A

<sup>15</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. ARESP n. 641396. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=49012476&num\\_registro=201403294638&data=20150701](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=49012476&num_registro=201403294638&data=20150701)>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.



intervenção do Tribunal para rever o valor da indenização pelo dano moral somente ocorre quando evidente o equívoco, o que não acontece no caso dos autos. Recurso não conhecido. (Recurso especial nº 412.684, quarta turma, Superior tribunal de justiça, relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 20/08/2002).<sup>16</sup>

Contudo, o STJ decidiu que a pensão alimentícia paga durante o tempo em que o marido enganado se reconhecia como pai da criança é irrepelível. Esse entendimento se deve ao fato de que o suposto pai exerceu a guarda da criança e manteve laços de afetividade com a mesma. Houve a construção de uma relação socioafetiva durante o período de convivência.

Por fim, o STJ concluiu que o dever recíproco de fidelidade dos cônjuges não se estende ao cúmplice da traição, tendo em vista que não se pode imputar a ele o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. É o entendimento que foi consolidado no seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. (Recurso especial nº 922.462, terceira turma, Superior tribunal de justiça, relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 04/04/2013).<sup>17</sup>

Da transcrição dos julgados acima, pode-se perceber que os tribunais vêm entendendo pelo cabimento de reparação por dano moral em casos nos quais o adultério causa grave constrangimento, transtornos psíquicos, dor moral ao ofendido.

Contudo, são decisões tímidas e excepcionais. A maioria das ações que pedem reparação por dano moral em consequência do adultério são atualmente julgadas improcedentes.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 412684. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=368143&num\\_registro=200200032640&data=20021125&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=368143&num_registro=200200032640&data=20021125&formato=PDF)>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

<sup>17</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 922462. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221381&num\\_registro=200700301624&data=20130513&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221381&num_registro=200700301624&data=20130513&formato=PDF)>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.



Percebe-se que houve um abrandamento em relação à conduta que deixou de ser crime para se tornar um ilícito civil, passível de indenização. Tal fato ocorre devido à concepção atual de que o direito penal deixou de ser um direito encarcerador e passou ser considerado um direito ressocializador. As penas devem ser os últimos recursos a serem utilizados.

O legislador brasileiro preferiu deixar que o adultério fosse resolvido na esfera cível, o que causaria menos transtornos em relação a um crime que através do tempo foi considerado menos grave, mas que ainda é passível de punição. O direito se destina a tutelar a vida em sociedade e precisa dar respostas, seja em que âmbito for.

O direito se constitui como um projeto de convivência e estabelece padrões de comportamento necessários. Estes padrões devem ser respeitados dentro de uma comunidade civilizada. Quando a pessoa se comporta fora desses padrões, ocorre a ilicitude. A partir daí temos a responsabilidade civil e o dever de indenizar.

O dever de indenizar torna-se necessário a fim de coibir a conduta ilícita praticada, sendo certo que não se obriga a amar por via judicial e não se paga o desamor com indenizações.

## CONCLUSÃO

Diante dessas considerações, pode-se concluir que a sociedade passou por diversas transformações ao longo dos anos. As mudanças foram drásticas e rápidas, gerando uma sensação de insegurança jurídica. Um fato definido como crime, ou seja, considerado grave, o deixou de ser de uma hora para a outra, sem que outra sanção fosse estabelecida em seu lugar. Essa sensação de liberdade acabou gerando diversos problemas na sociedade.



Resta ao poder judiciário colocar um freio para que essa sensação de liberdade gerada pela *abolitio criminis* do adultério não tome proporções exageradas. Porém, o que se verifica atualmente nas decisões judiciais é que as demandas de reparação moral por infidelidade conjugal estão sendo julgadas improcedentes.

Há decisões tímidas que admitem a reparação moral em casos extremos em que o adultério tenha gerado situação vexatória para vítima, humilhação ou intenso sofrimento. Contudo, são decisões raríssimas, geralmente nos casos em que foi concebida uma criança fora da relação conjugal.

Dessa forma, a proteção constitucional dada à inviolabilidade da honra neste caso fica sem efeito. Assim como as regras do Código Civil de 2002 não estão sendo adequadamente aplicadas. O descumprimento de uma cláusula contratual que é a fidelidade recíproca não gera dever de indenizar. Assim, o ilícito acaba por ficar sem uma sanção.

É claro que ninguém é obrigado a casar ou permanecer casado. Mas se a pessoa, por livre e espontânea vontade, tomou essa decisão, espera-se que ela cumpra com os deveres resultantes do casamento elencados no Código Civil de 2002.

A falta de amor não constitui ilícito, mas o descumprimento da lei sim. Se não há mais amor naquela relação, a pessoa deve procurar meios permitidos pela lei para pôr fim a essa, como o divórcio.

O cônjuge que trai comete ilícito civil e medidas devem ser adotadas pelos tribunais a fim de coibir tal prática que se tornou comum no seio da sociedade.

Não se obriga a amar por via judicial e não se paga o desamor com indenizações. Mas é certo que se deve ter algum meio de sanção a fim de coibir a conduta ilícita praticada.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BORELLI, Andrea. *Adultério e a mulher: considerações sobre a condição feminina no direito de família*. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaucho/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1676-5834/v2n4/doc/05-Andrea\\_Borelli.pdf](https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n4/doc/05-Andrea_Borelli.pdf)>. Acesso em: 26 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm)>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5)>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. ARESP n. 641396. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=49012476&num\\_registro=201403294638&data=20150701](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=49012476&num_registro=201403294638&data=20150701)>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 922462. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221381&num\\_registro=200700301624&data=20130513&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221381&num_registro=200700301624&data=20130513&formato=PDF)>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 412684. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=368143&num\\_registro=200200032640&data=20021125&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=368143&num_registro=200200032640&data=20021125&formato=PDF)>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 742137. Relator: Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=637864&num\\_registro=200500602952&data=20071029&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=637864&num_registro=200500602952&data=20071029&formato=PDF)>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

Disponível em:<<http://dicionarioportugues.org/pt/adulterio>>. Acesso em: 26 de abril de 2015.

PAULO, Folha de São. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u99627.shtml>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V.1.Rio de Janeiro: Forense, 2009.

## PARTO ANÔNIMO E O DIREITO À VIDA E À HERANÇA GENÉTICA

Rachel Azulay

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-Graduada em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida.

**Resumo:** Crianças recém-nascidas e abandonadas sempre foram alvo de proteção pela sociedade, como por exemplo à época da roda dos expostos, cuja finalidade era proporcionar uma vida digna à criança não querida. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que conferiu status constitucional ao menor de 18 anos, como sujeito de direitos, no momento atual busca-se a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio basilar das garantias conferidas ao menor. Com o passar do tempo, a entrega do recém-nato toma outros contornos no universo do direito civil-constitucional brasileiro, onde a preservação do direito à vida é o pilar de toda a razão de ser do ordenamento jurídico. O presente trabalho pretende ponderar direitos correlatos que esbarram na proposta do parto anônimo como planejamento familiar, direitos da personalidade, proteção integral da criança e aborto.

**Palavras-Chave:** Direito Constitucional. Parto Anônimo. Direito à Vida. Direito à Herança Genética.

**Sumário:** Introdução. 1. O parto anônimo como uma solução viável ao abandono de recém-nascidos. 2. A preeminência do direito à vida diante do direito à herança genética. 3. A minimização do aborto clandestino por meio da entrega anônima do recém-nascido. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de implementação do Parto Anônimo no Brasil, sob a ótica do Projeto de Lei n. 3.320/2008. Certamente o abandono de recém-nascidos é uma realidade recorrente no Brasil que regride aos primórdios da humanidade em que não se conheciam direitos inerentes à personalidade. As formas indignas e subumanas pelas quais os bebês são deixados à própria sorte, chocam a sociedade e demonstram a necessidade de buscar-se alternativas que visem à proteção das parturientes e recém-nascidos. Nesse sentido, o parto anônimo configura uma releitura das rodas dos excluídos ou enjeitados criadas na idade média, inicialmente na França e na Itália, que se difundiu pelos países europeus.



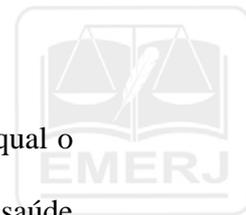
Anos mais tarde foram instaladas no Brasil, no período colonial, por influência de Portugal. Consistia em colocar os filhos de tenra idade e não queridos dentro da roda, que se encontrava afixada nos muros de conventos e de instituições, como as Santas Casas e, mediante um giro, a criança era retirada por uma pessoa do outro lado, resguardando-se o sigilo de quem a depositou.

O trabalho guarda importância social e jurídica, uma vez que o abandono de recém-nascidos em situações degradantes é frequente no Brasil e não existem políticas públicas voltadas para solucionar esse problema. Ademais, quanto ao sistema legal nesse ponto, limita-se a tipificar as condutas como crime, o que não tem evitado que os abandonos e mortes ocorram.

O primeiro capítulo busca demonstrar que a implementação do Parto Anônimo no Brasil é uma solução viável ao abandono degradante de recém-nascidos. Destaca-se a igualdade entre homens e mulheres, e a saúde reprodutiva como viés do direito social à saúde, englobando a mudança do paradigma da mulher como mãe e o direito ao planejamento familiar. São apontados os fundamentos jurídicos que conferem a legitimidade da entrega anônima dos bebês em ambiente hospitalar, garantindo o direito à saúde e à vida do recém-nato e de sua genitora.

No segundo capítulo pretende-se demonstrar que só há o exercício dos direitos da personalidade se houver efetiva garantia do direito à vida. Discute-se a prioridade do direito à vida em relação aos direitos à identidade, a ascendência genética, ao nome e ao estado de filiação, já que estariam no mesmo patamar, considerando os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

No terceiro capítulo argumenta-se que a entrega anônima do recém-nascido minimizaria os abortos realizados de forma clandestina, pois a mera criminalização dessa conduta não bastaria para garantia dos direitos da mulher e da criança. Segue-se exemplificando a próspera experiência francesa com o parto em anonimato, em relação ao aborto clandestino.



Ademais, discute-se o direito à autonomia do próprio corpo da mulher, direito este no qual o aborto está inserido e integraria o planejamento familiar, além de configurar questão de saúde pública.

A pesquisa realizada é de natureza explicativa e qualitativa, demonstrando a possibilidade de consolidação do instituto no Brasil; do tipo bibliográfico, para possibilitar a consulta e análise do tema e suas repercussões no Direito por meio da legislação e doutrina; e histórica e comparada do fato social em tela, pois recorrente não só no Brasil como em vários outros países.

## **1. O PARTO ANÔNIMO COMO UMA SOLUÇÃO VIÁVEL AO ABANDONO DE RECÉM-NASCIDOS**

O Brasil é um país de dimensões continentais, multicultural e que aponta desigualdades sociais alarmantes. É indubitável que diante desse contexto as pessoas não possuam o mesmo grau de educação e informação, notadamente em relação ao controle de natalidade, métodos contraceptivos e planejamento familiar. Outra vertente dessa realidade é ausência de políticas públicas voltadas para saúde e divulgação de informação no que tange à sexualidade e à reprodução humana.

Fabíola Santos Albuquerque<sup>1</sup> pondera que ao longo da história direitos da mulher foram suprimidos e que com o movimento feminista algumas conquistas foram alcançadas, principalmente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem que previu a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Constata que no plano legal há igualdade, mas que naturalmente homens e mulheres são diferentes merecendo tutela diferenciada em algumas situações. Além disso, a Declaração previu a família democrática, ou seja, igualdade durante o

---

<sup>1</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Instituto do Parto Anônimo no Direito Brasileiro: Avanços ou Retrocessos? *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.1, p.146-147, dez./jan. 2008.



casamento e na dissolução, bem como a proteção da família como núcleo natural e fundamental da sociedade.

A autora<sup>2</sup> afirma que com a Constituição de 1988 surgiram novos valores sociais e que o ordenamento jurídico passou a ser visto à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando a necessidade da realização do sujeito concreto de necessidades e de dignidade. Nesse passo, cita José Afonso da Silva<sup>3</sup> entendendo que “a Constituição deve privilegiar a integração harmônica entre todas as categorias de direitos fundamentais do homem sobre o influxo dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente.”

Assim, o direito à saúde como direito social engloba o direito à saúde reprodutiva.

Segundo a autora<sup>4</sup> a saúde reprodutiva trata do planejamento familiar, acesso à informação, educação sexual, saúde sexual e reprodutiva e o direito à autodeterminação reprodutiva, que uma vez reconhecido dissocia a figura da mulher, da mãe.

A Constituição positiva esse direito quando trata da saúde reprodutiva e no âmbito infraconstitucional a Lei n. 9.263/96<sup>5</sup> trata do planejamento familiar.

Albuquerque<sup>6</sup> explica que vários são os motivos que levam uma mãe a entregar, a abandonar seu filho. Se por um lado pode significar falta de amor materno, de outro pode significar exatamente o contrário. Muitas vezes, a conduta da mãe foi dirigida por dificuldades de enfrentar as adversidades sociais e econômicas da vida. É muito menos penoso para criança futuramente saber que foi entregue em um local seguro do que abandonado à própria sorte, afirma a autora.

---

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> ALBUQUERQUE apud SILVA, op. cit., p.147-148.

<sup>4</sup> Ibid., p.148-149.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei n. 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/L9263.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>6</sup> ALBUQUERQUE, op. cit., p.146-147.



O pretense Projeto de Lei n. 3.320/2008<sup>7</sup> que visa a instituir o parto anônimo prevê o direito ao atendimento pré-natal e do parto pelo Sistema Único de Saúde em seu art.3º, e o atendimento psicossocial em seu art.4º.

Ivone Coelho de Souza e Maria Regina Fay Azambuja<sup>8</sup> alertam que tal direito já encontra previsão nos art. 7º a 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>9</sup>, integrando o sistema de proteção integral à criança, não constituindo uma novidade no tocante ao atendimento da gestante.

Os art.4º e 12 do referido Projeto de Lei<sup>10</sup> preveem a entrega do recém-nascido em ambiente hospitalar, seja naquele em que se deu o parto ou apenas onde se efetuou a entrega do bebê, sem que haja responsabilização civil ou penal da mãe, consoante o seu art.10.

Tal isenção de responsabilidades já encontra previsão legal no art. 166 do ECA<sup>11</sup>, onde vige a hipótese de no caso de falecimento dos pais, destituição e suspensão do poder familiar, ou adesão expressa, a colocação da criança em família substituta. Ivone Coelho de Souza e Maria Regina Fay Azambuja<sup>12</sup> chamam atenção sustentando que a entrega do recém-nascido em ambiente hospitalar não se coaduna com o art.227 da CRFB/88<sup>13</sup>, pois não teria a assistência do Conselho Tutelar, consoante a Lei n.8.069/90<sup>14</sup>.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 3.320/2008. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&file name=PL+3220/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&file name=PL+3220/2008)>. Acesso em: 12 set.2015.

<sup>8</sup> SOUZA, Ivone Coelho de; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Parto Anônimo: Uma Omissão que Não Protege, *Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.4, p.68, jun./jul. 2008.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n. 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

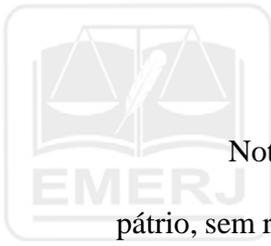
<sup>10</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 3.320/2008. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&file name=PL+3220/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&file name=PL+3220/2008)>. Acesso em: 12 set.2015.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei n. 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>12</sup> Ibid., p.69-70.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n. 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.



Note-se que a entrega de bebês, pelos pais, para adoção, já é possível no ordenamento pátrio, sem responsabilização civil e penal. A diferença desta entrega para a instituição do parto anônimo é de fato a manutenção do anonimato dos pais.

Lícia Maria Teixeira Osório e Nathalie Carvalho Candido<sup>15</sup> afirmam que o abandono afetivo, ausência de atenção, respeito e amor, é acompanhado do abandono material, descumprimento de um dever legal de subsistência dos filhos de acordo com a capacidade econômica dos pais.

No que concerne ao panorama atual de responsabilização penal referente ao abandono o Código Penal<sup>16</sup> em seu art. 244, trata do abandono material, o art.133 prevê o crime de abandono de incapaz e o art. 134 dispõe sobre o crime de abandono de recém-nascido.

À luz do direito comparado os projetos de lei que preveem a instituição do parto anônimo tem como modelo o instituto francês. De acordo com Luciana Dadalto Penalva<sup>17</sup>, os países que adotam o parto anônimo são França, Itália, Áustria, Bélgica, Luxemburgo, Alemanha e alguns estados dos Estados Unidos.

A conduta de entregar o recém-nato anonimamente em ambiente seguro difere-se da conduta de abandonar. Além disso, é necessário considerar que a tipificação dessas condutas e o parto anônimo visam a proteger o menor e a família.

Sobre o parto anônimo no direito comparado, Henrique Morais Prata adverte<sup>18</sup> que a implementação do parto anônimo não diminuiu os casos de abandono e mortes de bebês, e que

---

<sup>15</sup> OSÓRIO, Lícia Maria Teixeira; CANDIDO, Nathalie Carvalho. O Parto Anônimo e a Nova Lei de Adoção: Um Estudo da Filiação à Luz da Dignidade da Pessoa Humana. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo –SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <[www.publicadireito.com.br](http://www.publicadireito.com.br)>. Acesso em 03 de março de 2015.

<sup>16</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848/40, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>17</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. Parto Anônimo e Direitos da Personalidade. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v.9; n.52, p.88, fev./mar. 2008.

<sup>18</sup> PRATA, Henrique Morais. Aspectos Jurídicos da Portinhola de Bebês e do Parto Anônimo na Alemanha com especial Consideração da Tradição Francesa do Accouchement Sous X e do Julgamento do Tribunal de Europeu dos Direitos do Homem no Caso Odièvre. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X – nº3, Abr-Maio. 2008. p.106.



o número de crianças que se tornaram anônimas e impossibilitadas de conhecer suas origens aumentou na Alemanha.

Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>19</sup> afirma que Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias são favoráveis ao instituto por entenderem que pode contribuir para diminuição do abandono e morte de crianças.

Palmilhando essa trilha e preocupados com a afirmação da dignidade das pessoas envolvidas na questão, parece-nos que o parto anônimo, sem ser, é obvio, uma forma definitiva de solução dos problemas sérios atinentes à pobreza e à falta de educação, saúde e cultura do povo brasileiro, pode contribuir para diminuir o número de crianças mortas ou simplesmente abandonadas no meio de lagoas, rios poluídos, banheiros de estações de trem, escadarias de igreja, construções e outros lugares ainda mais assustadores como noticia a imprensa brasileira a todo tempo.

Por fim, apesar da má experiência alemã, o parto anônimo deve ser visto como uma alternativa na promoção de políticas públicas, uma vez que possibilita à gestante o acompanhamento pelo SUS garantindo seu direito e do bebê à saúde e à vida. Ademais a entrega do recém-nascido possui minimante aceitação social, visto que é possível em sede de adoção, e juridicamente encontra respaldo constitucional e infraconstitucional.

## **2. A PREEMINÊNCIA DO DIREITO À VIDA DIANTE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

O Projeto de Lei n. 3.320/2008<sup>20</sup>, que visa a instituir o parto anônimo, prevê em seu art. 4º a preservação do sigilo durante o pré-natal ou o parto, quanto à identidade da mulher que assim o solicitar. O sigilo também é garantido, somente sendo revelado mediante ordem

---

<sup>19</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado apud ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. Parto Anônimo, Planejamento Familiar e Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, Revista do Advogado, São Paulo, n.101, p.20, dez.2008.

<sup>20</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 3.320/2008. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&file\\_name=PL+3220/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&file_name=PL+3220/2008)>. Acesso em: 12 set.2015.



judicial, quanto às informações sobre os genitores, às origens da criança e às circunstâncias do nascimento.

O referido sigilo está diametralmente conectado a conceitos jurídicos que têm sido expandidos para que alcancem situações das mais variadas vivenciadas pelo Direito Civil-Constitucional.

Para uma melhor compreensão do instituto, não se pode confundir o direito à identidade, no qual se inserem o direito à origem genética e o direito ao nome, e o estado de filiação, enquanto direitos da personalidade.

Luciana Dadalto Penalva<sup>21</sup> menciona o conceito de direitos da personalidade elaborado por Gustavo Tepedino, como aqueles “atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade.” Nesse passo, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais.<sup>22</sup>

Penalva,<sup>23</sup> argumenta que existe limitação ao direito à identidade nas inseminações artificiais heterólogas, cujos doadores de sêmen têm suas identidades resguardadas e isso é aceito pela sociedade. Ademais, menciona que um conflito entre o anonimato do doador e o direito à origem genética, esse último deve prevalecer. Sinaliza para o fato de que o direito à origem genética não se confunde com o estado de filiação, dizendo que esse é decorrente dos laços afetivos derivados da maternidade e paternidade, tendo natureza de direito de família, e a origem genética tem natureza de direito da personalidade.

Por outro lado, como dispõe o art.9º do projeto de lei<sup>24</sup>, a criança oriunda do parto anônimo terá um registro civil provisório, somente com um prenome e sem preenchimento da filiação. Não se pode negar a real hipótese de crianças ficarem sem patronímico e sem filiação,

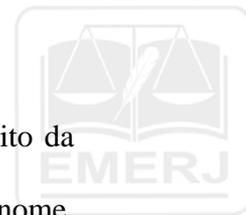
---

<sup>21</sup> PENALVA apud TEPEDINO, op. cit., p.93.

<sup>22</sup> Ibid., p.93.

<sup>23</sup> Ibid., p.91.

<sup>24</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 3.320/2008. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&file\\_name=PL+3220/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&file_name=PL+3220/2008)>. Acesso em: 12 set.2015.



uma vez que poderiam nunca ser adotadas.<sup>25</sup> Conclui Penalva que há violação ao direito da personalidade da criança, na medida em que o art.16 do Código Civil<sup>26</sup> prevê o direito ao nome, esse compreendido pelo prenome e sobrenome, e o art.17 do ECA<sup>27</sup> prevê o respeito à identidade da criança. Além disso, a autora adverte que assim como os filhos de mãe solteira eram discriminados socialmente, o mesmo poderia acontecer com os filhos do parto anônimo e que não é aceitável que uma lei já surja discriminatória.<sup>28</sup>

O projeto de lei em seu art.10<sup>29</sup>, parágrafo único, condiciona o acesso aos dados genéticos a uma ordem judicial. Note-se que sendo direito potestativo da criança, pois se trata de direito absoluto, oponível *erga omnes*, o acesso a esses dados não podem ficar ao alvedrio do poder judiciário.<sup>30</sup>

No que diz respeito à origem genética esse é oriundo do direito à vida positivado no art.5º da Constituição Federal<sup>31</sup>, uma vez que o conhecimento sobre a origem biológica proporciona medidas de prevenção de futuras doenças.<sup>32</sup> Nesse sentido, Penalva afirma que o projeto de lei confunde direito à origem genética com direito ao estado de filiação. O instituto do parto anônimo afasta o reconhecimento da filiação pela mãe, mas não poderia condicionar o direito personalíssimo de conhecer suas origens genéticas, como faz no art.6º.<sup>33</sup>

---

<sup>25</sup> Ibid., p.92.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei n. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 set.2015.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei n. 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>28</sup> Ibid., p.96.

<sup>29</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 3.320/2008. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&file\\_name=PL+3220/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&file_name=PL+3220/2008)>. Acesso em: 12 set.2015.

<sup>30</sup> Ibid., p.93.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>32</sup> Ibid., p.94.

<sup>33</sup> Ibid.



Sob o direito de conhecer as próprias origens genéticas em confronto com o direito ao anonimato dos pais biológicos, consubstanciado no direito à privacidade, Maria Celina Bodan de Moraes e Carlos Nelson Konder,<sup>34</sup> afirmam que:

A proteção à privacidade, em sua ampla expansão, encontra, todavia, limite em outros bens jurídicos igualmente importantes, especialmente quando em confronto com interesses de terceiros que recebem tutela diferenciada do ordenamento em razão da sua vulnerabilidade. Este é o caso das crianças, cujo melhor interesse é protegido prioritariamente em nosso ordenamento em vista de sua condição de pessoa em desenvolvimento. Tendo em vista sua identidade em construção, o ordenamento lhes garante uma série de prerrogativas, entre as quais estaria a de conhecer sua ascendência, como forma de entender de onde veio para poder construir quem é.

Nesse sentido, entram em conflito dados sensíveis sob tutela cujo sigilo pode ser desejado, em nome da privacidade, pelo potencial ascendente, mas cuja revelação pode ser fundamental à construção da identidade do menor, ou mesmo da pessoa já maior de idade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art.48<sup>35</sup>, privilegia o direito ao reconhecimento das origens genéticas, irrestritamente ao maior de 18 anos, e também ao menor de idade, mediante orientação e assistência jurídica e psicológica.

No entanto, Fabíola Santos Albuquerque<sup>36</sup> sustenta que o parto anônimo deve ser visto sob a perspectiva de todas as personagens que o compõe. Os valores sociais não são mais os mesmos daqueles há época das rodas dos expostos. Há de se ter em vista as mazelas sociais afetas à realidade brasileira e que atualmente é possível dissociar a mulher da mãe, sendo a maternidade um ato de vontade e não um destino.

Prossegue a autora explicando que os dogmas *mater semper certa est* e *pater is est*, têm sido mitigados em razão do desenvolvimento científico do biodireito e do reconhecimento da filiação socioafetiva. Albuquerque<sup>37</sup> argumenta que o direito à origem genética não deve prevalecer sobre a filiação socioafetiva, pois hoje se reconhece a socioafetividade como espécie de parentesco com todos os seus efeitos jurídicos, e que o anonimato assegurado à mãe da

---

<sup>34</sup> MORAES, Maria Celina Bodan de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de Direito Civil-Constitucional – Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012, p.323.

<sup>35</sup> BRASIL. Lei n. 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>36</sup> ALBUQUERQUE, op. cit., p.154.

<sup>37</sup> Ibid., p.155-156.



criança não violaria o direito ao conhecimento de sua ancestralidade a ponto de rechaçar o parto anônimo no Brasil. Ademais, analogicamente deve-se ter como norte as orientações estabelecidas para as situações de reprodução assistida heterólogos e de adoção, em que se preservam direitos da personalidade, mas não há direito à filiação.

Essas mudanças de paradigmas demonstram que o anonimato da mãe inerente à proposta do parto anônimo não é um empecilho à implementação desse instituto.

Ivone Coelho de Souza e Maria Regina Fay de Azambuja<sup>38</sup> criticam o projeto de lei instituidor do parto anônimo, afirmando o caráter histórico do abandono e a necessidade de políticas públicas no combate das razões que levam ao abandono dos filhos pelas mães das mais variadas formas, como no lixo, nas lagoas, na rua. Segue corroborando o entendimento de que se o projeto for implantado poderá causar o contrário do que se propõe, pois as mulheres incapazes de assumir a maternidade sejam por motivos psicológicos, sociais ou afetivos anteriores à gravidez, poderia estimular o abandono dos bebês nos hospitais.

Por esse lado, ressurgiriam os filhos do Estado como há época da doutrina da situação irregular, só que dessa vez em plena vigência da Constituição cidadã. O direito à vida mesclasse com a doutrina da proteção integral e não pode ser dissociado de outros direitos fundamentais, já que no art. 227 da CRFB/88<sup>39</sup> estão direitos que possuem o mesmo patamar. Por esses motivos, o direito à vida não se sobrepõe ao direito à ascendência genética. A supressão do direito à origem biológica como ocorre no parto anônimo, impede o exame de um dos impedimentos para o casamento que é o de ascendente casar-se com descendente e de irmãos casarem-se, como dispõe o art. 1.521, I e IV do Código Civil<sup>40, 41</sup>.

<sup>38</sup> SOUZA; AZAMBUJA, op. cit., p.69-70.

<sup>39</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei n. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 set.2015.

<sup>41</sup> Ibid., p.71.



Souza e Azambuja<sup>42</sup>, citando José Carlos Teixeira Giorgis ensinam que a investigação de paternidade respalda-se no direito de família e averigua a genitora biológica buscando o nome, parentesco, alimentos e sucessão; enquanto que a averiguação da ascendência genética possui arrimo no direito constitucional de personalidade, pretendendo descobrir somente a história familiar objetivando a preservação da saúde e da vida, necessidade psicológica de descobrir os pais ou resguardar impedimentos matrimoniais.

### 3. A MINIMIZAÇÃO DO ABORTO CLANDESTINO POR MEIO DA ENTREGA ANÔNIMA DO RECÉM-NASCIDO

Luciana Dadalto Penalva,<sup>43</sup> afirma que os defensores do parto anônimo o enxergam como compatibilização de direitos: de um lado o direito à vida do recém-nascido e do outro a liberdade da mãe. No mesmo sentido é o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Amélia Ribeiro Sales.<sup>44</sup>

Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>45</sup> cita o art.226, §7º da CRFB/88<sup>46</sup>, que trata do planejamento familiar, para afirmar que tal direito encontra limites no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e que as pessoas possuem o direito de elaborar seu projeto parental de forma autônoma e responsável, só sofrendo interferência do Estado que tenha por objetivo condutas positivas, educativas, de forma a promover o exercício do direito.

Menciona a autora<sup>47</sup> o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Amélia Ribeiro Sales, no sentido de que o parto anônimo concilia o direito à vida, saúde e dignidade

---

<sup>42</sup> SOUZA; AZAMBUJA apud GIORGIS, op. cit., p.72.

<sup>43</sup> PENALVA apud PEREIRA, op. cit., p.94.

<sup>44</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SALES, Ana Amélia Ribeiro. Parto em Anonimato: Uma Janela Para a Vida, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.1, p.168, dez./jan. 2008.

<sup>45</sup> TEIXEIRA, op. cit., p.17-18.

<sup>46</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>47</sup> Ibid., p.19.



do recém-nascido e o direito de liberdade da mãe. Entretanto, aponta para o fato de que 50% das gestações são indesejadas e que o Estado é falho na implementação de políticas públicas educacionais e informativas relativas ao planejamento familiar. Tendo isso em vista o parto anônimo não se insere no direito ao planejamento familiar, uma vez que vai de encontro a maternidade e paternidade responsável.

Nesse sentido, é inegável o incentivo à maternidade e paternidade responsável que se vivencia hoje no mundo jurídico.

Argumenta Penalva,<sup>48</sup> que o parto anônimo vai de encontro ao direito de família brasileiro que vive um momento de atribuição de responsabilidade aos pais, e que se de um lado força-se o exercício da paternidade, de outro legitima-se o não exercício da maternidade com a institucionalização do parto anônimo. Diz que a mulher possui o direito constitucionalmente protegido ao planejamento familiar e que o Estado não deve proteger uma situação em que o planejamento se frustrou, pois estaria legitimando a paternidade e maternidade irresponsável. Repisa que o papel do Estado nas hipóteses de gestações indesejadas deve ser o de amparar a gestante com atendimento médico, possibilitando acesso ao trabalho e garantindo educação e saúde à criança, e não respaldar o abandono. Afirma ainda que não existe direito à liberdade da mulher de abandonar seu filho.

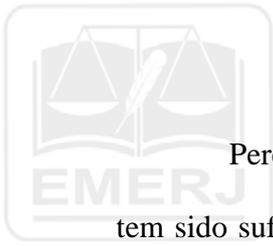
Ressalta a referida autora<sup>49</sup> que o exercício da paternidade é dever do pai e direito do filho e que a jurisprudência tem concedido aos filhos indenizações por abandono afetivo, bem como o direito de executar visitas, como obrigação de fazer e sob pena de multa pecuniária.

De outro giro, juntamente com a maternidade e paternidade responsável, a mera criminalização das condutas de abandonar e abortar não bastam para a salvaguarda de direitos da mulher e da criança.

---

<sup>48</sup> PENALVA, op. cit., p.92.

<sup>49</sup> Ibid., p.92.



Pereira e Sales<sup>50</sup> sustentam que a criminalização do abandono de recém-nascido não tem sido suficiente para evitar essas trágicas ocorrências. Outro exemplo, seria o aborto que também é proibido e ocorre frequentemente, sendo a quarta causa de mortalidade entre as mulheres. Asseguram os autores que a criminalização da conduta estimula o abandono de forma clandestina pelos pais, tornando as crianças ainda mais vulneráveis e expostas a diversos tipos de sofrimento. Ademais, na época da roda dos expostos as crianças eram colocadas em uma portinhola giratória, tendo a partir daí seus direitos à vida, à saúde e a integridade, assegurados. Pode-se dizer que esse mecanismo foi o primeiro capaz de assegurar aos bebês abandonados uma vida com dignidade.

Os autores<sup>51</sup> trazem a discussão acerca do endurecimento das leis de aborto através do parto anônimo. No entanto, o parto anônimo deve ser visto como uma alternativa que não exclui a possibilidade do aborto. Nesse diapasão, o parto anônimo se caracteriza como uma solução para mulheres que por questões religiosas, filosóficas ou por medo, não desejam interromper a gravidez, e ao mesmo tempo não possa ou não queiram assumir a responsabilidade legal sobre seu filho. Nesse passo, o parto anônimo vai ao encontro da concretização de direitos fundamentais positivados e possui respaldo jurídico na Constituição Federal<sup>52</sup>, ao assegurar a dignidade humana (art.1º, III), o direito à vida (5º, caput) e a proteção especial à criança (art.227), bem como o ECA, quando assegura a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e desenvolvimento sadio, em condições dignas de existência (art.7º).

A experiência francesa mostra que existem 400 mil pessoas cujas mães solicitaram o anonimato, e que mesmo tendo o aborto legalizado no país o parto anônimo foi instituído em

---

<sup>50</sup> PEREIRA; SALES, op. cit., p.162.

<sup>51</sup> Ibid., p.165.

<sup>52</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.



1993, através do art.326 do Código Civil Francês e do art.L222-6 do Código de Ação Social e das Famílias.<sup>53</sup>

O parto em anonimato, como mostra a experiência estrangeira pode diminuir a incidência de abortos clandestinos no Brasil, na medida em que não impede as hipóteses em que é permitido.

Ana Carolina Brochado Teixeira,<sup>54</sup> diz que uma das reflexões que o parto anônimo traz é o direito da mulher ao aborto como decorrência do direito à autonomia do próprio corpo. Justamente por meio desse direito é que a mulher teria a autonomia para decidir ter ou não um filho, de forma responsável e em consonância como projeto parental individual ou do casal. Constituindo uma verdadeira solução para os abortos clandestinos, a sua legalização. Ademais, cita José Gomes Temporão, Ministro da Saúde em 2007, em razão de seu comentário em que afirmou que o aborto é questão de saúde pública, pois provoca um grande número de mortes no Brasil.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, e posteriormente, a Constituição Federal de 1988, igualaram homens e mulheres, que no contexto social atual a mulher não pode mais sofrer qualquer tipo de opressão em relação ao exercício de direitos constitucionalmente garantidos.

Fabíola dos Santos Albuquerque,<sup>55</sup> aborda o tema ressaltando o patriarcalismo e a hierarquização entre homens e mulheres contemplados no Código Civil de 1916, onde o quadro de negação de direitos à mulher perdurou por muito tempo até a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que previu a igualdade entre homens e mulheres. Sendo homens e mulheres iguais perante a lei, mas naturalmente diferentes, há a tutela diferenciada de direitos em algumas situações. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 chega trazendo novos

---

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> TEIXEIRA, op. cit., p.20-21.

<sup>55</sup> ALBUQUERQUE, op. cit., p.146-147.



valores sociais, e comprometida com a dignidade da pessoa humana, voltada para a realização do sujeito concreto, sujeito de necessidades e dignidade.

Destaca que os princípios da paternidade responsável e do planejamento familiar é uma das dimensões do direito à saúde contemplada pela Constituição e por extensão integrantes dos direitos humanos fundamentais, e que direito à saúde engloba a saúde reprodutiva. Essa pode ser entendida como direito ao planejamento familiar, acesso à informação, educação sexual, saúde sexual e reprodutiva e o direito à autodeterminação reprodutiva.<sup>56</sup>

Prossegue a autora<sup>57</sup> citando Maria Betânia Ávila cujo entendimento preceitua a sexualidade e reprodução como dimensões da cidadania e da vida democrática, e que tratada dessa forma reconhece a autonomia da vida reprodutiva da mulher. Momento em que há uma dissociação entre a figura da mulher e a da mãe. A cidadania feminina está positivada na constituição como dimensão da saúde reprodutiva, principalmente com o advento da Lei n. 9.263/96<sup>58</sup> que trata do planejamento familiar.

Albuquerque<sup>59</sup> suscitando a efetividade das políticas públicas perante o planejamento familiar, o acesso à informação e aos meios contraceptivos, afirma parecer contraditório falar-se em planejamento familiar e abandono de crianças. Reconhece que existe uma camada de excluídos de qualquer política pública de controle de natalidade, principalmente de jovens mães em idade escolar e das camadas mais pobres da população, para as quais o planejamento familiar seria importantíssimo, e não limitador da liberdade das famílias.

Assim, se de um lado o Estado tipifica como crime o abandono, o aborto e os maus-tratos, de outro é omissivo no dever de efetivar e garantir os princípios constantes na Constituição de 1988, bem como existe a censura e discriminação quando a mulher entrega seu filho. Nessa

---

<sup>56</sup> Ibid., p.148-149.

<sup>57</sup> ALBUQUERQUE apud ÁVILA, op. cit., p.149-150.

<sup>58</sup> BRASIL. Lei n. 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm). Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>59</sup> Ibid., p.152.



ótica o princípio da solidariedade é o norte, expressando deveres de cooperação, amparo, cuidado e assistência, perpassando por políticas públicas afirmativas. Nesse sentido, há a entrega da criança e o abandono propriamente dito. Embora ambos sejam formas de abandono, possuem dimensões diferentes referentes à integridade psíquica do filho.<sup>60</sup>

Aponta a autora<sup>61</sup> para o fato de que é necessária a busca por alternativas que solucionem os casos de abortos clandestinos e o abandono de crianças, constituindo a institucionalização do parto anônimo essa solução alternativa. Ressalta que o parto anônimo além de configurar uma alternativa para evitar o aborto e assegurar o anonimato da mãe, tem que ser visto como uma política pública de proteção à criança, em total conformidade com o art.227 do CRFB/88<sup>62</sup>.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, o parto anônimo se mostra como uma alternativa ao abandono de recém-nascidos. A entrega anônima do bebê, pela mãe, em ambiente hospitalar, logo após o parto, não só resguarda o seu direito à saúde e à vida, como o do bebê também. Tais direitos devem prevalecer sobre o exercício de alguns dos direitos da personalidade como direito ao nome e à ascendência genética e seus consectários, uma vez que, sem a preservação da vida, não existe a efetivação de tais direitos. Ademais, a ascendência genética e o desejo psicológico de conhecer as suas origens podem ser buscadas judicialmente como prevê o Projeto de Lei e o ECA, o que não importa em reconhecimento de filiação. Certamente, essa possibilidade de entregar o recém-nato em lugar seguro é socialmente aceita no Brasil, pois guarda semelhança com o instituto da adoção. Se de um lado os valores sociais em relação à mulher não são mais

---

<sup>60</sup> Ibid., p.151-152.

<sup>61</sup> Ibid., p.153.

<sup>62</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.



os mesmos que os da época da roda dos expostos, já que homens e mulheres são iguais perante a lei, somado ao fato de que os paradigmas da maternidade e paternidade mudaram, diante da reprodução humana assistida e da socioafetividade, essas verdades devem ser conjugadas com políticas públicas voltadas para a saúde reprodutiva e planejamento familiar, não esquecendo que o Brasil ainda lida com as mazelas da pobreza.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Instituto do Parto Anônimo no Direito Brasileiro: Avanços ou Retrocessos? *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.1, p.154, dez./jan. 2008.

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

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848/40, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 set.2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 3.320/2008. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&filename=PL+3220/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=947C165A28B2B76E93CF71CA0656D6D5.proposicoesWeb1?codteor=552449&filename=PL+3220/2008)>. Acesso em: 12 set.2015.

MORAES, Maria Celina Bodan de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de Direito Civil-Constitucional – Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2012.

OSÓRIO, Lícia Maria Teixeira; CANDIDO, Nathalie Carvalho. O Parto Anônimo e a Nova Lei de Adoção: Um Estudo da Filiação à Luz da Dignidade da Pessoa Humana. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo –SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <[www.publicadireito.com.br](http://www.publicadireito.com.br)>. Acesso em 03 de março de 2015.



PENALVA, Luciana Dadalto. Parto Anônimo e Direitos da Personalidade. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v.9; n.52, p.88, fev./mar. 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SALES, Ana Amélia Ribeiro. Parto em Anonimato: Uma Janela Para a Vida, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.1, p.168, dez./jan. 2008.

PRATA, Henrique Moraes. Aspectos Jurídicos da Portinhola de Bebês e do Parto Anônimo na Alemanha com especial Consideração da Tradição Francesa do Accouchement Sous X e do Julgamento do Tribunal de Europeu dos Direitos do Homem no Caso Odièvre. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X – nº3, Abr-Maio. 2008. p.106.

SOUZA, Ivone Coelho de; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Parto Anônimo: Uma Omissão que Não Protege, *Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.4, p.68, jun./jul. 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Parto Anônimo, Planejamento Familiar e Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, *Revista do Advogado*, São Paulo, n.101, p.20, dez.2008.



## O MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DE TRABALHO - PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM CHOQUE COM O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO

Rafael Condé Tostes

Graduado pela PUC-RIO – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - Pós Graduando em Direito *latu sensu* pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Leigo lotado no III Juizado Especial Cível – Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo:** O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho é um assunto que vem ganhando significativo destaque, uma vez que tem relação direta com o Direito do Trabalho. Com o crescimento da utilização da internet, o e-mail passou a ser um dos principais meios de comunicação, principalmente no ambiente de trabalho. Com isso, ocorreu o surgimento de diversos problemas, como por exemplo, é possível que o empregador exerça controle ilimitado, entre outros. O objetivo do trabalho é analisar os entendimentos existentes sobre o assunto com o fito de identificar o embasamento de cada um para que ao final seja possível especificar os limites de controle que podem ser utilizados ou não pelo empregador.

**Palavras – chave:** Correspondência eletrônica; intimidade e vida privada; inviolabilidade de correspondência; direito à propriedade; poder diretivo; monitoramento de e-mail.

**Sumário:** Introdução. 1. O Direito Eletrônico no Ambiente do Trabalho. 2. Poder Diretivo do Empregador. 3. O Uso do E-mail no Ambiente de Trabalho. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata de um tema que vem ganhando importância em um dos ramos mais sensíveis do direito brasileiro, o direito do trabalho, principalmente quando se refere à demissão de um empregado por justa causa decorrente da emanção desse poder de direção do empregador, situação que se encontra cada vez mais presente na sociedade brasileira.

Para estudo do assunto, utiliza-se a doutrina e a jurisprudência, já que foram as primeiras fontes no caminho da possibilidade da aplicação da fiscalização da correspondência eletrônica no ambiente laboral, visando alcançar a harmonia entre choque de direitos e interesses atinentes a relação entre trabalhador e patrão.



O objetivo do trabalho é analisar a questão dos conflitos ocorridos dentro da relação de emprego em razão do uso das novas tecnologias, no caso em tela, internet e *e-mail* como ferramentas disponibilizadas ao empregado para a persecução de maior produtividade e competitividade da empresa, torna-se cada vez mais frequente na sociedade brasileira, visto que esta, por apresentar-se atualmente como extremamente globalizada e engajada no mundo cibernético, faz com que muitas vezes a correspondência virtual seja a principal fonte de comunicação entre as pessoas, sendo tanto na área doméstica, bem como na seara do trabalho.

Vale observar, para melhor compreensão do tema, que o uso imoderado e muitas vezes inapropriado do *eletronic mail* dentro da esfera do trabalho acarreta inúmeras problemáticas tanto para o trabalhador, o qual dependendo da política abusiva de sua companhia pode ter infringido seus direitos fundamentais como o da intimidade e o da inviolabilidade de suas correspondências, quanto para o empregador, o qual pode ser responsabilizado civil e penalmente pelos atos dos seus prepostos pela má utilização dos fatores de produção que disponibilize, bem como terá significativo prejuízo se esses instrumentos não forem aproveitados para fins distintos do trabalho.

É importante esclarecer que para descobrir os limites a serem observados por cada parte na relação de emprego, será fundamental aplicar o princípio da proporcionalidade, o qual prega que deve ser feita uma análise metódica entre os direitos em colisão para saber qual deles deverá prevalecer. Essa técnica é essencial para solucionar esse tipo de conflito, pois, até hoje, o ordenamento jurídico brasileiro não possui uma legislação específica sobre o assunto, restando aos doutrinadores e os nossos tribunais darem uma luz no fim do túnel para tentar pacificar esse debate polêmico, que está longe de ser uma questão unânime no Brasil.



Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o tema de maneira ampla, expondo alguns princípios relacionados aos direitos fundamentais do empregado no ambiente de trabalho.

Já o segundo capítulo tem como objetivo esclarecer o poder diretivo do empregador, no que consiste e o direito de propriedade do empregador, ou seja, o possível conflito existente entre eles.

O terceiro capítulo demonstra o problema de forma objetiva e analisa o posicionamento em relação ao tema do sistema jurídico brasileiro.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva-explicativa.

## **1 - O DIREITO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DO TRABALHO**

Devido à intensa rapidez do crescimento do fenômeno da globalização, que ocorre desde o século passado até os dias atuais, e, conjuntamente, com os inúmeros avanços tecnológicos em diversas áreas, preponderantemente a da informática, propiciou diversas modificações nas relações sociais, de trabalho e demais searas dentro da coletividade.

Esse novo paradigma social repercutiu na esfera do ordenamento jurídico, pois, se originaram outras situações decorrentes da informática que merecem ser protegidas e tuteladas pelo Direito. Então, nos dizeres de Maria Helena Diniz, “surge o Direito da Internet, como um grande desafio para a ciência jurídica por descortinar, como diz Huxley, `um admirável mundo novo, diante de enorme clamor provocado ao levantar polêmicas de difícil solução”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. Prefácio, In: DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000 apud OLIVO, Luis Carlos Cancellier. *Os “Novos” Direitos enquanto Direitos Públicos Virtuais na Sociedade de Informação*, In: WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens. (Org.). *Os “novos direitos” no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 319-353.



Nesta esteira, para a compreensão do presente estudo, é necessário expor algumas noções básicas sobre o Direito Eletrônico, principalmente, no que diz respeito ao surgimento da internet e da correspondência eletrônica, e, mais adiante, a análise de como esses instrumentos influenciarão na relação empregado e empregador na esfera trabalhista, bem como quais são os benefícios e malefícios trazidos por eles.

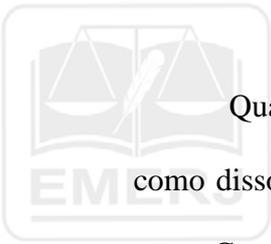
Segundo Regina Linden Ruaro que realizou uma perfeita abordagem histórica sintética e concisa acerca do surgimento da internet e seus desdobramentos:

[...] a Internet, tornou importante mecanismo de informação e troca de dados entre pessoas, estabeleceu a possibilidade de conexão entre o mundo inteiro. Criada com propósitos estratégico-militares, em plena guerra fria, em 1969, pela Arpa – *Advanced Research Projects Agency*-, do departamento de Defesa dos Estados Unidos, a chamada “Arpanet” visava a conectar entre si diversos computadores, situados em diferentes locais, sem que houvesse um computador principal realizando a ligação. A ideia era a de preservar a manutenção de uma rede independente, de modo que ainda que um dos computadores fosse descoberto e desativado, os outros continuassem conectados sem qualquer prejuízo. Essa tecnologia, ao longo do tempo, passou a ser empregada em centros de pesquisa, em universidades, empresas, administração pública e outros, colocando-se, hoje, praticamente ao alcance de todos.<sup>2</sup>

Antes de adentrar nessa matéria, é importante verificar quais direitos estão em jogo, quais regras devem ser admitidas, se há um mandamento humano maior que deva ser observado. Diante dessas indagações, no próximo ponto do tema uma análise da relação entre os direitos fundamentais e da personalidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, isso é, qual é o parâmetro que deve ser levado em consideração para compreender a controversa e polêmica geradas pelo monitoramento do e-mail eletrônico no ambiente de trabalho.

---

<sup>2</sup> RUARO, Regina Linden. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador, In: *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações* / Org Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 228.



Quando se trata dos temas direitos fundamentais e direitos da personalidade, não há como dissociá-los do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual está consagrado na nossa Carta Magna como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

Art. 1º, III, CF. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) I – a dignidade da pessoa humana.<sup>3</sup>

A dignidade é um atributo que todo ser humano possui, independente de qualquer requisito ou condição. Sua relação com os direitos fundamentais é estreita, como define Paulo Gustavo Gonet Branco:

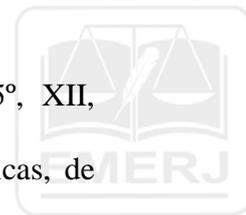
[...] é esse princípio da dignidade humana que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade da pessoa humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que o “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.”<sup>4</sup>

Diante dessa premissa, há de se notar que o princípio da dignidade da pessoa humana seria o núcleo em torno do qual os direitos fundamentais gravitam, isso é, esses direitos ao mesmo tempo o protege e o promove. A pessoa só por ser humana tem o direito à vida digna.

Feitas tais considerações sobre esse princípio constitucional ficará mais fácil a compreensão dos conflitos entre direitos fundamentais e da personalidade decorrentes do monitoramento do correio eletrônico no ambiente do trabalho, isso é, será feita uma análise se ocorre ou não, violação à dignidade da pessoa humana tal prática de fiscalização adotada pelo empregador.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 15.09.15.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, PAULO Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271.



A Constituição de 1988 consagra esse direito fundamental, no artigo 5º, XII, afirmando ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”<sup>5</sup>

Inicialmente, deve-se encarar a problemática sobre se a correspondência virtual estaria protegida por esse manto constitucional. Existem duas correntes sobre o embate, sendo a minoritária a que defende que o correio eletrônico não é correspondência, se consubstanciando na Lei específica de nº 6.538/78, em seu artigo 7º, parágrafo primeiro:

Art.7º, parágrafo 1º São objetos de correspondência:

- a) carta;
- b) cartão-postal;
- c) impresso;
- d) cecograma;
- e) pequena-encomenda.<sup>6</sup>

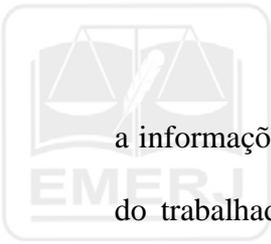
Denota-se que o sigilo das comunicações além de ser uma garantia da livre expressão de pensamento, fortalece também a prerrogativa fundamental do direito à intimidade e à vida privada. Entretanto, no caso do monitoramento de e-mail no ambiente laboral, terá que ser feita uma análise detalhada sobre o caso concreto, pois haverá situações em que outros mandamentos constitucionais e poderes do empregador entrarão em rota de colisão com os direitos dos trabalhadores.

Verifica-se que a fiscalização feita pelo empregador através do monitoramento do e-mail do empregado não é tão simples de ser pacífica, pois dependerá, como explícito mais adiante, de como está sendo utilizada essa ferramenta de trabalho, se o seu conteúdo é restrito

---

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 15.09.15.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Lei nº 6.538/78, artigo 7º, parágrafo primeiro – são objetos de correspondência. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6538.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm)>. Acesso em 15.09.15.



a informações da empresa, ou, somente é atinente a conteúdo de caráter estritamente pessoal do trabalhador. Tudo isso será levado em conta na hora de o empregador usar seu poder diretivo, que também não é um poder ilimitado.

## 2. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Ao iniciar o estudo sobre o poder diretivo que detém o empregador, se faz necessário observar, primeiramente, quem são considerados legalmente como tais, bem como quem são as pessoas subordinadas a ele. A Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 consagra em seu artigo 2º, *caput* e parágrafo 1º, o que se entende como empregador:

Art. 2º, *caput*, CLT: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.<sup>7</sup>

Art. 2º, §1º, CLT: Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.<sup>8</sup>

Essas são as características elencadas do ordenamento jurídico brasileiro a serem analisadas para considerar se uma empresa é ou não efetivamente uma empregadora. Importante também destacar a redação dada pela Consolidação das leis trabalhistas ao definir a figura do empregado, que está positivada em seu artigo 3º, que diz que “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste mediante salário.”<sup>9</sup>

<sup>7</sup> BRASIL. Art. 2º, *caput*, CLT - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 15.09.15.

<sup>8</sup> BRASIL. Art. 2º, parágrafo, 1º, CLT - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 15.09.15.

<sup>9</sup> BRASIL. Art. 3º, CLT - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste mediante salário. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 15.09.15.

Dentre os elementos narrados acima, o mais relevante para ser avaliado no que tange à matéria tratada no presente estudo é o elemento subordinação. É através desse elemento que o patrão irá exercer o seu poder dentro da relação de emprego, e por tal razão é necessário fazer uma breve consideração sobre esse tema no que tange ao modo de como a subordinação é concebida.

Sobre esse quesito, há posicionamentos divergentes na doutrina trabalhista, valendo mencionar o apanhado de todas essas teorias feito por Amauri Mascaro Nascimento:

Para uns a subordinação é hierárquica, significando a aceitação, no próprio trabalho, das ordens de um superior; para outros a subordinação é econômica, entendendo-se aquela que põe o trabalhador numa sujeição ou estado de dependência econômica; para outros a subordinação é jurídica, entendendo-se como tal um estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, de dar ordens, donde a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens; para outros a subordinação é técnica, assim se entendendo aquela que nasce entre indivíduos dos quais uns exerce de modo constante uma atividade na indústria humana e para exercício da qual eles se servem de pessoas que dirigem e orientam; finalmente, para outros, a subordinação é social, o estado decorrente de classe social.<sup>10</sup>

Nota-se que há inúmeras teorias para explicitar a maneira pela qual é concebida a subordinação na relação de emprego, todavia a que prevalece, é a teoria da subordinação jurídica. Amaury Mascaro Nascimento também se filia a esse posicionamento, afirmando que:

Prevalece a teoria da subordinação jurídica que explica a posição do empregado perante o empregador, para demonstrar que não a sua pessoa, como equivocadamente sustentou a doutrina clássica italiana da subordinação como *status*, mas o modo como o seu trabalho é prestado, é o objeto do contrato.<sup>11</sup>

É importante fazer uma distinção entre poder empregatício e poder hierárquico para compreender corretamente esse fenômeno. Como sustentou Mauricio Godinho Delgado, a doutrina costumava examinar o poder empregatício usando uma expressão de caráter geral, isso é, denominava-o de poder hierárquico. Esse seria o poder conferido ao empregador na esfera da relação de emprego baseando-se em uma reunião de atribuições concernente à

<sup>10</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 535.

<sup>11</sup> *Ibid.*



regulamentação, direção, fiscalização e disciplina da economia própria da empresa e referente à prestação de serviços. Esse poder hierárquico abarcaria todas as outras dimensões do poder empregatício.<sup>12</sup>

Porém, se fosse adotada tal denominação, a mesma traria péssimos significados valorativos, isso é, passaria uma imagem de autoritarismo, sendo incompatível com qualquer processo de democratização do poder do empregador que foi levada ao Direito do Trabalho, pois já foi superada a ideia retrógrada desse vocábulo.

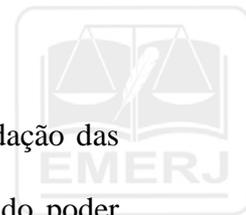
No que tange à existência da limitação de poder empregatício é evidente que assim como qualquer outro direito, esse é passível de mitigação. No entanto, essa limitação não foi disciplinada claramente no ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente da Itália, por exemplo, a qual possui um Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores da Itália (Lei n. 300, de 20.5.70), em que prevê uma limitação ao exercício das atividades de fiscalização e controle interno por parte do empregador, em benefício da proteção à liberdade e dignidade do trabalhador.

Em decorrência da ausência de regulamentação específica, o direito pátrio busca nos princípios gerais, regras e mandamentos constitucionais e no princípio da dignidade da pessoa humana, orientações que viabilizem a limitação desse poder para que não haja abuso por parte do seu titular. Em relação à questão concernente à viabilidade do monitoramento da correspondência virtual no ambiente do trabalho, isto é, se nesse caso extrapolasse o limite do poder diretivo.

O estudo dos fundamentos legais através da legislação vigente no Brasil pode ser feito por vias indiretas, isso é, extraíndo-se das normas legais os significados implícitos compatíveis com a intenção do legislador.

---

<sup>12</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 632.



Vale citar, a título meramente ilustrativo, os seguintes artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 que reportam implicitamente os fundamentos jurídicos do poder empregatício:

Art. 468, Parágrafo único da CLT: Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.<sup>13</sup>

Art. 469 da CLT: Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança de domicílio.<sup>14</sup>

É possível perceber que tanto os fundamentos doutrinários e suas diversas dimensões como os fundamentos legais, apesar deste último carecer de alguma regra expressa na nossa lei trabalhista, são de enorme valia para compreendermos a constituição do poder do empregador no decorrer da história até os dias atuais.

A partir desses fundamentos ficará mais visível o que ele representa dentro de uma relação empregatícia, ajudando a entender como sua atuação, no que tange a possibilidade de monitoramento da correspondência eletrônica dentro do ambiente de trabalho, é exercida efetivamente.

### **3 - O USO DO CORREIO ELETRÔNICO NO AMBIENTE DO TRABALHO**

Depois de feitas as considerações pertinentes nos dois capítulos anteriores acerca dos direitos envolvidos na relação de emprego, isso é, de um lado os direitos fundamentais da inviolabilidade e sigilos das correspondências, da intimidade e da vida privada do empregado, no ambiente de trabalho, e do outro o poder diretivo e o direito de propriedade do

---

<sup>13</sup> BRASIL. Art. 468, Parágrafo único da CLT - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 15.09.15.

<sup>14</sup> BRASIL. Art. 469 da CLT - Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança de domicílio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 15.09.15.



empregador, verificar-se-á o confronto entre eles, na medida em que são direitos indissociáveis na relação empregatícia.

Assim, deverá se arguir até que ponto o poder organizacional do empregador poderá justificar ou não a limitação aos direitos fundamentais do empregado, ora supramencionados. Se o impedimento do exercício da liberdade de expressão do empregador através da correspondência virtual configuraria um verdadeiro abuso de direito.

Diante disso, o exame das modificações surgidas pela utilização dos meios informáticos dentro do meio do trabalho tornou-se extremamente importante nos dias atuais, pois é necessária a adequação do direito às novas tecnologias inseridas no contexto do ambiente de trabalho, isto é, das relações sociais decorrentes desse fenômeno.

No debate em questão, o choque entre os direitos dos dois polos (empregador e empregado) da relação de emprego decorre do monitoramento do e-mail do subordinado. Seria viável esse tipo de fiscalização sem violar as prerrogativas constitucionais que os trabalhadores possuem. Para tecer os primeiros comentários sobre esse dilema, é significativo esclarecer como é realizado esse monitoramento eletrônico, o que efetivamente é fiscalizado por essa atividade.

Na verdade, existem inúmeros motivos que induzem os empregadores a realizarem esse tipo de monitoramento, vale destacar duas razões fundamentais que são alegadas com mais frequência: a primeira é em relação à segurança, e a segunda é o tempo exorbitante gasto pelos empregados com questões particulares na Internet, como por exemplo, as visitas a *sites* de compras, programação de viagens de férias, envio e recebimento de mensagens eletrônicas.

Em relatório realizado nos Estados Unidos pela *Burst Media*, constata-se que a internet seria a melhor mídia para alcançar os consumidores durante o horário de trabalho. Afirma-se que 56% dos trabalhadores adultos de todas as idades usam a internet para se informar durante o expediente. 25,5% afirmam que as horas que passam no serviço são as



melhores para realizar atividades pessoais *on line*. A velocidade das conexões de internet no trabalho, superior a de residências, é apontada como a principal razão.<sup>15</sup>

Outros dados coletados por outro instituto de pesquisa junto a 300 empresas apontam que os *softwares* de mensagem instantânea são mais utilizados no trabalho do que em casa, indicam que 57% dos entrevistados usam os *messangers*, conhecido também como intranet, no trabalho para tratar de assuntos pessoais. Por outro lado, 56% disseram que utilizam em casa o mesmo recurso para motivos profissionais.<sup>16</sup>

Por tais motivos, as empresas e órgãos públicos adotam essa medida especial na tentativa de evitar danos ao sistema de informática ou de controlar o serviço dos empregados.

O sistema jurídico no direito brasileiro tem sido construído pelas decisões dos tribunais devido à ausência de legislação específica que regulamente a fiscalização por parte do empregador através do monitoramento da correspondência eletrônica no ambiente de trabalho.

Entretanto, verifica-se que há um posicionamento predominante, que é favorável ao monitoramento eletrônico dentro do ambiente do trabalho, que vem sendo adotado pela jurisprudência e que já denota o alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais envolvidos na relação empregatícia.

Nesse sentido, julgou-se no Tribunal do Trabalho da 2ª Região:

Não se constitui prova fraudulenta e violação de sigilo de correspondência o monitoramento pelo empregador dos computadores da empresa. *E-mail* enviado a empregado no computador do empregador e relativo a interesses comerciais da empresa não pode ser considerado correspondência pessoal. Entre o interesse privado e o coletivo de se privilegiar o segundo. Limites razoáveis do entendimento do direito ao sigilo.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Notícia coletada no site Blue Bus. 56% usam a web para se informar no trabalho. *In*: Noticiário da Tarde, 09/12/2004, 14h31. Disponível em: <http://www.bluebus.com.br/cgi-bin/show.pl?p=2&id=57405&st=busca>. Acesso em 05/10/2010

<sup>16</sup> Notícia coletada no site Blue Bus. 57% usam Messenger para assuntos pessoais. *In*: Noticiário da Tarde, 11/11/2004, 15h00:<http://www.bluebus.com.br/cgibin/show.pl?p=2&id=56788&st=busca>. Acesso em 18/09/2010.

<sup>17</sup> BRASIL. Órgão Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Processo nº 02771200326202004, 1ª turma, Relator Plínio Bolívar de Almeida. Data 10/01/2006. Acessível em <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8074565/2771200326202004-sp/inteiro-teor-13406874>. Acesso em 15.09.15.



Devido ao crescente número de casos de dispensa por justa causa envolvendo o uso inadequado do *e-mail* pelo empregado no ambiente de trabalho, coube também ao Tribunal Superior do Trabalho se manifestar com relação à possibilidade de monitoramento eletrônico, e, em 18 de maio de 2005, sob a relatoria do Ministro João Oreste Dalazen, foi firmado entendimento, o qual, atualmente, é muito citado em todos os tribunais do trabalho do país, bem como pelo próprio órgão superior trabalhista:

**PROVA ILÍCITA. “E-MAIL” CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.**

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (“e-mail” particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado “e-mail” corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o “e-mail” corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

4. Se se cuida de “e-mail” corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de “e-mail” de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em “e-mail” corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.<sup>18</sup>

Hoje, já se encontra inúmeros julgados sobre o monitoramento de e-mail no ambiente de trabalho no próprio Tribunal Superior do Trabalho, o que evidencia que essa problemática do uso inadequado da correspondência virtual do empregado está cada vez mais ganhando destaque no cenário empresarial por ser causa de dispensa por justa causa.

Ao analisar o tratamento que os países estrangeiros conferem ao monitoramento da correspondência eletrônica do empregado no ambiente de trabalho, merece ser destacado no trecho do artigo do jurista Mário Antônio Lobato de Paiva sobre o assunto:

No direito comparado podemos constatar um avanço considerável no que diz respeito regulamentação e até mesmo jurisprudência envolvendo questões trabalhistas veiculadas a informática, como é o caso de recente decisão da Sala Social do Tribunal Superior de Justiça Catalunya composta pelos doutores. José Quetcuti Miguel, Francisco Javier Sanz Marcos e Rosa Maria Virolés Pinõl no processo de número 4854/2000 onde tiveram a oportunidade de julgar um caso envolvendo a "informatização da demissão".

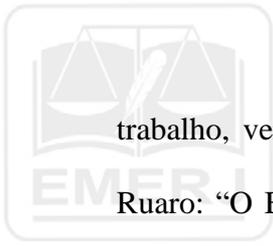
O jurista Marcelo Oliveira Rocha também faz um exame, só que mais detalhado, do direito comparado em seu artigo publicado na Revista *Jus Vigilantibus*, em 7 de maio de 2006 sobre a fiscalização da correspondência eletrônica no meio de trabalho que merece ser destacado:

Nos Estados Unidos, a Constituição não contém disposição expressa que proteja este direito. No entanto, a partir da IV e V emendas tem sido desenvolvido este direito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Uma das normas mais importantes quanto à proteção da correspondência na Internet é a Lei de Privacidade das Comunicações Eletrônicas - ECPA, segundo a sigla em inglês, que protege todas as formas de comunicação eletrônica, incluindo a comunicação telefônica de voz e as comunicações digitais de computador como o correio eletrônico e das mensagens armazenadas em boletins eletrônicos.

Apesar do ordenamento jurídico pátrio não possuir nenhuma legislação específica em relação ao monitoramento da correspondência eletrônica do trabalhador no ambiente do

---

<sup>18</sup> BRASIL. Órgão TST. Número Único Processo - Recurso de Revista - 613/2000-013-10-00.7, 1º turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen. Data 10/06/2005. Acessível em <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1724843/recurso-de-revista-rr-613002320005100013-61300-2320005100013/inteiro-teor-10792867>. Acesso em 15.09.2015.



trabalho, verificamos que, conforme ilustrado no livro da ilustre professora Regina Linden Ruaro: “O Brasil não se afasta da posição já adotada em países como os Estados Unidos, a Espanha e o Reino Unido para quem o e-mail corporativo não recebe a mesma proteção outorgada ao cidadão no tocante à inviolabilidade da comunicação e da privacidade”.<sup>19</sup>

## CONCLUSÃO

A evolução cada vez mais rápida quanto às novas tecnologias no mundo, faz com que seja urgente o regramento acerca da possibilidade da fiscalização da correspondência eletrônica no ambiente de trabalho. A jurisprudência já vem adotando um entendimento majoritário acenando acerca da possibilidade dessa atividade, no entanto, somente em se tratando de correio eletrônico corporativo.

A doutrina ainda não é totalmente convergente sobre o tema no sentido de consolidar uma posição igualitária da viabilidade dessa medida de controle por parte do empregador. Entretanto, a colisão entre os direitos de inviolabilidade e sigilos de correspondência, combinada com o direito à vida privada e à intimidade do empregado, e o poder diretivo e direito à propriedade do empregador, deverá ser examinada de maneira que seja possível sopesar os princípios que estão presentes na questão e puder se estabelecer uma prevalência de alguns sobre os outros, de forma que nenhum será considerado absoluto, isso é, aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade para tentar solucionar esses impasses.

Após os argumentos expostos pelos doutrinadores, tanto os que defendem quanto os que proíbem o monitoramento do *e-mail* do empregado no ambiente de trabalho, bem como a jurisprudência dos diversos órgãos julgadores, entendemos ser perfeitamente possível a fiscalização da correspondência virtual do trabalhador para evitar o desvio das suas atividades pra fins particulares.

---

<sup>19</sup> RUARO, Regina Linden. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador* in *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações* / Org Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 248.



Nessa esteira, só poderia haver monitoramento do *e-mail* corporativo, pois somente ele que é considerado como uma ferramenta de trabalho e não propriedade pessoal para uso exclusivo do empregado em objetivos de sua conveniência não relacionados com o trabalho. Então, é possível chegar à conclusão de que o direito do empregador de fiscalizar a atividade do empregado no computador decorre do exercício do seu poder diretivo. Não se configura invasão da intimidade e da vida privada do empregado ao realizar o monitoramento do *e-mail* corporativo, pois, a empresa é que é detentora dos seus equipamentos e deve buscar que os mesmos sejam utilizados apenas para fins de trabalho, e não para finalidades pessoais e privativas do empregado.

Portanto, ante a lacuna legal sobre o tema, é recomendável que as empresas a supra por outros mecanismos como os regulamentos internos, apesar de não ser imprescindível para a configuração de dispensa por justa causa para o Tribunal Superior do Trabalho. O empregador, ao estruturar a política de sua empresa e fazer constar no contrato de trabalho as condições em que os instrumentos de trabalho devam ser adequadamente empregados, no caso em tela a correspondência virtual, fará com que o empregado fique ciente inequivocamente de todos os procedimentos e sanções que lhe poderão acometer caso transgrida essa regra, sendo assim, mais fácil será a resolução do problema se houver violação desse regulamento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ANDRADE, de Vieira, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARASSI Ludovico. *Diritto Del Lavoro*. v. 2. Miliano: Dott A. Giuffrè, 1957.

BRASIL. *CÓDIGO CIVIL*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



\_\_\_\_\_. *CLT Saraiva & Constituição Federal*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988), disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm), acesso em 15.09.15.

\_\_\_\_\_. *Lei* n° 6.538/78, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6538.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6538.htm), acesso em 15.09.15.

\_\_\_\_\_. Órgão Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Processo n°: 02771200326202004, 1º turma, Relator Plínio Bolivar de Almeida. Data 10/01/2006. Acessível em <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8074565/2771200326202004-sp/inteiro-teor-13406874>. Acesso em 15.09.15.

\_\_\_\_\_. Órgão TST. Número Único Processo - Recurso de Revista - 613/2000-013-10-00.7, 1º turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen. Data 10/06/2005. Acessível em <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1724843/recurso-de-revista-rr-13002320005100013-61300-2320005100013/inteiro-teor-10792867>. Acesso em 15.09.2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Prefácio. In de Lucca, Newton e Simão Filho, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000 apud Olivo, Luis Carlos Cancellier. Os “Novos” Direitos enquanto Direitos Públicos Virtuais na Sociedade de Informação in *Os “Novos” Direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FALCÃO, Felipe Hack de Barros. Artigo: *Monitoramento do e-mail corporativo e a restrição à privacidade do empregado*. *Novos Debates no ambiente de trabalho*. Publicado em junho de 2007. Disponível em [http://xa.yimg.com/kq/groups/18836110/299386913/name/XVI\\_SemAtualizJuridica\\_DEletronico\\_MarcoAntonio\\_200710\\_Cido\\_matmon.pdf](http://xa.yimg.com/kq/groups/18836110/299386913/name/XVI_SemAtualizJuridica_DEletronico_MarcoAntonio_200710_Cido_matmon.pdf). Acesso em 18 set. 2010.

FARIAS, Cibely. *O sigilo Postal na era da Comunicação digital*. Disponível em [www.ter-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/cibelly.htm](http://www.ter-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/cibelly.htm). Acesso em 10 out. 2010.

FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MATEUCCI, Carlos Roberto Fornes. *Privacidade e Mensagem Eletrônica*, *Gazeta Mercantil*, 02/10/02.

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho Inocêncio Mártires, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.



MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950, p.64 e 98 (edição fac-similada por São Paulo: LTr, 1991).

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Notícia coletada no site Blue Bus. *56% usam a web para se informar no trabalho*. Disponível em <http://www.bluebus.com.br/cgi-bin/show.pl?p=2&id=57405&st=busca>. Acesso em 05 out. 2010.

Notícia coletada no site Blue Bus. *57% usam Messenger para assuntos pessoais*. Disponível em <http://www.bluebus.com.br/cgi-bin/show.pl?p=2&id=56788&st=busca>. Acesso em 18 set. 2010.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*, nº 227, HS: 2002.

\_\_\_\_\_. Mário Antonio Lobato de, *O monitoramento da correspondência eletrônica no ambiente de trabalho*, Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3486/o-monitoramento-do-correio-eletronico-no-ambiente-de-trabalho>. Acesso em 13 out. 2010.

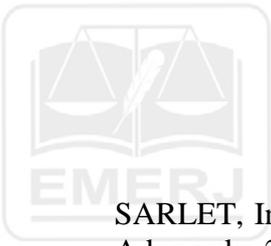
PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. v.1. 21. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. 2000, LTR.

ROCHA, Marcelo Oliveira. *O monitoramento dos e-mails no ambiente de trabalho*. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/21082>. Acesso em 30 out. 2010.

RUARO, Regina Linden. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador in *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações* / Org Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976.



SARLET, Ingo Wolfongang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVEIRA NETO, Antônio. *A privacidade do trabalhador no meio informático*. [on line] Acessado de [www.jusvi.com](http://www.jusvi.com). Acessado em 23/09/2010.

SIMÓN, Sandra Lia. *A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA, Mauro César Martins de. *E-Mail (...NET) na relação de Emprego: Poder Diretivo do Empregador (Segurança) & Privacidade do Empregado*. Revista Justiça do Trabalho. Nº 202: outubro de 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo, Délio Maranhão, Segadas Vianna & Lima Teixeira *Instituições de Direito do Trabalho*. 20. ed. LTR, 2002.



## A TEORIA CONCRETISTA NO MANDADO DE INJUNÇÃO VIOLA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES?

Rafaella Cardoso Dutra Marcilio

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá.

**Resumo:** O presente artigo visa discutir sobre a Teoria Concretista no mandado de injunção e a possível violação do princípio da separação dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro, descrevendo a evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao efeito do mandado de injunção no sistema jurídico brasileiro e quanto ao seu constitucionalismo contemporâneo, cuja pedra angular busca assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, como a proteção da dignidade da pessoa humana. As metodologias utilizadas nesta pesquisa foram às descritivas e bibliográficas.

**Palavras-chave:** Mandado de injunção. Teoria concretista. Separação dos Poderes. Efeitos das decisões do STF. Violação Princípio da separação dos poderes.

**Sumário:** Introdução. 1. Panorama e Finalidade do mandado de Injunção. 2. Decisão e seus efeitos. 3. Evolução dos efeitos da decisão do STF. 4. Teoria Concretista X Separação dos Poderes. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende analisar as mudanças das teses ocorridas junto ao Supremo Tribunal Federal sobre o Mandado de Injunção até a fase atual, em que se discute se a Teoria concretista violaria o princípio constitucional da separação dos poderes. Procura-se demonstrar que devido a décadas de inércia do poder legislativo sobre as normas de eficácia limitada, obrigou a Suprema Corte a desenvolver uma postura ativa para que os direitos e garantias constitucionais fossem cumpridos, refutando assim a insegurança jurídica causada pela inação legislativa.

Para tanto, serão abordados as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se de fato o poder judiciário invadiu a esfera do poder



legislativo, quando deixou de apenas declarar a mora da lei para atuar de forma mandamental diante da ação constitucional.

De tal modo que, a supremacia da Constituição consiste em que as leis comuns não podem derogá-la, o que compreende a natural consequência de que não podem violar nem alterar suas disposições. Isso porque sua rigidez consubstancia-se na teoria do direito constitucional contemporâneo. Logo, assegurar supremacia e a rigidez de ordem constitucional, foram criados instrumentos jurídicos capazes de eliminar as violações à Constituição, devendo esta ser entendida não como apenas uma folha de papel.

Sendo o mandado de injunção uma garantia constitucional autoaplicável, para a sua concessão, há de estar clara a relação de causalidade, ou seja, a situação de lacuna legislativa.

O mandado de injunção participa da preocupação com a eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais, exteriorizada textualmente em diversas constituições de que são ilustrações países como Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, Uruguai, Bolívia e, finalmente, Brasil, que deve conferir vitaliciedade e trabalhar como neutralizador das consequências lesivas resultando da ausência legislativa dos preceitos constitucionais de eficácia limitada.

Com a argúcia fora observado que a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em regulamentar a constituição, tal posição acabou por proporcionar ingresso de uma série de ações constitucionais, em especial o mandado de injunção, às quais a Suprema Corte deu interpretação que acabou por tornar ineficaz tal instituto. O mesmo ocorreu com a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que levou onze anos para ser regulamentada, muito embora fosse discutível que esta fosse a condição de possibilidade para a eficácia desse instituto, criado pelo constituinte originário exatamente para garantir o combate à violação dos preceitos fundamentais.

Ao lado disso, as várias tentativas de reforma do Poder Judiciário e da sistemática do controle de constitucionalidade (com a tentativa, v.g., de extinguir o controle difuso de constitucionalidade), fizeram com que não se construísse um ambiente doutrinário com a necessária perenidade. Aliás, nesse sentido é razoável afirmar que a doutrina brasileira tornou-



se cada vez mais caudatória da jurisprudência, em vez de ser o fio condutor das decisões dos tribunais. A doutrina não doutrina!

Para melhor compreensão do tema, busca-se analisar os primórdios da ação mandamental e a superação de cada fase pela Suprema Corte.

O primeiro capítulo visa à apresentação do panorama e finalidade do mandado de injunção.

Segue-se abordando, as decisões e seus efeitos concessivos do mandado de injunção, abarca também sobre as evoluções das teorias adotadas pelo Supremo Tribunal federal ao longo do tempo.

O terceiro capítulo destina-se a analisar o projeto de lei que possibilita a extensão da decisão da ação mandamental de forma uníssona, para que possibilite a aplicação da norma constitucional aos casos concretos, de uma só vez.

O quarto capítulo confronta o princípio da separação dos poderes com a teoria adotada hodiernamente pelo STF, busca-se verificar se de fato a teoria concretista violaria tal princípio, uma vez que possibilita ao poder judiciário decidir sobre a norma omissa, sem que oportunize ao poder legiferante a regulamentação da norma inexistente.

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

## **1. PANORAMA E FINALIDADE DO MANDADO DE INJUÇÃO**

As origens da ação direta de inconstitucionalidade são mais claras do que as do mandado de injunção, sendo corrente que ela teve raízes na Constituição de 1974 da República Federativa Socialista da Iugoslávia, onde o Tribunal Constitucional era dotado de competência para julgar o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Além da referida herança, não se nega a influência lusa, já que tem o nosso instituto os mesmos contornos na Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 283).



Sobre os antecedentes históricos, a doutrina, não raro cita, sobretudo o *writ of injunctio* do direito norte-americano e institutos do ordenamento jurídico português. A existência da ligação com direito norte-americano não passa de similitude da norma, à luz da abalizada doutrina. Nos direitos norte-americano e inglês, bem como nos direitos da família do *commonlaw*, o *writ of injunctio* é a ordem jurídica da corte de justiça, que proíbe que um indivíduo – ou grupo destes – pratique determinada ação, ou que ordena que certa ordem seja realizada. Em suma, nos direitos inglês e norte-americano, o *writ of injunctio* equivale, ou tem a natureza da antiga ação cominatória do direito brasileiro. Enfatiza a professora Flávia Piovesan<sup>1</sup>, desde logo, esclarecer que não há qualquer consenso doutrinário acerca da origem do mandado de injunção. Há aqueles que veem no instituto um instrumento peculiar e singular, que não encontra precedentes no Direito Comparado. Em sentido contrário, há doutrinadores que buscam a origem do instituto no Direito americano ou inglês, ou ainda no Direito alemão - *Verfassungsbeschwerde*<sup>2</sup>.

Para José Afonso da Silva<sup>3</sup>, “o mandado de injunção surgiu na Inglaterra, no fim do século XIV com base no juízo de equidade”. Contudo, observa o autor que “a fonte mais próxima do mandado de injunção é o *writ of injunctio* do Direito norte-americano.”

Na definição do *Black lawDictionary*, conceituada publicação norte-americana, a injunção é “remédio proibitivo e equânime emitido ou concedido por um Tribunal por solicitação de uma parte queixosa, dirigido a uma parte impetrada na ação ou a uma parte que se tornou impetrada para aquele fim, proibindo esta última de praticar algum ato ou permitir que seus subordinados ou agentes o pratiquem sendo esse ato injusto e iníquo, prejudicial ao queixoso e que não possa ser adequadamente corrigido por ação legal. Processo judicial que

---

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 1995, p.127.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo:RT,1989,p.10.



opera *in personam* e exige que a pessoa a quem é dirigido, faça ou se abstenha de fazer determinada coisa.”

Com efeito, prevê o art. 93 da Lei Fundamental de Bonn que o *Verfassungsbeschwerde* pode ser ajuizado perante o Tribunal Constitucional Federal, por qualquer cidadão sob alegação de ter sido prejudicado pelo Poder Público nos seus direitos fundamentais. Assim, o instituto pode ser ajuizado tanto em face de uma ação como de uma omissão que importa em afronta a direito fundamental.

Considerando essa breve análise sobre a origem do mandado de injunção, à luz dos contornos que lhe atribuiu a Constituição de 1988, conclui-se que o mandado de injunção é medida sem precedente, quer no direito nacional quer no alienígena.

Segundo a lição de Clemerson Merlin Clève<sup>4</sup> enquanto a ação declaratória de inconstitucionalidade configura instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, voltado para a defesa (integralidade) da Lei Fundamental, o mandado de injunção constitui remédio constitucional voltado, primordialmente, para a defesa do direito constitucionalmente definido e dependente de norma reguladora. O mandado de injunção consiste em instrumento de proteção de um interesse jurídico concreto, mas que, na hipótese de tutela de direitos difusos, a decisão seria capaz de desencadear efeitos semelhantes (*erga omnes*) aos da ação declaratória de inconstitucionalidade.

O mandado de injunção presta-se a remover obstáculos e, com isso, viabilizar a realização do direito constitucional reivindicando em concreto, a despeito da falta de regulamentação, assim como, também, por meio da ação direta da inconstitucionalidade seria possível superar a ausência de norma ou de atividade administrativa.

---

<sup>4</sup>CLÈVE, Clemerson Martin. *Ação direta inconstitucionalidade*. Aula 3 do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual, 2011 - Material da 3ª aula da Disciplina de Controle da Constitucionalidade – Universidade Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.



O mandado de injunção é uma figura de índole transitória que surgiu na Constituição de 1988 como instrumento para a superação das omissões legislativas que pudessem impedir o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como a efetividade de prerrogativa inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O remédio constitucional defendido tutela direitos subjetivos onde há partes, contraditório, sendo de natureza mandamental. Assim, só terá espaço no ordenamento enquanto forem mantidas omissões, uma vez que, na medida em que as regulamentações – que permitem o gozo da norma – sejam editados. Proporcionalmente, tais direitos se limitarão às hipóteses de impetração, reduzindo-se a zero quando o sistema legal tiver eliminado o vício de que trata a Carta Magna.

Há vocação do mandado de injunção como instrumento hábil para a tutela coletiva. A legitimidade ativa do mandado de injunção coletivo é mais abrangente do que o rol do art. 5º, LXX, CF – um diploma político altamente social, em que se destacou juridicamente a necessidade de proteção da sociedade de massa. Essa vinculação direta com a atual Carta Magna, por si só, já demonstra a íntima ligação do mandado de injunção à tutela coletiva.

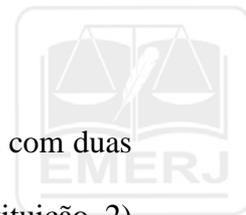
Mesmo que todos os dispositivos constitucionais que demandam integração normativa venham a ser regulamentados, é provável que não desapareça a pertinência do mandado de injunção, como observa Clemerson Merlin Clève<sup>5</sup>.

Bem observado a argúcia do professor Walter Claudius<sup>6</sup>, a defender ser o mandado de injunção uma ferramenta judicial vocacionada à solução de situações específicas, que podem demandar uma resposta ajustada às peculiaridades, com o que o Judiciário deverá avaliar os diferentes casos e, nessa medida, estipular um “prazo razoável.

---

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup>ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção. Material do curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.



A finalidade do mandado de injunção, segundo abalizada doutrina<sup>7</sup>, trabalha com duas grandes finalidades. São elas: a) viabilizar o exercício de direitos previstos na Constituição. 2) Atacar a inércia do legislador ou a chamada síndrome de inefetividade dos Poderes Públicos em não complementar (regulamentar) a Constituição.

Ao lado do mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão foi festejada como importante instituto para fazer valer os direitos previstos na Constituição. Sua ineficácia deita raízes em razões semelhantes às que levaram à derrocada no mandado de injunção. A tese de que o mandado de injunção não passa de uma ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária surgiu logo após os advento da Constituição, através do jurista J. J. Calmon de Passos, e ganhou força no âmbito da doutrina e da jurisprudência constitucional. Conclui-se, portanto, que o mandado de injunção pressupõe uma lide em que o direito constitucional já foi certificado, mas falta, para sua satisfação, a edição da norma constitucional.

A inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em regulamentar a constituição proporcionou o ingresso de uma série de ações constitucionais, em especial via mandado de injunção, às quais a Suprema Corte deu interpretações que acabaram por tornar ineficaz o instituto.

O mesmo ocorreu com a ADCT, que levou onze anos para ser regulamentada. Ao lado disso, as várias tentativas de reforma do Poder Judiciário e da sistemática do controle de constitucionalidade fizeram com que não se construísse um ambiente doutrinário com a necessária perenidade.

---

<sup>7</sup>PIOVESAN, Flávia. Gonçalves, Bernardo. Mazzei, Rodrigo. *Mandado de Injunção*. Material da 2ª aula de disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrado no curso de Pós-graduação *latu senso* Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.



## 2. DECISÃO E SEUS EFEITOS

Há uma série de teorias do efeito da decisão concessiva do mandado de injunção. No escólio de Rodrigo Mazzei<sup>8</sup>, há três correntes a saber:

- 1) Teoria de subsidiariedade: nesta, o Poder Judiciário se limita a tão somente declarar a mora legislativa, nos moldes da ação direta de inconstitucionalidade por omissão;
- 2) Teoria da independência jurisdicional: nesta, a sentença do mandado de injunção possui caráter constitutivo *ergo omnes*, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário editar a norma geral se estendendo de forma abstrata a todos, inclusive Àqueles que não pleitearam a tutela;
- 3) Teoria da resolatividade: nesta, a sentença do mandado de injunção produz a norma para o caso concreto com a natureza constitutiva interpartes, viabilizando direito de forma imediata à luz da própria exegese do art. 5º, LXXI, da CR/88.

Há de se observar, que ao longo da inércia legislativa, a suprema corte teve que se amoldar a conjuntura complexa das demandas que lhe foram apresentadas, inclusive criando teses jurídicas, uma vez que os fatos sociais vão além do que o legislativo possa prevê. Teses essas revistas, na tentativa da prestação jurisdicional e na prevenção de se ter uma constituição inoperante.

Nesse sentido, o STF se posiciona pela teoria da subsidiariedade no MI 107/DF, em que visa obter do poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizado a mora regulamentar pelo poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Não se pode olvidar que na teoria da independência jurisdicional, não seria razoável que o Poder Judiciário elaborasse norma geral e abstrata, quando da apreciação de um caso concreto, cujo pedido é a restauração de direito subjetivo violado. Não condiz com a

---

<sup>8</sup> MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR., Freide(Org.). *Ações constitucionais*. 3. ed. Rev. ampl. Atual. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 258-261.



finalidade de um instrumento de tutela de direito subjetivo, cujo intuito é sanear vícios de ordem jurídica, ou seja, de direito objetivo.

Também há que se considerar que atribuir ao Poder Judiciário a elaboração de normatividade geral e abstrata implica em afronta ao princípio da tripartição dos poderes, tendo em vista que a produção da norma geral e abstrata é atividade típica e própria do Poder Legislativo.

Outrossim, com base na teoria da resolutividade, entende Calmon de Passos<sup>9</sup> que o mandado de injunção:

não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito já certificado. Seu objetivo é exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso. Age o Judiciário substitutivamente, exercitando a função que será do legislador, mas limitado ao caso concreto”. Assim também se posiciona Luís Roberto Barroso<sup>10</sup>, ao destacar que “o Tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto-aplicável norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. Não há, pois, maior dificuldade, nem se exige do judiciário uma atuação de integração de ordem jurídica.

O resumo das correntes adotadas pelo Supremo Tribunal Federal foi, posteriormente, descrito de forma clara por Alexandre de Moraes<sup>11</sup>, com a seguinte denominação: Teoria não concretista e teoria concretista.

## 2.1 TEORIA NÃO CONCRETISTA OU SUBSIDIÁRIA

Tradicionalmente adotada pela maioria dos Ministros do STF à luz do Mandado de Injunção nº 107/DF, que teve como relator o Ministro Moreira Alves. Essa teoria reconhece a mora, mas não viabiliza o exercício do direito para o autor da ação, ao apenas recomendar ao legislador que supra a mora. Nesse caso, a natureza da decisão é meramente declaratória.

<sup>9</sup> CALMON, J. J. Passos de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 98-99.

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. In: PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 1995.

<sup>11</sup> MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, p. 213-215.

Sobre os efeitos da decisão do mandado de injunção, é mister afirmar que a tese não-concretista, que consolidou no início da década de 90, vem sendo relativizada, isto é, mitigada pelo próprio STF. Isso se deve a uma série de fatores entre os quais<sup>12</sup>:

- a) a forte crítica doutrinária sobre o entendimento do MI nº 107/DF;
- b) a infeliz e contumaz inércia dos Poderes Públicos em complementar a constituição para a viabilização de direitos nela prevista;
- c) a baixa constitucionalidade, no dizer de Lenio Streck. Com efeito, no Brasil, a justiça constitucional historicamente tem assumido uma postura de *self restraint*, longe, portanto, do ativismo próprio de alguns tribunais constitucionais europeus, principalmente o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha. Exemplo paradigmático nesse sentido é o esvaziamento do mandado de injunção;
- d) sem dúvida, a constante busca e afirmação da força normativa da constituição (desenvolvida por Konrad HESSE) implícita ou mesmo explícita pode fazer com que o STF continue a relativizar, ou seja, a não trabalhar de forma absoluta com a tese (não concretista) construída nos primórdios de nossa constituição;
- e) finalmente, não podemos olvidar a modificação de composição do STF nos últimos anos, sobretudo, de 2003 até os dias atuais. Sem dúvida, com uma composição renovada, a chance de ruptura com a conservadora posição de outrora apresenta-se desta forma:

– Para a teoria não concretista<sup>13</sup>, o Judiciário deve apenas reconhecer formalmente a inércia e comunicar a omissão ao órgão competente para elaboração da norma regulamentadora. Isso não significa que o mandado de injunção não produza qualquer efeito de ordem prática, pois, uma vez fixada a mora do poder competente, pode o impetrante ajuizar uma ação de reparação patrimonial para ressarcimento dos prejuízos decorrentes da omissão.

Neste sentido o STF – MI nº 284<sup>14</sup>, rel. Min. Celso de Mello (05 de 26.06.1992):

Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando, que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe for constitucionalmente imposta torna-se prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.

As duras críticas sobre a teoria não concretista, fez com que fosse relativizada, uma vez que a sua aplicabilidade causaria ineficácia da norma constitucional, na medida em que há apenas recomendação ao legislador sobre a mora, não há uma mudança concreta que supra a omissão legislativa, sem contar com burocratização de notificar ao órgãos, entidades para produzirem a norma inexistente, sob pena de ser demandado pelo impetrante requerendo

<sup>12</sup>FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 412-414.

<sup>13</sup>NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 150-167.

<sup>14</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10-09-15.



ressarcir entorno pela omissão. Tal medida engessa os poderes, obstando assim, a regular garantia constitucional em comento.

## 2.2 TEORIA CONCRETISTA OU TEORIA DE RESOLUTIVIDADE

Esta teoria busca implementar o exercício do direito até que sobrevenha norma regulamentadora; a natureza da decisão é em regra constitutiva, podendo ser também condenatória ou até mesmo de caráter executivo ou mandamental, conforme as necessidades do caso e a adoção da tese concretista geral, individual direta ou intermediária.

A teoria concretista, como posiciona a maioria dos juristas<sup>15</sup>, é a que parece mais adequada ao espírito do instituto e, portanto, que considera a decisão final do mandado de injunção como constitutiva inter partes.

### 2.2.1 TEORIA CONCRETISTA GERAL

Visa a implementar o exercício do direito previsto na Constituição com efeito *erga omnes*, ou seja, ao Poder Judiciário incumbiria a tarefa de elaborar a norma regulamentadora para suprir a omissão do legislador, só que com efeitos não apenas para o caso concreto, mas válido para todos. O STF, em princípio, não adotou essa tese, afirmando que tal entendimento fere o princípio da separação dos poderes, pois estende os efeitos para todos colocando o Pretório Excelso como um verdadeiro legislador positivo.

Nesse sentido:

MI 712/PA<sup>16</sup> – Rel. Min. Eros Grau, julgamento 25/10/2007,

---

<sup>15</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. Ed. São Paulo: Forense, 2004, p.250-255.



Órgão julgador: Tribunal Pleno

Ementa: Mandado de Injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição.

Concessão e efetividade a norma veiculada pelo art. 37, VII da constituição. Greve dos trabalhadores em geral (art. 9º da CF). Aplicação da Lei Federal nº 7783/89 à Greve no Serviço Público até que sobrevenha Lei Regulamentadora.

O tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei 7783/89, no que couber.

MI 708/DF<sup>17</sup>, Re. Min. Gilmar Mendes, julgamento 19/07/2007.

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei 7783/89, no que couber.

O poder judiciário reconhece a mora legislativa e implementa o direito constitucional obstaculizado, mediante à aplicação de norma análoga, dispondo a decisão de efeitos *erga omnes*, até que a omissão seja sanada. Esta posição foi adotada pelo STF, no julgamento dos mandados de injunção, referente ao direito de greve dos servidores públicos, onde a Corte decidiu, por maioria de votos, no sentido de aplicar a legislação de greve vigente no setor privado, aos servidores públicos.

### 2.2.2 TEORIA CONCRETISTA INDIVIDUAL DIRETA

Visa a viabilizar o direito previsto na constituição com efeitos interpartes. Essa corrente se subdivide em: concretista direta e concretista intermediária, nos termos do Informativo nº 542 do STF. Na linha da nova orientação jurisprudencial fixada no julgamento do MI nº 721/DF (DJE de 30/11/2007), a Suprema Corte deste país julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para, reconhecendo a mora legislativa e a necessidade de se dar eficácia às normas constitucionais e efetividade ao direito do impetrante, suprir a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, da CF, aplicando ao caso, no que couber e a partir da comprovação dos dados perante a autoridade administrativa competente, o art. 57 da Lei 8213/90.

---

<sup>16</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 284. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15-09-15.

<sup>17</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15-09-15.



Tratava-se na espécie de mandado de injunção impetrado por investigador da polícia civil do Estado de São Paulo, em que pleiteava fosse dado suporte à lacuna normativa constante do aludido § 4º do art. 40, assentando-se o seu direito à aposentadoria especial, em razão do trabalho estritamente policial, por 25 anos, em atividade considerada perigosa e insalubre. Em seguida, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Joaquim Barbosa, o Tribunal, por maioria, autorizou que os Ministros decidam monocrática e definitivamente casos idênticos. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio, que entendia não caber essa autorização.

### 2.2.3 TEORIA CONCRETISTA INDIVIDUAL INTERMEDIÁRIA

É a corrente que entende que o Poder Judiciário não deveria viabilizar o direito de forma imediata. Reconhecida a mora e dada ciência do poder competente para supri-la, assim, num prazo determinado, não a suprisse, o órgão julgador da injunção deveria tomar as providências necessárias para concretizar o direito implementando-o.

Neste sentido, o STF entendeu:

MI nº 283/DF<sup>18</sup>, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 20/03/1991 - Órgão julgador Pleno

Ementa: Mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3, ADCT.

MI 232<sup>19</sup>, Rel. Min. Moreira Alves (DJ 27/03/1992): “Ocorrência, no caso, em face do disposto no art. 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso Nacional, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de Injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”.

<sup>18</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 283/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20-09-15

<sup>19</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI232. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20-09-15.



Traduz-se na fusão da teoria não-concretista com a teoria concretista individual, visto que, preconiza o dever do Poder Judiciário, em um primeiro momento, de limitar-se a declarar a omissão ao órgão responsável pela elaboração da norma regulamentadora, fixando-lhe prazo para suprimento da lacuna. Expirado o prazo assinalado pelo Poder Judiciário, ficaria este autorizado a suprir a lacuna para o caso concreto, isto é, somente para o impetrante.

### 3. EVOLUÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO NO STF

O mandado de injunção nunca deixou de ser importante no Direito brasileiro desde a Constituição de 1988. Contudo, se ele trazia uma expectativa alvissareira de efetividade dos “direitos e liberdades constitucionais” e das “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, o primeiro ciclo de sua história mostrou um alcance deveras contido.

Esse alcance contido deveu-se sobretudo à jurisprudência do STF, ao fazer uma leitura inicialmente parcimoniosa do instituto<sup>20</sup>. Mencionar o papel da doutrina e da jurisprudência relativas ao mandado de injunção é sintomático, por revelar uma das características dessa primeira etapa: a ausência de disciplina legal para essa ação constitucional.

Ante a falta de regulação em âmbito legislativo, sobrou para os doutrinadores e para o judiciário traçar o perfil inicial do mandado de injunção.

A timidez inicial é superada por uma jurisprudência mais avançada do Supremo Tribunal Federal, que empresta maior alcance ao instituto e resgata aquela expectativa promissora da doutrina de primeira hora. Algumas propostas legislativas vinham sendo oferecidos. Surge, por conta disso, novo projeto de lei para disciplinar o processo e

---

<sup>20</sup>ROTHEMBURG, Walter Claudius. *A segunda geração do mandado de injunção*. – Material da 4ª aula da Disciplina de Controle da Constitucionalidade – Universidade Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.



juízo do mandado de injunção, de iniciativa do Deputado Federal e jurista Flávio Dino, que não apenas resgata a importância do instituto, como percebe e traduz legislativamente a evolução jurisprudencial que vem dando novo alento à ação constitucional. Espera-se que a nova fase do mandado de injunção seja marcada por sua oportuna disciplina legal, juntando-se o Poder Legislativo aos demais poderes para desenvolver o instituto.

O Projeto de Lei 6.120/2009<sup>21</sup> traz em sua ementa precisamente o objeto de que trata:

Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências. O mandado de injunção é uma ferramenta judicial vocacionada à solução de situações específicas, que podem demandar uma resposta ajustada às peculiaridades com o que o Judiciário deverá avaliar os diferentes casos e, nessa medida, estipular um ‘prazo razoável’”.

Sobre os efeitos da decisão do mandado de injunção, o art. 9º principia por dizer o óbvio: que, quanto às pessoas atingidas, a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes. O parágrafo primeiro do art. 9º prevê a possibilidade de extensão da eficácia subjetiva da decisão “ultra partes ou *erga omnes*.”

Em meados de 2010, o Projeto de lei 6.128/2009, após ter sido, juntamente com outros semelhantes, apensado ao Projeto de Lei 6002/1990, encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados, onde recebeu parecer favorável do relator, Deputado Antônio Carlos Biscaia, nos termos do substituto apresentado. O referido projeto tem, contudo, o grande mérito de sugerir mais uma alternativa de disciplina para o mandado de injunção: trata-se de um tratamento jurídico adequado, que incorpora a jurisprudência mais avançada do Supremo Tribunal Federal e está sintonizada com outras leis relacionadas (como ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor e do mandado de segurança)

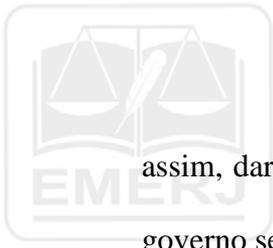
Tal lei prevê a possibilidade do STF decidir de forma a estender os efeitos de sua decisão a todos, fazendo com que a o entendimento jurisprudencial seja abarcado pela legislação brasileira de forma uníssona para que de uma só vez possibilite implementação da norma constitucional aos casos concretos.

#### **4. A TEORIA CONCRETISTA X SEPARAÇÃO DOS PODERES**

O princípio da separação dos poderes concebido pelo constitucionalismo liberal, difundido por Montesquieu, preceitua assegurar controle do poder por meio da legislação e,

---

<sup>21</sup>Mendes, Gilmar. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva 2004, p. 29-49.



assim, dar liberdade política aos governados. Mas para adquirir essa liberdade, precisa que o governo seja tal, que cada cidadão não possa temer o outro.

A ideia essencial é de evitar a concentração do poder em uma única autoridade, conferindo funções estatais diferenciadas para afastar qualquer risco do despotismo<sup>22</sup>.

Por meio do Mandado de injunção ressurgiu na jurisprudência da Suprema Corte a discussão sobre violação do princípio da separação dos poderes, conjuntamente com o ativismo judicial, uma vez que na falta de regulamentação, o STF ao adotar a Teoria Concretista, passou a assumir uma postura legislativa diante da inércia do poder que possui tal ingerência.

O cenário da discussão está na falta de norma regulamentadora que obsta a plenitude dos direitos e liberdades constitucionais, isto é, o cidadão aguarda o Poder Legislativo deliberar na sua função típica, ao elaborar norma que possibilite usufruir direitos garantidos na Carta magna. Já com a realização do ativismo judicial, há polêmica que parece advir da política e do direito<sup>23</sup>.

A tese de que o Supremo estaria violando a separação dos poderes fora rechaçada no MI 712 que trata da greve dos servidores públicos, em que o ministro Gilmar Mendes, referindo-se a Rui Medeiros, desenvolveu a ideia de que o Supremo não estaria legislando quando regulamenta a norma faltante, porque a edição de norma, nesse caso, não seria uma possibilidade colocada diante do Legislativo, mas um dever a ser cumprido por desse poder.<sup>24</sup> Afirma ainda que a alteração no entendimento, no que tange ao mandado de injunção, não obsta a superveniência de lei, já que essa não prejudicaria a coisa julgada, na medida em que o impetrante poderia obter os benefícios da lei, naquilo que lhe fosse mais favorável. Ponderou, ainda, que a inércia do legislativo ter se estendido por tanto tempo acarreta a perda

<sup>22</sup> Sarmiento, Daniel. *Direito Constitucional*. 1º reimpressão. Belo Horizonte: fórum, 2013, p. 89-96.

<sup>23</sup> Mendes, Gilmar Ferreira. *Mandado de Injunção, estudos sobre a sua regulamentação*. São Paulo. Saraiva. 2013, p.99-101.

<sup>24</sup> ESTEVES, Bruna de Bem. no livro *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Tema: O que mudou no entendimento do STF sobre os efeitos do Mandado de injunção?. São Paulo: Malheiros, 2012, p.152.



dos direitos constitucionais expressamente garantidos, configurando abusividade como também uma grande insegurança jurídica.

Destarte, os ministros da Suprema Corte entenderam, mas não por unanimidade, que a mera declaração de inércia legislativa na sentença do Mandado de injunção, poderia ser considerada ineficaz ou desinteressante para o cidadão, como ponderou o ministro Marco Aurélio no (MI 721, pp.9-10 do acórdão), passando a adotar a nova tese concretista nas novas ações constitucionais, refutando toda e qualquer alegação de violação aos princípios constitucionais, já que seria a melhor forma de dar efetividade à Carta Política, garantindo sua aplicabilidade plena aos que carecem de sua proteção.

## CONCLUSÃO

A finalidade do mandado de injunção é suprir a omissão do legislador infraconstitucional na edição de suas normas de eficácia limitada. Com essa ideia, será cabível sempre que a falta de norma regulamentadora inviabilize um direito que esteja assegurado por qualquer dispositivo da Constituição.

Seu campo material, contudo, é limitado. A omissão deve ser de tal forma que torne inexecutável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Assim, não trata de atacar qualquer omissão, mas aquelas que importem nessas consequências.

Deve ser impetrado sempre pelo interessado, sendo acatado pelo supremo Tribunal Federal a representatividade pelo Ministério Público ou de impetração por sindicato, caso que constitui o mandado de injunção coletivo. Essa legitimação é aceita pelo Pretório Excelso em analogia ao mandado de segurança coletivo.

Ainda se baseando nessa analogia, o Supremo entende que o mandado de injunção é autoaplicável. Para o rito procedimental, no que couber, é utilizada lei do mandado de



segurança. Aqui deve ser feita uma observação no tocante a publicação da nova lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/09), até o momento nenhum questionamento foi levantado quanto a não aplicabilidade dessa nova legislação ao mandado de injunção, fato este que enseja a permanência da analogia.

Quanto ao polo passivo da demanda, ficou estabelecida a impossibilidade de configuração do litisconsórcio quanto à pessoa privada. A restrição ganha sentido uma vez que a tarefa de elaboração da norma regulamentadora só pode ser realizada pelas pessoas que possuem competência para tanto.

No que se refere à sua decisão, pode-se aduzir que nossa mais alta Corte alterou os efeitos dados a esse remédio constitucional.

Após o momento inicial de rejeição do novo dispositivo trazido na Carta Maior, o Supremo Tribunal Federal, com sua nova composição, quedou-se à crítica dos doutrinadores e a discordância que assolava os Tribunais Inferiores e passou a dar força constitutiva em suas decisões, agora adotando a posição concretista.

Essa evolução jurisprudencial é de grande valia para o ordenamento jurídico, uma vez que atribuiu ao mandado de injunção a sua verdadeira vocação: o de dar efetividade às normas constitucionais para a construção de um ordenamento legal mais justo e democrático.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Mandado de segurança e direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios da definição à aplicação do princípio jurídico*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.



BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CLÈVE, Clemerson Martin. *Ação direito de constitucionalidade*. Material da 3ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrado no curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Material ministrado no curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

MACEDO, Alexandre dos Santos. *Da Querela Nullitatis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições civil law e common law e a necessidade de respeito às precedentes no Brasil*. Material do curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

MAZZEI, Rodrigo. *Mandado de Injunção*. Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrado no curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

MENDES, Gilmar Ferreira; ALVES, Moreira. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-49. Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrado no curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 1995, p.127. Material da 4ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrado no curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG. “Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil”.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *A segunda geração do mandado de injunção*. Material do curso de Pós-graduação lato-sensu Televirtual em Direito Constitucional – Anhanguera – UNIDERP – Rede LFG.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermeneutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.



SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Virgílio Afonso. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2004



## A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Rafaella Ferreira Pitta Mathiezen

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

**Resumo:** A análise histórica da Lei Maria da Penha induz a que a escolha inicial da mulher como objeto de proteção não viola o princípio constitucional da igualdade. Pelo contrário, busca concretizar a igualdade material, segundo a qual as desigualdades devem ser tratadas de forma diferente na exata medida dessa diferença. Porém, evolução do modo de pensar e entender a sociedade gerou importantes reflexões sobre o papel da mulher em uma sociedade de origem patriarcal e sobre a possibilidade de reconhecimento de uma relação homoafetiva como entidade familiar, de forma que o papel social em que a mulher foi colocada pela sociedade patriarcal, hoje, muitas vezes, é ocupado por homens. Nesse contexto, não há como se negar que, atualmente sujeitos vulneráveis de diferentes relações familiares apresentam-se de diversos modos, de forma que, para atender ao propósito de concretizar a igualdade material, a Lei Maria da Penha, deverá ser interpretada de forma ampla, atingindo também as relações homoafetivas.

**Palavras Chaves:** Direito Penal. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha. Relações Homoafetivas.

**Sumário:** Introdução. 1. Objeto da Lei Maria da Penha: Violência de Gênero ou Violência Doméstica. 2. As diferentes formas de violência 3. A questão da Vulnerabilidade entre Pessoas do Mesmo Sexo 4. A constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas. Procura-se demonstrar que, se o objeto de proteção da lei não for ampliado para atender qualquer um que seja inferiorizado em razão da posição social que assume na relação, ocorrerá a violação do princípio da igualdade.

Para tanto serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, de modo a conseguir identificar qual o real objeto de proteção da lei e se ele pode ser ampliado através de uma interpretação conforme a constituição.

Para melhor compreensão do tema, o trabalho busca esclarecer a questão da existência de homens que assumem o papel social antes destinado a mulher na relação, ou seja, que são



inferiorizados e por isso se tornam vulneráveis. No primeiro capítulo discute-se se o objetivo da lei seria realmente proteger o gênero feminino ou se seria proteger o indivíduo marcado pelas influências da sociedade patriarcal.

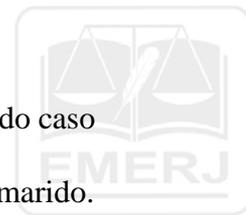
Passa-se então para o segundo capítulo, onde partindo da premissa de que a Lei Maria da Penha não envolve apenas a violência física e sexual, são apresentadas as outras formas de violência previstas pela lei. /no terceiro capítulo, é feita a análise dos diferentes meios de um indivíduo se tornar vulnerável em uma relação. Por fim, no quarto capítulo, conclui-se o presente trabalho mostrando como a não aplicação da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas viola o princípio constitucional da igualdade, que é a base dos direitos fundamentais na nossa constituição.

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

## **1. OBJETO DE PROTEÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA**

A sociedade atual ainda é muito marcada pela cultural patriarcal que por muitos anos dominou a forma de pensar de homens e mulheres. A sociedade patriarcal é regida pela ideia de inferioridade da mulher diante do homem, sua imagem como um ser humano mais frágil e fraco tanto física quanto psicologicamente.

O domínio da cultura patriarcal e a consolidação da inferioridade da mulher fizeram com que a sociedade aceitasse de forma pacífica a violência doméstica, e acreditando que na maioria das vezes a culpa era da própria mulher, que merecia ser agredida por não cumprir com seus deveres de esposa. Dentro desse contexto de constantes casos de violência contra a mulher que eram tratados com descaso, e nos quais a denúncia gerava mais agressão, percebeu-se também que esses agressores na maioria das vezes eram pessoas de dentro da própria família, pais, maridos, irmãos, o que deixava essas mulheres ainda mais caladas diante da violência.



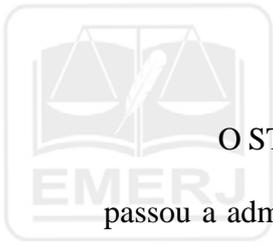
A Lei 11340/06 recebe o nome de Lei Maria da Penha, por ter surgido a partir do caso que envolvia a violência sofrida por Maria da Penha Fernandes e provocada por seu marido.

Maria da Penha sofreu duas tentativas de assassinato, a primeira com um tiro nas costas, que a deixou paraplégica e a segunda através de uma tentativa de eletrocuta-la no chuveiro, quando a mesma já estava na cadeira de rodas.

Quinze anos após a denúncia, feita em 1983, a justiça brasileira ainda não tinha dado nenhuma solução ao caso. Diante da demora ONGs nacionais levaram o caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que fez com que o agressor fosse preso em 2002 para cumprir dois anos de prisão. O processo na OEA condenou o Brasil por ser negligente e se manter omissos nos casos de violência doméstica, e foi recomendado que o país elaborasse uma legislação que atendesse especificamente a esses casos. Atendendo a essa recomendação, foi elaborada a Lei Maria da Penha, que entrou em vigor em 2006.

O surgimento da lei é claramente marcado pela violência de gênero, já que ela nasce com o objetivo de proteger a mulher das agressões do homem. Mas como o próprio artigo 4º da lei afirma, a interpretação da mesma não pode desconsiderar os fatos sociais a que ela se destina. Dessa forma, não se pode ignorar o contexto histórico e social em que a lei surgiu. Mais do que proteger a mulher da agressão física, o objetivo do legislador era proteger a mulher da ideia que a sociedade tinha criado dela, mero objeto do homem, que poderia ser inferiorizada e discriminada sem o menor pudor.

Porém é sabido por todos que a sociedade muda constantemente, e o direito deve se adequar a essas mudanças. Após a criação da Lei Maria da Penha, as relações familiares sofreram grandes mudanças, dentre elas destaca-se a admissão das novas modalidades de famílias.



O STF na ADI 4277, reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico, e assim, passou a admiti-la como nova modalidade de entidade familiar. Diante desse novo cenário é necessário conceder proteção para possíveis casos de violência nesse âmbito.

Para concluir se a Lei Maria da Penha deve ou não ser aplicada às relações homossexuais deve-se primeiro analisar a diferença a violência doméstica e a violência de gênero. A violência doméstica pode ser conceituada como qualquer ato violento que ocorre dentro do ambiente doméstico ou familiar, isso é, pode ser de qualquer membro da família contra qualquer outro membro, independente de sexo, incluindo também aqueles que não fazem parte da família, mas convivem com a mesma, como por exemplo os empregados e visitantes temporários. Nesse sentido:

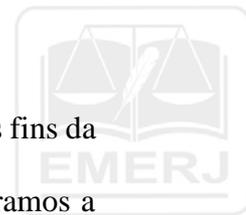
Considera-se violência doméstica “qualquer acto, conduta ou omissão que sirva para infligir, reiteradamente e com intensidade, sofrimentos físicos, sexuais, mentais ou económicos, de modo directo ou indirecto (por meio de ameaças, enganos, coacção ou qualquer outro meio) a qualquer pessoa que habite no mesmo agregado doméstico privado (pessoas – crianças, jovens, mulheres adultas, homens adultos ou idosos – a viver em alojamento comum) ou que, não habitando no mesmo agregado doméstico privado que o agente da violência, seja cônjuge ou companheiro marital ou ex-cônjuge ou ex-companheiro marital<sup>1</sup>

Por outro lado, violência de gênero pode ser conceituada como aquele ato violento cometido em razão do gênero, feminino ou masculino. Seriam os casos em que o homem agride a mulher, por ela ser mulher, e como tal é inferior à ele.

De plano, pode-se perceber que a Lei Maria da Penha surge como uma lei que visa proteger a violência de gênero, já que aparece para resolver um problema social específico: homens que agrediam suas esposas dentro do ambiente familiar. Porém como foi dito anteriormente surgiram novas modalidades de família, e com elas a necessidade de se ampliar o objeto de proteção da lei.

---

<sup>1</sup> ALVES, Claudia. *Violência Doméstica*. Disponível em: <http://www4.fe.uc.pt/fontes/trabalhos/2004010.pdf>  
Acesso em 7 Abr. 2015.



O artigo 5º da Lei Maria da Penha determina que a violência doméstica para os fins da lei é aquela realizada contra a mulher em razão do seu gênero. Nesse sentido encontramos a explicação abaixo:

Conforme o artigo 5º da Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar contra a mulher é entendida como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. A violência pode se dar no espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas (âmbito da unidade doméstica), ou na comunidade formada por indivíduos que são ou que se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (âmbito da família) ou ainda em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Vale ressaltar ainda que essas relações pessoais mencionadas acima independem de orientação sexual.<sup>2</sup>

Com base no artigo 4º, explicado anteriormente, a norma legal do artigo 5º não poderá ser interpretada de forma isolada, devendo-se considerar o contexto histórico, nesse sentido a violência em razão do gênero deve ser entendida como a violência contra aquele que ocupa esse papel histórico da mulher na relação afetiva ou na sociedade, ou seja, aquele que é visto como inferior, como objeto, que sofre essa discriminação da sociedade patriarcal.

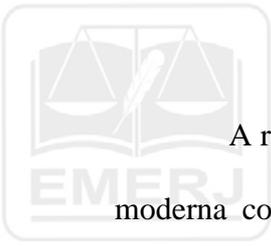
A necessidade dessa interpretação fica ainda mais clara com a leitura do parágrafo único do artigo 5º e do artigo 2º, onde se encontra a proteção da mulher independente da sua orientação sexual. Dessa forma, ao falar do gênero feminino, ultrapassa-se o conceito biológico de gênero para alcançar a ideia sociológica de gênero. Confirmando essa ideia:

Pelo que se depreende de seu texto, não há dúvida de que a Lei Maria da Penha aplica-se a todas as relações de violência de gênero, sempre que presentes um dos contextos nela mencionados (domiciliar, familiar em uma relação íntima de afeto), mesmo que o sexo biológico da vítima seja masculino, desde que, esteja em uma situação que desempenhe o papel social atribuído (e cobrado das) às mulheres (dominação, subjugação).<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> SOARES, Bárbara. *Enfrentando a violência doméstica contra a mulher*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdf-menu/nucleos-menu/nucleo-de-genero-pro-mulher-menu/209-nucleos/nucleo-de-genero/639-comentarios-a-lei-maria-da-penha> Acesso em: 7 Abr. 2015.

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 426.



A referida lei foi criada dentro de um contexto histórico de rompimento da sociedade moderna com a sociedade patriarcal, no qual os casos de violência doméstica ainda não recebiam nenhuma proteção deixando a mulher em uma posição completamente vulnerável em relação ao homem, patriarca da família. Porém diante das mudanças sociais e no reconhecimento das novas modalidades de famílias não cabe mais interpretar a Lei Maria da Penha com objeto restrito a violência de gênero contra as mulheres. É preciso ir além, ampliar o seu objeto de aplicação através de interpretação conforme a constituição, de modo a atingir a real intenção do legislador, que era proteger o ambiente familiar. Dessa forma, conclui-se que apesar de na literalidade a lei prevê a proteção à vítima da violência de gênero, deve-se interpretar esse objeto de forma ampla, considerando o contexto histórico que levou a criação da lei, e entender que se trata de mecanismo para proteger a vítima da violência doméstica.

## **2- AS DIFERENTES FORMAS DE VIOLÊNCIA**

O artigo 7º da Lei Maria da Penha prevê os diferentes meios através dos quais a violência pode ocorrer. Pela simples leitura da redação do artigo é possível extrair duas conclusões relevantes. A primeira é que o rol de formas de violência praticadas contra a mulher e protegidas pela lei não é taxativo, dessa forma qualquer outro meio de violência que seja empregado com base no contexto histórico da lei poderá ser amparado por essa. A segunda conclusão é que todas as formas de violência previstas aqui são resultado do contexto histórico em que a lei surgiu.

A primeira forma de violência prevista é também a mais fácil de ser identificada, trata-se da violência física. A primeira observação que deve ser feita quanto a essa modalidade de agressão é que o dispositivo não fala apenas em integridade física, mas também abrange a saúde corporal. Dessa forma também será considerado violência física o transtorno de estresse



pós traumático, que são as dores físicas, como dor de cabeça ou nas costas, causadas pelo estresse crônico, facilmente identificado pela ansiedade e depressão.

A segunda observação é o reconhecimento da dificuldade que é para a vítima da violência doméstica retratar essa agressão, por isso o depoimento da vítima gera presunção de veracidade, levando a inversão do ônus da prova, de modo que o réu deverá provar que não agrediu a vítima. Pelo mesmo motivo não é preciso que a agressão deixe marcas no corpo da vítima, ou ainda que tenha deixado essas marcas podem já ter sumido, pois não são necessárias, bastando a palavra vítima que já é presumida como verdadeira. Neste sentido, encontra-se o pensamento de Maria Berenice Dias no seguinte trecho:

Ainda que a agressão não deixe marcas aparentes, o uso da força física que ofenda o corpo ou a saúde constitui *vis corporalis*, expressão que define a violência física. A palavra da vítima dispõe de presunção de veracidade, ocorrendo a inversão dos ônus probatórios. Ou seja, basta a mulher alegar que foi vítima de violência, ainda que não existam sinais aparentes da agressão. Cabe ao réu comprovar que não a agrediu. Apesar de se tratar de prova negativa, difícil de ser produzida, empresta-se mais credibilidade à palavra de quem procedeu ao registro da ocorrência. Não é necessária a presença de hematomas, arranhões, queimaduras ou fraturas. Mas quando a violência deixa sinais ou sintomas, sua identificação é facilitada.<sup>4</sup>

A segunda modalidade de violência é a psicológica. Essa forma é o claro reflexo do contexto histórico que envolve a lei. A violência psicológica é aquela que agride a autoestima da mulher. Ela ocorre quando a vítima é ridicularizada, menosprezada, tratada com inferioridade perante a sociedade ou mesmo apenas no ambiente íntimo.

O quadro típico que se verifica nessas agressões é o prazer do agressor em ver a vítima inferiorizada, ridicularizada, e a crença da vítima de que seu agressor é realmente alguém superior. Ou seja, de fato a vítima anula a sua autoestima e acredita que deve se submeter aos xingamentos, a ridicularização por ser inferior, por não ser digna de um tratamento melhor.

A violência psicológica consiste na agressão emocional, que é tão ou mais grave que a violência física. O comportamento típico se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima. Demonstra prazer quando a vê sentir-se amedrontada, inferiorizada e diminuída. É o que se chama de *vis compulsiva*. A violência psicológica deixa dores na alma. Por isso suas consequências são mais graves. Muitos companheiros se utilizam de xingamentos, palavras depreciativas

---

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 71.



para reduzir a companheira a uma condição inferior, enquanto ele se coloca em um patamar de superioridade.<sup>5</sup>

A terceira forma de violência é a sexual. A sociedade patriarcal tinha a ideia da mulher como objeto do homem, o que gerava duas consequências no âmbito da sexualidade. A primeira delas é que acreditava-se que o homem poderia controlar a vida sexual da mulher, de modo que era uma decisão dele o momento de ter filhos, se a gravidez deveria ser levada adiante ou não. A segunda era que o sexo era destinado apenas para a procriação, dessa forma a mulher deveria estar sempre pronta ter relações sexuais quando seu marido desejasse.

Nesse contexto, a sexualidade era vista como um dever do casamento, não se podendo falar em estupro por parte do marido, pois ter a relação sexual a qualquer tempo era um direito seu, e diante da negativa da mulher o mesmo poderia até mesmo usar da violência para garanti-lo, pois seria um exercício regular do direito.

Ainda assim, historicamente sempre houve resistência em admitir a possibilidade da ocorrência de violência sexual no âmbito dos vínculos afetivos. A tendência ainda é identificar o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, a legitimar a insistência do homem, como se estivesse ele a exercer um direito.<sup>6</sup>

A legislação evoluiu consideravelmente no que diz respeito à violência no âmbito das relações afetivas, passando a punir de forma mais grave quando os agressores são parte da família. Porém a Lei Maria da Penha, mais uma vez atenta ao contexto histórico deu um passo mais adiante e protegeu também os direitos reprodutivos da mulher, considerando violência sexual quando o homem impede a mulher de usar meios contraceptivos, quando força uma gravidez ou um aborto, etc.

A quarta modalidade de violência é a patrimonial. Com a previsão dessa modalidade de violência a lei busca garantir a independência econômica e financeira da mulher, punindo o furto e a destruição do patrimônio no âmbito afetivo. Deve-se destacar que não necessariamente o agressor será o marido, mas sim qualquer membro da família que se imponha

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 72.

<sup>6</sup> Ibid., p. 74.



como superior a vítima, dessa forma podemos ter um pai em relação a filha, ou tio em relação à sobrinha.

Reconhecida como violência patrimonial o ato de subtrair objetos da mulher, tal nada mais é do que furto. Assim, se subtrair para si coisa alheia móvel configura o delito de furto, quando a vítima é mulher com quem o agente mantém relação de ordem afetiva, não se pode mais admitir a escusa absolutória. O mesmo se diga com relação à apropriação indébita e ao delito de dano. É violência patrimonial apropriar e destruir, os mesmos verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes. Perpetrados contra a mulher, dentro de um contexto familiar, o crime não desaparece e nem fica sujeito à representação.<sup>7</sup>

Por fim, o dispositivo legal cita a violência moral, que está relacionada com os crimes contra a honra do Código Penal: calúnia, difamação e injúria. O que se busca proteger aqui é a imagem da vítima perante a sociedade e a comunidade em que vive, impedindo mais uma vez a sua discriminação no ambiente social. No que tange a essa modalidade de violência deve-se atentar para o desenvolvimento das redes sociais, já que estas também serão considerados ambientes sociais para aplicação dessa proteção.

A violência moral é sempre uma afronta a autoestima e ao reconhecimento social, apresentando-se na forma de desqualificação, inferiorização ou ridicularização. Diante das novas tecnologias da informação, internet e redes sociais a violência moral contra a mulher tem adquirido novas dimensões. São ofensas divulgadas em espaços virtuais massivamente e em rede, de forma instantânea e de difícil comprovação e combate.<sup>8</sup>

### **3 – A QUESTÃO DA VULNERABILIDADE ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO**

Para falar da vulnerabilidade é preciso retomar os capítulos anteriores. Primeiramente pela análise do contexto histórico conclui-se que a lei surge para proteger a mulher da imagem de submissa e sem direitos que resiste como resquícios da sociedade patriarcal.

Com o passar do tempo a sociedade evoluiu, passando a ocorrer uma constante inversão dos papéis sociais ocupados por homens e mulheres, ao mesmo tempo em que novas

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 77.

<sup>8</sup> Ibid p.78.



entidades familiares são reconhecidas. Seguindo a determinação legal de que a Lei Maria da Penha deve ser interpretada de acordo com seu contexto histórico, não podemos deixar de aliar a diferença entre mulher e sexo feminino ao papel ocupado pela mulher na sociedade. Como as mudanças das formas de família e a mistura de papéis entre a mulher e o homem, deve-se adequar a proteção da lei a mulher devido ao seu papel de inferioridade aqueles que hoje ocupam esse papel e são discriminados pela sociedade.

O terceiro aspecto que deve ser lembrado é o das formas de violência, a lei não cuida apenas da violência física, assim a vulnerabilidade não pode ser apenas física, não se pode proteger apenas a mulher sob a justificativa de que ela é fisicamente mais fraca que um homem. As demais formas de violência, tais como a moral, patrimonial e psicológica, mostram que há outras formas de dependência e com isso ser dominado e sofrer a discriminação pelo parceiro, deixando claro que a vulnerabilidade vai muito além da forma física.

Seguindo esse entendimento a doutrina predominante, liderada por Maria Berenice Dias, e a maioria da jurisprudência aceita a aplicação da Lei Maria da Penha nas relações transexuais e homossexuais quando envolvem duas mulheres, reconhecendo que não importa apenas a hipossuficiência física, mas também a econômica e psicológica. Neste sentido encontramos o julgado da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. VIOLÊNCIA DO AMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LESÃO CORPORAL (ARTIGO 129, § 9º DO CÓDIGO PENAL). AUTORA DO FATO E VÍTIMA DO SEXO FEMININO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. VIOLÊNCIA DE GÊNERO. OCORRÊNCIA. JUÍZO SUSCITADO QUE DECLINOU DE SUA COMPETENCIA AO ARGUMENTO DE QUE O PRESENTE CASO NÃO ENVOLVE VIOLÊNCIA DE GÊNERO. CRIME DE AMEAÇA OCORREU NO ÂMBITO FAMILIAR, TENDO COMO VÍTIMA UMA MULHER. VIOLÊNCIA MENCIONADA QUE POSSUI AS CARACTERÍSTICAS EXIGIDAS PELA LEI MARIA DA PENHA, EM FUNÇÃO DE SER A LESADA MULHER. FATOS NARRADOS QUE REVELAM UMA RELAÇÃO DE DOMINAÇÃO/SUBORDINAÇÃO ENTRE A VÍTIMA E SUA ALGOZ, BEM COMO SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE EXPERIMENTADA PELA VÍTIMA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AOS CASOS DE HOMOAFETIVIDADE FEMININA, EIS QUE A CIRCUNSTÂNCIA DA SUPOSTA AUTORA DO FATO SER TAMBÉM MULHER NÃO RETIRA A PROTEÇÃO DO ALUDIDO DIPLOMA LEGAL, POIS O GÊNERO FEMININO INDEPENDE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL.



PROCEDÊNCIA DO CONFLITO, FIRMANDO-SE A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.<sup>9</sup>

No momento em que a jurisprudência reconhece a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha em relações homoafetivas femininas, ela também está reconhecendo que a vulnerabilidade não decorre apenas de diferenças físicas, já que em regra mulheres tem mais ou menos o mesmo porte físico e a mesma força. Maria Berenice ressalta que toda a entidade familiar deve ser amparada pela Lei Maria da Penha:

Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso significa que o legislador reconhece as uniões de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Assim toda relação de parentesco, de afinidade, de socioafetividade ou de afeto, em eficácia ou rompida, tenha havido ou não coabitação ou prática de relações sexuais, todo e qualquer relacionamento desta natureza está protegido pela Lei Maria da Penha.<sup>10</sup>

Em que pese esse reconhecimento, ainda existe forte resistência a aplicação da lei quando temos como vítima o homem. Assim, a resistência na aplicação da lei, acaba ficando em torno da palavra mulher. A doutrina majoritária entende que apesar de não importar a orientação sexual, a vítima tem que ser mulher. O capítulo seguinte é destinado a comprovar que tal restrição é inconstitucional diante do reconhecimento das diversas formas de vulnerabilidade pela lei. Além disso, se a própria lei determina que seja considerado o contexto histórico na sua interpretação, não se pode ignorar a intenção do legislador em proteger a mulher de acordo com a posição social ocupada pela mesma, e a inversão de papéis da sociedade atual.

#### **4 – A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA**

Desde que a Lei Maria da Penha foi promulgada, houve quem questionasse a sua constitucionalidade, afirmando que, ao conceder essa ampla proteção à mulher, essa estaria

---

<sup>9</sup> Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Conflito de Jurisdição 0046495-49.2013.8.19.0000. Relator Desembargador João Ziraldo Maria. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201305500564&CNJ=0046495-49.2013.8.19.0000> Acesso em: 2 set. 2015.

<sup>10</sup> DIAS, op. cit., p. 59.



violando o artigo 5º, I da CRFB que determina que homens e mulheres são iguais perante à lei, logo devem receber os mesmos direitos e deveres.

O fundamento da alegada afronta ao princípio da igualdade decorre do fato de a Lei direcionar-se exclusivamente à proteção da mulher, uma vez que o homem não pode figurar como sujeito passivo e nem ser beneficiário de suas benesses. No dizer de Valter Santin, a pretexto de proteger a mulher, numa postura “politicamente correta”, a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher.<sup>11</sup>

É certo que a Constituição prega a igualdade de gêneros, reflexo da mistura de papéis que vêm ocorrendo da sociedade, tratada nos capítulos anteriores. Porém não se pode esquecer que a igualdade consagrada pela Constituição é a igualdade material, segundo a qual devemos tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade. Nesse sentido Maria Berenice afirma que “É exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais.”<sup>12</sup>

Nesse contexto, aqueles que defendem a constitucionalidade da lei entendem que se trata de uma aplicação do princípio da igualdade material, na qual se busca conceder uma proteção maior para a mulher em razão da posição de inferioridade em que a colocaram diante da sociedade patriarcal, que valorizava o homem como o único sujeito de direito.

Diante dessa afirmativa e das diferentes formas pelas quais a violência pode ser praticada e uma pessoa pode se tornar vulnerável, conclui-se facilmente que sob a ótica da igualdade material a Lei Maria da Penha é constitucional. Porém, atualmente, a mesma vem se distanciando da realidade da sociedade atual, sendo necessária uma interpretação conforme a Constituição para que ela continue atendendo ao princípio da igualdade.

Por isso, a Lei Maria da Penha não fere o princípio da igualdade consagrado no caput do artigo 5º da Constituição Federal, pois visa a proteger as mulheres que sofrem violência doméstica dentro de seus lares, delitos que, historicamente, sempre geraram a impunidade do agressor. E, o que assegura a Constituição é a igualdade substancial e não só a igualdade formal, em abstrato. Por este mesmo fundamento a Lei não afronta o inc. I, do mesmo dispositivo constitucional, porque o tratamento favorável à mulher está legitimado e justificado por um critério de valoração, para conferir equilíbrio existencial, social ao gênero feminino. Portanto, a Lei Maria da Penha é

---

<sup>11</sup> Ibid.p. 108.

<sup>12</sup> Ibid.



constitucional porque serve à igualdade de fato e como fator de cumprimento dos termos da Carta Magna.<sup>13</sup>

Não se pode fechar os olhos para as novas formas de famílias aceitas na sociedade atual, assim, se a Lei Maria da Penha visa proteger aqueles que foram colocados em posição de inferioridade pelos reflexos da sociedade patriarcal, aqueles que hoje ocupam essa posição, antes só ocupada pelas mulheres, não podem ser desamparados, do contrário seria indubitável a violação ao princípio da igualdade.

Diante o exposto, se for considerado que hoje, diante das diversas vulnerabilidades que podem colocar uma pessoa em papel de inferioridade, e da mistura de papéis de homens e mulheres diante da sociedade, um homem também pode ser considerado vulnerável diante de uma mulher ou de outro homem. Amparar apenas a mulher seria ferir o princípio da igualdade, pois deixaria-se de amparar um grupo que se encontra na mesma situação daquele que recebe a proteção legal.

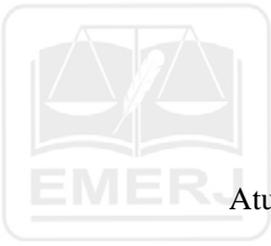
## CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha surgiu como forma de proteger a mulher que sofria com os resquícios da sociedade patriarcal que ainda hoje tem sua imagem marcada pela inferioridade em relação ao homem, chefe de família. Ao longo do tempo, a sociedade foi sofrendo mudanças que resultaram na inversão dos papéis sociais e no reconhecimento de novas formas de família pelo STF.

A Lei Maria da Penha reconhece diversas formas de violência, assim a vulnerabilidade do indivíduo na relação pode decorrer de diversas situações. Pode-se ter um indivíduo vulnerável fisicamente, ou aquele que se sente dependente economicamente do outro, aquele que sofre da violência psicológica e, com isso, se sente inferiorizado, entre outros.

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 109.



Atualmente a jurisprudência já amplia a aplicação da Lei Maria da Penha em relações envolvendo travestis e relações homossexuais com duas mulheres. Porém, ainda resiste quando a aplicação envolve um homem como vítima, tanto nas relações homossexuais, como heterossexuais.

O motivo da resistência seria que a Lei Maria da Penha restringe a sua proteção à vítima do gênero feminino, o que leva muitos a sustentarem a inconstitucionalidade dessa, por violação do princípio da igualdade. Tal violação não ocorre, pois a lei busca atender a igualdade material, dando maior proteção às mulheres em razão da desigualdade história por elas sofrida.

Assim, conclui-se que para atender a igualdade material, a Lei Maria da Penha deve passar por uma interpretação conforme a constituição, de modo que seu objeto de proteção ampare tanto a mulher como o homem, desde que o indivíduo ocupe o papel social que antes era destinado apenas às mulheres. Dessa forma, não restam dúvidas quanto à necessidade de ampliação do âmbito de aplicação da lei para as relações homoafetivas não só femininas, mas também masculinas, quando a vítima é o homem.

## REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Relator Ministro Ayres Brito.. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277> Acesso em: 30 set. 2015.

\_\_\_\_\_.Lei n. 11340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm) Acesso em: 30 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Conflito de Jurisdição 0046495-49.2013.8.19.0000. Relator Desembargador João Ziraldo Maria. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201305500564&CNJ=0046495-49.2013.8.19.0000> Acesso em: 2 set. 2015.



\_\_\_\_\_.ALVES, Claudia. *Violência Doméstica*. Disponível em: <http://www4.fe.uc.pt/fontes/trabalhos/2004010.pdf> Acesso em 7 Abr. 2015.

SOARES, Bárbara. *Enfrentando a violência doméstica contra a mulher*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/nucleos-menu/nucleo-de-genero-pro-mulher-menu/209-nucleos/nucleo-de-genero/639-comentarios-a-lei-maria-da-penha> Acesso em: 7 Abr. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2014.



## AS TUTELAS PROVISÓRIAS SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Raquel Simas Miranda

Bacharel em direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós graduando em Direito Publico e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

**RESUMO:** O presente trabalho analisa alguns aspectos pertinentes às tutelas provisórias no novo código de processo civil, apontando o histórico e os seus fundamentos e conceitos acerca de cada assunto desenvolvido. Em primeira análise, faz-se uma breve abordagem quanto à tutela antecipada e a medida cautelar. Acredita-se que, de alguma maneira, haja parâmetros distintos e, ao mesmo tempo, comuns com as tutelas provisórias propostas pelo novo código de processo civil. Pretende-se enfocar data espécie de tutela provisória com a sua respectiva divisão e subdivisão por essa nova perspectiva afim de atingir o seu objetivo principal de garantir com a previsibilidade, a verdadeira efetividade e celeridade da prestação Jurisdicional.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Tutelas Diferenciadas Provisórias. Tutela de emergência, Urgência e Evidencia.

**Sumário:** Introdução. 1. Tutelas provisórias diferenciadas. 2. Requisitos da tutela de urgência antecipada e da tutela de urgência cautelar 3. da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. 4. Tutela de Evidência. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O tema proposto tem por objetivo analisar o tratamento da tutela provisória, antecipada ou cautelar, sob a perspectiva do Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor em março de 2016, em cotejo com a legislação atual e através da luz da doutrina especifica observando a oposição entre a tutela de urgência e a tutela de evidência. E portanto a pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em



que tem como fontes principais a legislação, a doutrina - livros e artigos científicos – e publicações jornalísticas via internet.

A presente abordagem será feita com comentários desde a origem, pelo instituto da tutela antecipada no ordenamento pátrio bem como sua evolução, a partir da necessidade da efetivação de referida medida como meio de garantir a tutela jurisdicional.

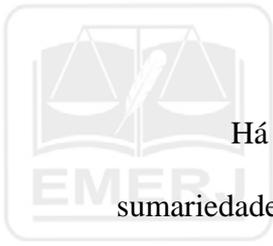
Observará este artigo as análises do processo cautelar e suas vertentes destacando a possibilidade de pedido expresso por uma das partes que leve o magistrado a proferir uma decisão *inaudita altera parts*, e até em casos excepcionais, *ex officio*, ou seja, se presentes os dois pressupostos essenciais e específicos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e devido a urgência e a evidência de dano irreparável, o que permiti a violação de um principio constitucional basilar, o contraditório, sem se mostrar inconstitucional.

Noutro ponto será necessário ser analisado se há nestes casos a verossimilhança e a prova inequívoca, na medida em que havendo, conduz a certeza e não apenas um mero juízo de probabilidade, o que purifica a decisão extremada do magistrado quando der provimento a pretensão da uma das partes, por uma decisão de tamanha gravidade sem a presença da parte contraria.

O escopo do trabalho apresentado é discorrer acerca das referidas questões, a luz de um novo processo que visa a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional.

Por fim, não se pretende exaurir o tema da tutela provisória diferenciada como a de emergência, urgência e a tutela de evidência, não por isso, ser perfunctório, mas oferecer subsídios para compreensão deste instituto sob a nova ótica processualista.

## 1. TUTELAS PROVISÓRIAS DIFERENCIADAS



Há a prestação jurisdicional pela tutela provisória quando caracterizada pela sumariedade da cognição no plano primário do processo, em que o magistrado se restringe a afirmar a verossimilhança da existência de um direito, evidenciando o caráter precário dessa tutela. Porém segundo a lição de Didier<sup>1</sup>, a tutela pode ser satisfativa, tendo como base a obtenção do direito material objeto do litígio, bem como não-satisfativa, em que se visa assegurar o resultado útil do processo, tal como ocorre na tutela cautelar do código processo civil de 1973.

Já as tutelas de evidência e de urgência se mostram como uma nova estrutura no novo código de processo civil dos artigos 294 a 311 trazem tutelas diferenciadas que tem por finalidade atenuar danos emergentes que possam vir a ocorrer pela prestação tardia da tutela jurisdicional.

O Novo Código de Processo Civil subdivide a tutela provisória em tutela de emergência ou de evidência, veja-se:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se emergência ou evidência.  
Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental<sup>2</sup>.

E a tutela provisória de urgência subdivide-se em tutela urgência cautelar e a tutela urgência antecipada e em um segundo momento há a classificação quanto ao tempo da sua concessão, que pode ser em caráter antecedente, como a atual tutela antecipada ou liminar e em caráter incidental, ou seja no curso do processo, como as atuais medidas cautelares.

O Novo Código de Processo Civil extingue o livro III, que é o livro das ações cautelares, como processo autônomo, o que não significa que as cautelares serão extintas, pois

<sup>1</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual*

civil. v.2. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2014, p. 461 – 465.

<sup>2</sup> Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 03 mar 2015.



é uma tutela muito prestada no processo civil além de ser muito importante para a eficácia da tutela principal prestada futuramente.

O fundamento da tutela cautelar está na própria Constituição Federal no princípio da efetividade, no princípio do acesso a justiça e no princípio da ubiquidade, o que corrobora mostrar que a tutela cautelar não desaparecerá, mas apenas tomou outra forma no processo civil, se mostrando mais efetiva.

A medida cautelar não é algo recente na história do processo civil, ela vem desde o processo civil romano, na lei das doze tabuas, depois veio da dicotomia de satisfatoriedade e não satisfatoriedade e foi consolidada no século XX onde se tornou mais evidente por Piero Calamandrei, da Universidade de Florença, que publicou em 1936, a clássica obra intitulada *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* onde buscou organizar os provimentos cautelares no ordenamento italiano naquela época.

A tutela cautelar para o professor Marinoni<sup>3</sup> em seu artigo afirma que ela tem por finalidade assegurar a viabilidade para a realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”

Sob a ótica de Marco Carvalho Gonçalves<sup>4</sup> doutrinador clássico italiano Calamandrei<sup>5</sup> verifica-se a notória necessidade do *periculum in mora* fundamentando a

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Da Tutela Cautelar à Tutela Antecipatória*. <<https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=A+cautelar+ela+%C3%A9+n%C3%A3o+satisfativa+Luiz+Fux>> acesso em 25 jan 2016.

<sup>4</sup> GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências Cautelares*. 2. Ed. Coimbra. Edições Almedina. 2016. Parágrafo 553. <<https://books.google.com.br/books?id=iSG1CwAAQBAJ&pg=PT251&lpg=PT251&dq=calamandrei+periculum+in+mora&source=bl&ots=QBBj3eQ9gF&sig=iLqgcBOiQuSowN7rcN85vVbnT0Y&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwifqHB8MXLAhUBF5AKHblzCtgQ6AEINDAE#v=onepage&q=calamandrei%20periculum%20in%20mora&f=false>> Acesso em 16 mar 2016.

<sup>5</sup> CALAMANDREI, apud GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências Cautelares*. 2. Ed. Coimbra. Edições Almedina. 2016. Parágrafo 553. <<https://books.google.com.br/books?id=iSG1CwAAQBAJ&pg=PT251&lpg=PT251&dq=calamandrei+periculum+in+mora&source=bl&ots=QBBj3eQ9gF&sig=iLqgcBOiQuSowN7rcN85vVbnT0Y&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwifqHB8MXLAhUBF5AKHblzCtgQ6AEINDAE#v=onepage&q=calamandrei%20periculum%20in%20mora&f=false>> Acesso em 16 mar 2016.



medida cautelar que tem por eficácia garantir um outro processo que possui uma urgência em evitar a produção de um dano. Porém no Novo Código de Processo Civil<sup>6</sup> em seu artigo 301 dispõe que não haverá mais outro processo pois tanto a tutela de urgência antecipada quanto a tutela de urgência cautelar serão formuladas no mesmo processo e poderá ser efetivada por arresto, sequestro, etc. como verifica-se abaixo transcrito.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito

Bastará ser demonstrado o *periculum in mora e fumus boni iuris* em busca da efetividade da tutela jurisdicional sumariamente conforme verifica-se expressamente nos artigos 300, 303 e 305<sup>7</sup> todos do Novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

E nessa mesma esteira, há também um único artigo no título III do livro V do novo código de processo civil<sup>8</sup>, que não contem nenhum capítulo, se exaure em alguns incisos, como uma outra espécie de tutela provisória diferenciada como dispõe o artigo 311 do NCPC, *in verbis*:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 03 mar 2015..

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.



III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente<sup>9</sup>.

O professor Rui Cunha Martins<sup>10</sup> da universidade de Coimbra bem conceitua a medida de necessidade evidente e a evidência que são um simulacro de auto-referencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo e corresponde a uma satisfação demasiadamente rápida perante indicadores de mera plausibilidade.

Já se pode verificar que há diferenças entre as tutelas provisórias inclusive entre a tutela de evidência e a de urgência, pois esta seja cautelar ou antecipada necessita do *periculum in mora* e aquela não.

A tutela de evidência é muito mais do que *fumus boni iuris e periculum in mora*, ou mesmo verossimilhança das alegações, é sim um direito líquido e certo.

E o ponto chave da tutela de evidência é a prova, através da qual se pretende obter um juízo sólido de certeza. E como bem diz o professor Ovídio A. Baptista da Silva,<sup>11</sup> o verossímil é a “verdade possível”, ou seja, um nível de certeza possível de ser alcançado pelo magistrado naquele momento processual.

E portanto verifica-se que o nítido intuito do legislador em especificar as tutelas provisórias diferenciadas no novo código de processo civil, sejam elas de emergência, de urgência ou mesmo de evidência, não foi de eliminar as tutelas cautelares mas adiciona-las a um processo mais célere e evidentemente mais eficaz, podendo ser satisfativas ou não, como simplesmente tutelas diferenciadas.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em 03 mar 2015.

<sup>10</sup> Martins, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 3.

<sup>11</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Verdade e Significado*. <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov %C3%ADdio %20Baptista\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista(3)%20-%20formatado.pdf)> Acesso em 16 jan 2016.



## 2. A TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR E A TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

Nos termos do parágrafo único do artigo 294 do Novo Código de Processo Civil<sup>12</sup>, a tutela de urgência pode ser satisfativa também chamada por alguns doutrinadores por tutela antecipada de urgência ou tutela cautelar quando o processo necessita de uma tutela de urgência.

Como ensina Alexandre Câmara<sup>13</sup>, a tutela provisória cautelar não é uma tutela de urgência satisfativa do direito, mas a não satisfativa, é destinada a proteger a capacidade do processo para que produza resultado útil.

A “tutela de urgência satisfativa”<sup>14</sup> ou também denominada por alguns doutrinadores por tutela antecipada de urgência é aquela em que se verifica uma situação de iminente perigo para o direito substancial, como por exemplo, o perigo pela morosidade excessiva em que alguns processos acabam sendo sujeitos. E por isso é permitido ao magistrado que satisfaça provisoriamente a pretensão requerida.

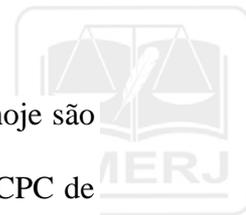
Para a concessão da tutela antecipada de urgência é necessário não somente que haja o *periculum in mora* mas também é necessário que funde-se em sede de cognição sumaria, a existência do *fumus boni iuris*.

Verifica-se portanto que houve uma superação dos requisitos para a concessão da tutela cautelar para a tutela urgência satisfativa pelo legislador, que instituiu a probabilidade da existência do direito e o perigo na demora como requisitos gerais para a efetiva prestação jurisdicional pelo magistrado.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 03 mar 2015

<sup>13</sup> CÂMARA. Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo. Atlas, 2015, p.158

<sup>14</sup> Ibid.



Observa-se no artigo 300 do NCPC<sup>15</sup> uma flexibilização dos requisitos que hoje são exigidos para a outorga da tutela antecipada satisfativa como dispõe o artigo 273 do CPC de 1973. Há a padronização dos requisitos pela sistemática do NCPC para a tutela de urgência antecipada e para a tutela urgência cautelar.

Como já mencionado, bastando ser demonstrado o perigo da demora que é o receio que a demora da decisão judicial cause um dano grave ou de difícil reparação ao bem da vida tutelado e a fumaça do bom direito que é um sinal ou indício de que o direito pleiteado de fato existe, não necessitando a prova concreta da sua existência mas a mera suposição de verossimilhança.

Há ainda no paragrafo 3º do artigo 300 do NCPC, como se verifica abaixo transcrito, mais um requisito no âmbito da tutela de urgência de natureza antecipatória, a possibilidade de ser reversíveis os efeitos da decisão como já vinha entendendo a doutrina e a jurisprudência majoritariamente e enfim corrigindo uma confusão terminológica do ainda vigente, código processo civil de 1973.

Para Alexandre Câmara,<sup>16</sup> trata-se de um requisito negativo, ou seja não se admite que a tutela de urgência satisfativa seja capaz de produzir efeitos irreversíveis ou mesmo que produza efeitos definitivos, como abaixo se transcreve.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

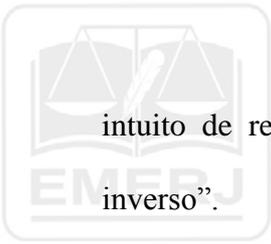
[...]

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Interessante verificar que para a concessão de qualquer das modalidades de tutela de urgência, o legislador exige uma contracautela, que pode ser fidejussória ou real com a finalidade de proteger a outra parte de um dano notadamente indevido. Tem-se na medida o

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 03 mar 2015

<sup>16</sup> CÂMARA. Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo. Atlas, 2015. p.159



intuito de resguardar o assim chamado por Alexandre Câmara<sup>17</sup> de “*periculum in mora inverso*”.

Importante ressaltar que essa caução não deverá ser requerida aos hipossuficientes economicamente, sob pena de estar se criando um verdadeiro obstáculo ao universalmente assegurado acesso a justiça.

Dessa maneira é possível examinar uma estabilização da tutela de urgência, seja antecipada ou cautelar, notadamente uma espécie de tutela diferenciada, de fato sincrética, inclinada a propiciar uma prestação jurisdicional sumária, célere e efetiva.

### 3. DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Na sistemática do novo Código de Processo civil, o procedimento diferenciado da tutela antecipada requerida em caráter antecedente visa combater um paradigma histórico danoso à sociedade: as excessivas demandas.

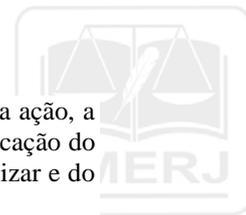
Houve um crescimento exacerbado de ações judiciais que tramitam lentamente, e que por vezes tal morosidade foi provocada pelas próprias partes que promovem todo tipo de recurso, inclusive os protelatórios, com a nítida intenção de ter satisfeito o seu direito.

O fato é que a *mens legis* não modificará a cultura das excessivas demandas protelatórias que se tem hoje, mas talvez, se inicie uma valiosa reflexão sobre ela e, quem sabe, traga uma mudança de comportamento para os litigantes e seus patronos.

Diante disso, e com o intuito de ter a tutela final satisfeita mais rapidamente, o legislador no artigo 303 do novo CPC dispõe, como se verifica abaixo *in verbis*, que nos casos em que a urgência for, à mesma época da propositura da ação, a petição inicial poderá limitar-se ao requerimento da tutela antecipada.

---

<sup>17</sup> CÂMARA. Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo. Atlas, 2015. p.160



Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo auto composição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Apesar da referência exclusiva quanto às tutelas de urgência sejam antecipadas ou satisfativas, não há, óbice à adoção do procedimento da estabilização diante de uma visão teleológica, influenciado pelo sincretismo processual e com o propósito de solucionar rapidamente os litígios.

Porem, há alguns inconvenientes práticos que poderão surgir dentro do NCPC, caso do agravamento da disputa classificatória entre tutela de urgência cautelar e antecipada, além do risco da propagação de pedidos de tutelas urgentes com desvio de finalidade, ou mesmo os perigos no exagero de rigor para a concessão vã medida de fato, urgente.

No entanto, segundo o professor José Jorge Tannus Neto<sup>18</sup> em seu artigo sobre a estabilização da tutela antecipada prevista no Novo CPC, onde se lê “pode”, entenda-se “deve”, uma vez que os requisitos específicos delineados no caput do artigo 303, são de observância obrigatória, a fim de que o processo siga o procedimento diferenciado da tutela antecipada rumo à estabilização.

#### 4. TUTELA DE EVIDÊNCIA

Para atingir o objetivo da tutela de evidência é necessário compreender a intenção do legislador para aplicá-lo com propriedade.

---

<sup>18</sup> TANNUS NETO, José Jorge. *A Estabilização da Tutela Antecipada Prevista no Novo CPC*. Publicado em <<https://jus.com.br/artigos/40648/a-estabilizacao-da-tutela-antecipada-prevista-no-novo-cpc>>. Acesso em 15 dez 2015.



E portanto tem sua origem na própria tutela cautelar no Código de 1973 foi um grande avanço por mostrar a preocupação com efetividade do processo, cuja existência era real e verdadeira. Porém apesar da apreensão com relação a situações satisfativas, que iniciaram de fato nos tribunais só 1994 após a reforma, com tutela antecipada. A partir de então, a tutela cautelar foi ficando cada vez mais esquecida e os processos sendo extintos correndo em apenso somente por questões formais.

Segundo advogado processualista Cristiano Zanin<sup>19</sup>, em debate que ocorreu no Congresso Brasileiro sobre o Novo CPC, o tema da tutela no âmbito do novo Código de Processo Civil é muito interessante. “As palavras que guiam o CPC são previsibilidade, efetividade e celeridade. Podendo ter uma solução estável logo no começo do processo”, afirmou.

Com o NCPC hipóteses distintas foram agregadas ao título da evidencia. Tem-se para a concessão da tutela de evidencia a demonstração Inelutável do direito requerido, o qual se mostra evidente.

O artigo 311, II do NCPC institui que a evidência decorra da adequação do pedido a situações jurídicas que expressem de forma exata casos repetitivos já decididos pelos tribunais superiores ou que já haja súmula vinculante. No artigo 311, III do NCPC oferece a possibilidade de concessão da tutela de evidencia nas ações de natureza reipersecutórias, ou seja, aquelas que têm objetivo da retomada do patrimônio do autor pois a ele pertence, e encontra-se em poder de terceiro ou na esfera patrimonial de outrem que em determinado momento não cumpriu uma obrigação contratual.

Por fim, tem-se no artigo 311, IV do NCPC, situação similar à propositura do mandado de segurança, quando há nos autos provas documentais robustas e plenamente suficiente do fato constitutivo do direito do autor, com lucidez, e clareza inequívoca do que

---

<sup>19</sup> ZANIN, Cristiano apud HENNING, Laercio Doalcei. Disponível em <<http://www.laercio.adv.br/site/noticia/tutelas-de-urgencia-e-de-evidencia-sao-explicadas-a-luz-do-novo-cpc>>. Acesso em: 02 de jan de 2016.



se requer na exordial. Verifica-se que quando houver o esgotamento do prazo decadencial para o mandado de segurança, será cabível o pedido de tutela de evidência com documentação idônea, concreta e confiável capaz de levar o magistrado a um deferimento seguro.

## CONCLUSÃO

Longe de esgotar todas as possibilidades que este tema tem a nos oferecer, pode-se verificar a importância do capítulo das tutelas provisórias e concluir que o Novo Código de Processo Civil dos artigos 294 ao artigo 311, de fato, é o livro das extintas ações cautelares, de maneira mais ampliada que engloba as tutelas antecipadas e cautelares, porém não mais como processo autônomo, mas nos próprios autos principais.

O legislador verificou que essa seria a melhor maneira, possível, de examinar alcançar uma estabilização da tutela de urgência antecipada ou cautelar, notadamente como uma espécie de tutela provisória diferenciada, de fato, em um processo sincrético, a fim de propiciar uma prestação jurisdicional célere e mais efetiva.

As tutelas provisórias continuarão sendo institutos muito utilizados na prática do judiciário, a fim de afastar os prejuízos causados em razão da morosidade excessiva quando as partes envolvidas na relação jurídica encontrarem-se na iminência de sofrerem lesões de difícil reparação ou até mesmo irreparáveis.

Busca-se com o Novo código de Processo Civil a estabilização da tutela provisória de maneira diferenciada, e que seja aplicável às situações da tutela da evidência ou mesmo nas tutelas não satisfativas.

Porém, além da clareza necessária para que o magistrado defira as tutelas necessárias é também imprescindível a concretude dos fatos demonstrados pelas provas produzidas e juntada aos autos. Ademais, não se pode atribuir ao prejudicado o ônus de recorrer para evitar



a estabilização, sem que isso conste expressamente na lei e fique impune, contribuindo para a morosidade da demanda e a ineficiência das tutelas.

O Novo Código de Processo Civil é fruto de um processo legislativo regular, em que todas as forças políticas falaram e, ao final, prevaleceu à vontade democrática da nação brasileira e, portanto que seja aplicada, pelas tutelas provisórias diferenciadas com o fim precípuo, de garantir as partes segurança jurídica, com mais celeridade e efetividade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Usucapião*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Verdade e Significado*. <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista\(3\)%20%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista(3)%20%20formatado.pdf)> Acesso em: 16 jan 2016.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual Civil*. 9. ed. rev., ampl. e atual. . v.2 Salvador: Jus Podium, 2014.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 03 mar 2015

CÂMARA. Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2015.

DIARIO OFICIAL. Disponível em<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/30295802/pg-2130-superior-tribunal-de-justica-stj-de-06-09-2011>>Acesso em 08: em abr. de 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. Salvador: Jus Podium, 2015

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado*. Niterói: Impetus. 2015.

JUS. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/40648/a-estabilizacao-da-tutela-antecipada-prevista-no-novo-cpc#ixzz3lqCkW4Od> > Acesso em: 05 de set de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da Tutela Cautelar à Tutela Antecipatória*. <<https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=A+cautelar+ela+%C3%A9+n%C3%A3o+satisfativa+Luiz+Fux>>. Acesso em: 25 jan



2016.

MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010

SILVA, Jaqueline Mielke apud RUBIN, Fernando. REICHELDT, Luis Alberto. *Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

TUDO RONDONIA. Disponível em <<http://www.tudorondonia.com.br/noticias/tutelas-de-urgencia-e-de-evidencia-sao-explicadas-a-luz-do-novo-cpc,51568.shtml>>. Acesso em: 05 de set de 2015.



## CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS COMO MAUS ANTECEDENTES: A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL E A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS AO ESQUECIMENTO E AO NOVO RECOMEÇO

Raquel Szlachta de Albuquerque

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

**Resumo:** O direito ao esquecimento, ou direito ao novo recomeço, ainda que tenha recebido tal denominação por nossos Tribunais há pouco tempo, está há muito presente em diversos institutos no ordenamento jurídico brasileiro. Reflexo da passagem do tempo e da estabilização das relações jurídicas, é princípio constitucional implícito, que, como tal, deve servir de vetor hermenêutico na atividade interpretativa. Ainda que os Tribunais resistam em declarar sua aplicabilidade no Direito penal, é imperioso reconhecê-la, em especial quando da valoração dos “maus antecedentes” no momento da aplicação da pena, em consonância com os princípios da dignidade humana e da proporcionalidade e em atenção à vedação à pena perpétua.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Direito Constitucional. Direito ao esquecimento. Maus antecedentes.

**Sumário:** Introdução. 1. O direito ao esquecimento como princípio constitucional implícito e sua irradiação pelo ordenamento. 2. A inconsistência dos tribunais: “sim” para o direito civil, “não” para o direito penal. 3. O direito ao novo recomeço na aplicação da pena: os maus antecedentes. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a possibilidade de se reconhecer, no âmbito do Direito Penal, a aplicação do direito ao esquecimento, especialmente quando da fixação da pena-base no processo de dosimetria da pena, às condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos.

O Código Penal, em seu artigo 59, traz a previsão das circunstâncias judiciais que devem ser valoradas pelo magistrado quando da fixação da pena-base, na fase de sentença, em um processo criminal. Dentre elas, encontram-se enumerados os “antecedentes”. Por não trazer a letra fria da lei a conceituação precisa de tais circunstâncias, evoluíram doutrina e jurisprudência para determinar quais são os fatos que merecem a reprovação da autoridade



pública e que se revelam incompatíveis com os imperativos ético-jurídicos do sistema, justificando a majoração da pena mínima.

No passado, admitiu-se o reconhecimento de investigações preliminares e processos criminais em andamento como “maus antecedentes”. Atualmente, a jurisprudência, de maneira uníssona, concorda que, em homenagem ao princípio constitucional da não-culpabilidade, somente decisões condenatórias irrecorríveis que não configurem reincidência podem ser consideradas maus antecedentes. Entretanto, na esteira dessa evolução da ciência jurídica penal, é imperioso admitir que tal entendimento não encontra mais guarida em um contexto de constitucionalização das áreas do Direito. É preciso reconhecer, nos dias atuais, a prevalência do chamado “direito ao esquecimento” também no âmbito penal, eis que verdadeiro princípio implícito na Constituição Federal.

Para tal, inicia-se o primeiro capítulo apresentando justamente a natureza de princípio ao “direito ao novo recomeço”, como corolário dos princípios constitucionais da vedação à pena de caráter perpétuo, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proporcionalidade. Há muito reconhecem doutrina e jurisprudência que o rol de direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição são exemplificativos, de forma que não há mais dúvidas, para a dogmática jurídica, que existem princípios constitucionais não escritos. Tanto assim o é, que o ordenamento reconhece, em diversos institutos/benefícios infraconstitucionais, a aplicação do referido princípio.

O segundo capítulo do estudo questiona o atual e equivocado entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a aplicação do direito ao esquecimento no âmbito cível e não no âmbito penal.

O terceiro capítulo apresenta, por fim, a necessidade de reconhecer que as condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não podem servir como maus antecedentes quando da fixação da pena-base. Embora a jurisprudência majoritária entenda que



o período depurador de cinco anos possui como função apenas o impedimento do reconhecimento da reincidência, há entendimentos atuais no Supremo Tribunal Federal que sustentam a tese de que o período depurador deve alcançar também os “maus antecedentes”. Defendem, assim, que a interpretação do instituto deve ser favorável ao réu, em homenagem ao princípio do *favor rei*, entendimento este adotado também no presente estudo.

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

## **1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO PRINCÍPIO CONSITUTUCIONAL IMPLÍCITO E SUA IRRADIAÇÃO PELO ORDENAMENTO**

O direito ao esquecimento, chamado também de direito ao novo recomeço, traduz a relação intrínseca entre o Direito e o tempo. Nas palavras do Min. Luis Felipe Salomão<sup>1</sup>, “é pelo Direito que o homem, cravado no tempo presente, adquire a capacidade de retomada reflexiva do passado – estabilizando-o – e antecipação programada do futuro – ordenando-o e conferindo-lhe previsibilidade”. São, assim, fenômenos simbióticos, eis que o Direito dá significação prática ao tempo, enquanto este interfere nas dinâmicas e institutos jurídicos.

A passagem do tempo, portanto, é fato natural de extrema relevância para o Direito, tendo em vista que esse busca, em última instância, a pacificação social. A segurança jurídica, indispensável à paz social, em termo *lato*, é consequência dessa passagem do tempo: com seu decurso, as relações jurídicas se estabilizam e conferem tranquilidade ao contexto social. A ciência jurídica apresenta diversos instrumentos e institutos que, nos dizeres do Ministro, “estabilizam o passado e conferem previsibilidade ao futuro”: prescrição, decadência, perdão,

---

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 10 set. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num\\_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 22 ago. 2015.



anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

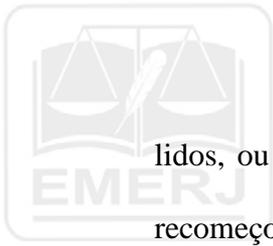
O direito ao esquecimento, assim, advém dessa mesma estabilidade das relações jurídicas que o decurso do tempo promove. É, em verdade, o direito a ser esquecido, ou o direito a um novo início, sendo certo que, se o tempo não é capaz de cancelar a memória dos erros de um indivíduo, ao menos os atenuam ou enfraquecem. E é nesse sentido que o direito ao esquecimento revela seu status de princípio constitucional, ainda que implícito: é um direito à esperança, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e da regenerabilidade do indivíduo.

Os princípios, enquanto mandamentos de otimização, são, segundo doutrina autorizada<sup>2</sup>, fundamentos de regras, isso é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante. Servem, assim, para guiar a atividade hermenêutica, de interpretação, em um determinado sentido. Por ser a Constituição da República a norma máxima do ordenamento, fundamento de validade para todo o sistema, nada mais natural que os princípios mais caros à sociedade encontrem guarida em seu texto, de forma escrita e não escrita. Quanto a este último aspecto, é preciso ressaltar que, por mais dirigente que possa ser a Carta de 1988, não seria possível pretender que esta exaurisse, em sua letra fria, os princípios e valores materialmente constitucionais. Dessa forma, doutrina e jurisprudência há muito reconhecem a existência de princípios constitucionais implícitos, não escritos, dotados, por óbvio, de *status* de norma constitucional. Dentre eles, encontra-se, como dito, o direito ao esquecimento, que deve, portanto, reger a atividade hermenêutica de todo o ordenamento, em todas suas áreas.

Enquanto princípio constitucional, o direito ao esquecimento adquire, dessa forma, dimensão transcendental e normativa, de modo que todos os institutos jurídicos devem ser

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353.



lidos, ou relidos, sob sua perspectiva. Seja nos âmbitos cível ou criminal, o direito ao novo recomeço deve guiar não apenas a produção legislativa infraconstitucional, mas também a aplicação destas normas pelo operador do Direito, especialmente quando, na omissão do legislador, há espaço para interpretação.

Não obstante o tema adquirir grande relevância quando há lacuna conceitual no texto normativo, como na hipótese do objeto deste estudo - no que tange à interpretação da categoria jurídica dos “antecedentes” - , o *status* de vetor interpretativo não é a única manifestação do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro. Muitos são os institutos que se fundamentam no direito ao novo recomeço.

É possível reconhecer a irradiação principiológica do direito ao esquecimento quando da previsão legal do instituto da reabilitação pelo artigo 93 do Código Penal<sup>3</sup>. Regulada também pelo Código de Processo Penal<sup>4</sup>, a partir de seu artigo 743, a reabilitação garante ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação. É medida de política criminal que, por meio de declaração judicial, confere ao condenado o restabelecimento de seus direitos, interesses e deveres e de sua condição de dignidade. Apesar de encontrar-se em desuso, em razão das garantias conferidas pela posterior Lei de Execuções Penais ao condenado que cumprira sua pena, o instituto é clara manifestação do direito à esperança conferido ao egresso do sistema penitenciário.

No mesmo sentido, a Lei de Execuções Penais, Lei n. 7210/84<sup>5</sup>, em seu artigo 202 garante ao condenado que, cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração

---

<sup>3</sup> BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

<sup>4</sup> \_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

<sup>5</sup> \_\_\_\_\_. Lei de Execuções Penais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2015.



penal ou outros casos expressos em lei. Ao reconhecer o direito a um novo início ao condenado, a Lei de Execuções caminha, ainda, na direção da promoção da ressocialização do preso, uma função da pena que muitas vezes permanece esquecida pelas políticas criminais implantadas no país.

No que tange, ainda, ao Direito Penal, faz-se necessário destacar que a Teoria da Prescrição da pretensão punitiva do Estado, no Brasil, adotou como arcabouço teórico a Teoria do Esquecimento, que preceitua que o decurso do tempo faz desaparecer o alarma social relativo ao crime, de tal modo que provoca a ausência do interesse que legitima a pretensão punitiva. Nas palavras de Bitencourt<sup>6</sup>, “o longo lapso de tempo decorrido, sem que o réu haja praticado outro delito, está a indicar que, por si mesmo, ele foi capaz de alcançar o fim que a pena tem em vista, que é o de sua readaptação ou reajustamento social”. Sem dúvidas, não há melhor exemplo de como o tempo é capaz de aplacar os mais controversos fatos jurídicos – no caso da prescrição, o delito, mesmo impune, vê-se esquecido.

Como princípio constitucional que é, então, o direito ao novo recomeço traduz a opção da Lei Maior e do ordenamento, enquanto sistema hermético, pelo prestígio à esperança da pessoa humana, em detrimento da memória social.

## **2. A INCONSISTÊNCIA DOS TRIBUNAIS: “SIM” PARA O DIREITO CIVIL, “NÃO” PARA O DIREITO PENAL**

Os tribunais brasileiros, atentos à evolução da ciência jurídica, passaram a reconhecer, de modo expreso e contundente, o direito ao esquecimento enquanto princípio norteador da atividade interpretativa há relativamente pouco tempo. O julgado paradigma do tema no Superior Tribunal de Justiça foi da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, no ano de 2013, e versa sobre o caso da “Chacina da Candelária”.

---

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 884.



No caso em julgamento no Recurso Especial 1.334.097/RJ, um dos acusados fora absolvido do crime à época e teve, 13 anos após a ocorrência do fato, suas informações pessoais divulgadas por meio de veiculação da reprise do programa chamado “Linha Direta”. Em verdadeira aula sobre o direito ao novo recomeço, o Ministro fizera ponderações essenciais para a compreensão deste “novo” princípio, em especial no que tange ao esquecimento do cometimento de crimes. Ainda que a abordagem principal tenha sido quanto ao direito do autor de ser esquecido no âmbito cível, o julgador estabelece certas premissas de fundamental relevância ao presente estudo.

Diz o Ministro<sup>7</sup> que o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, é acolhido no direito estrangeiro, e que é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. Leciona que o ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito reagitar o que a lei pretende sepultar. Segundo o Ministro, ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime. Nesse sentido, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. Por fim, diz ainda que o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico com a

---

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 10 set. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num\\_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 08 ago. 2015.

presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

A partir deste julgado, diversos outros<sup>8</sup> passaram a reconhecer expressamente a aplicação do direito à esperança na área cível, especialmente quando confrontado com o direito à informação da coletividade, em evidente prestígio à honra objetiva do indivíduo.

Sabe-se que a honra, na ciência jurídica, é segmentada em honra objetiva e honra subjetiva. A objetiva é relacionada com a reputação e a boa fama que o indivíduo desfruta no meio social em que vive<sup>9</sup>, e que assume grande relevância quando alguém se encontra na condição de egresso do sistema penal. Irrepreensível, portanto, o posicionamento do Tribunal Superior no sentido de reconhecer a necessidade de aplicação do direito ao novo recomeço para aqueles que, condenados ou absolvidos, carregam o estigma de ter passado pelo desgastante processo judicial criminal.

Já a honra subjetiva está relacionada com a dignidade e o decoro pessoal do indivíduo, isto é, é o juízo que cada indivíduo tem de si - estima própria<sup>10</sup>. Desse modo, percebe-se que a honra subjetiva é a mais cara dentre as duas facetas do mesmo direito, eis que é a manifestação, o reflexo, em si próprio, da dignidade da pessoa humana. Por tal razão, merece proteção de todo o ordenamento, não só do âmbito cível. Observa-se, no entanto, grande resistência por parte dos tribunais em reconhecer a aplicação do direito ao esquecimento ao âmbito penal, como se afere do julgado abaixo, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>11</sup>:

---

<sup>8</sup> No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1.335.153/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 28 mai. 2013; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível 0342008-57.2013.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Regina Lúcia Passos. Julgamento em: 19 ago. 2015; TJRJ. Décima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível 0363839-69.2010.8.19.0001. Relator: Desembargador José Carlos Paes. Julgamento em: 31 out. 2013; TJRJ. Segunda Câmara Cível. Apelação Cível 0036221-27.2012.8.19.0205. Relator: Desembargador Paulo Sérgio Prestes do Santos. Julgamento em: 04 dez. 2013.

<sup>9</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 159.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* 284.307/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgamento em: 12 ago. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/>



Toda essa digressão – feita a partir dos substanciosos acórdãos mencionados – não possui alcance suficiente para sustentar o esquecimento do passado criminógeno do ora paciente. Afinal de contas, não foram duas ou três, e, sim, dez condenações definitivas por crimes da mesma natureza. Ademais, a ideia que subjaz ao chamado “direito ao esquecimento”, como visto, não tem como implicar a relativização desses registros penais no caso concreto, pois se mostra razoável o relevo imprimido ao conjunto de condenações definitivas do paciente, associado ao fato de que estava em gozo de benefício penal quando do cometimento do crime, considerando o piso e o teto abstratos previstos para o tipo penal - de 4 a 10 anos de reclusão.

Parece contraditório, no mínimo, que o Tribunal da Cidadania reconheça a necessidade de proteção e prevalência da honra, enquanto reputação, do indivíduo, quando em conflito com também direitos constitucionais, e não reconheça a necessidade da proteção da honra subjetiva, enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana. Se no âmbito cível se privilegia o direito à intimidade, ao novo recomeço, a ser socialmente esquecido por crimes cometidos há tempos imemoriáveis, por que não se reconhecer o mesmo direito ao condenado que cumpria a sua pena, quando se está em jogo a sua liberdade? Por que submeter aquele que, egresso do cárcere, vem em processo de reconstrução de sua dignidade, de sua autoestima, aos efeitos danosos de seu erro do passado?

Percebe-se que falta ao tema a devida reflexão e debate. Não há, na doutrina, grande gama de teóricos que questionam com seriedade a aplicação do direito à esperança ao criminoso. Há, sem dúvidas, quem critique a falência do Estado em garantir a ressocialização do preso, mas não há grandes movimentos no sentido de alterar tal realidade, com exceção, talvez, das sempre combativas Defensorias Públicas estaduais.

Em relação à tal discussão entre os juristas, há enunciado elaborado pela Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, de número 531, que determina: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”<sup>12</sup>. Apesar de não se tratar de entendimento sumulado, sequer vinculativo, fato é que os enunciados propostos pelos estudiosos do Direito nas Jornadas refletem as tendências mais

---

mediado/?componente=ITA&sequencial=1338076&num\_registro=201304038017&data=20140826&formato=P DF >. Acesso em: 08 set. 2015.

<sup>12</sup> IV JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciados Aprovados. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 08 set. 2015.



modernas e progressistas do estudo jurídico: apresentam-se, ali, as construções teóricas da doutrina que muitas vezes não ganham espaço nos tribunais, que são, em regra, mais conservadores do que os acadêmicos. A “limitação” do enunciado, quando fala apenas do “aspecto civil” do direito ao esquecimento traduz esta realidade atual no estudo dos direitos penal e constitucional: pouco se propõe a respeito das garantias do egresso do sistema penitenciário. Apesar do acórdão paradigma do tema no Brasil, de relatoria do Min. Luis Salomão, trazido acima, tratar, em sua fundamentação, expressamente da aplicação ao âmbito penal do direito ao novo recomeço, parece que o direito ao esquecimento encontra repercussão maior quando relacionado à tecnologia da informação, à proibição à censura, temas certamente mais glamorosos do que a dignidade de condenados ex-presidiários.

Assim, vê-se que tanto a produção acadêmica, doutrinária, quanto os tribunais brasileiros ainda têm grande resistência em aplicar o direito à esperança no âmbito penal. Entretanto, julgamentos embrionários têm se revelado timidamente nos tribunais, em decisões monocráticas, em que se reconhece, expressamente, o direito ao esquecimento aos condenados que cumpriram suas penas, em especial no que tange à valoração dos “maus antecedentes”, quando da fixação da pena base.

### **3. O DIREITO AO NOVO RECOMEÇO NA APLICAÇÃO DA PENA: OS MAUS ANTECEDENTES**

Feitas as devidas considerações a respeito da natureza constitucional do direito ao novo recomeço, assim como da necessidade de sua incidência no Direito Penal, adentra-se à discussão pormenorizada acerca de seu reconhecimento quando do processo de aplicação da pena, desfecho de uma ação penal.

Prefacialmente, é necessário reconhecer que, em relação ao processo de individualização da pena, o ordenamento jurídico já reconhece a aplicação do direito ao



esquecimento quando trata do período depurador relativo à agravante genérica da reincidência.

A reincidência, conforme dispõe o Código Penal<sup>13</sup> em seu artigo 63, é verificada quando o agente comete novo crime, depois de transitada em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Estabelece ainda, em seu artigo 64, inciso I<sup>14</sup>, que os efeitos negativos da reincidência duram apenas por um período determinado de tempo, qual seja, o de 5 (cinco) anos. Dessa forma, adotou o legislador, em relação à reincidência, o sistema da temporariedade, ou seja, determinou que o aumento da pena em decorrência do cometimento de crimes anteriores deve ser limitado no tempo, e não pode incidir de maneira perpétua.

Sabe-se que a reincidência, enquanto agravante genérica, será analisada na segunda fase da aplicação da pena, não havendo grande problemática sobre a interpretação do instituto, tendo em vista que o Código Penal expressamente o definiu e estabeleceu suas consequências. No entanto, o mesmo não ocorre com os “antecedentes”, categoria jurídica trazida pelo artigo 59 como “circunstâncias judiciais”, que deve ser valorada pelo magistrado na primeira fase de aplicação da pena.

Como não há na legislação a conceituação do que seriam os “antecedentes”, doutrina<sup>15</sup> e jurisprudência<sup>16</sup> amplamente majoritárias atualmente interpretam o instituto de forma a evitar o *bis in idem*: “maus antecedentes” seriam toda condenação transitada em julgado que não serve para fins de reincidência. Adotam, portanto, para tal circunstância judicial, o sistema da perpetuidade, em que o condenado estará para sempre sujeito ao aumento da sua pena base em razão de uma condenação passada, ainda que há muito transitada em julgado.

---

<sup>13</sup> BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2015.

<sup>14</sup> BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2015.

<sup>15</sup> Por todos, Rogério Greco. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 635.

<sup>16</sup> Por todos, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 323.661/MS. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 01 ago. 2015.



Não obstante ser essa interpretação uma evolução histórica, que fora muito bem vinda em tempos passados, contemporaneamente não se coaduna com os valores emanados da Constituição da República. Como dito, o direito ao novo recomeço revela-se como uma faceta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, enquanto manifestação da esperança por dias melhores. Mas não só: o direito ao esquecimento é corolário, especialmente no âmbito penal, no que tange à sistemática de aplicação da pena, dos princípios constitucionais da vedação à pena perpétua, da proporcionalidade e da igualdade.

No que diz respeito à vedação à pena perpétua, é necessário, primeiramente, salientar que fora decisão do constituinte originário prever tal garantia ao indivíduo. A discussão acerca de sua natureza política ou jusnatural, aqui, não importa: não há dúvidas de que a punição de caráter perpétuo é absolutamente repudiada pela Carta Magna<sup>17</sup>, conforme estabelece seu art. 5º, XLVII, “b”.

Dessa forma, em atenção à força normativa da Constituição, e ao princípio da sua máxima efetividade<sup>18</sup>, não é possível conferir aos institutos infraconstitucionais qualquer interpretação que viole tal proibição, ainda que de forma reflexa. Assim, faz-se salutar concluir que o sistema da perpetuidade aplicado aos “antecedentes” pela grande maioria da doutrina e da jurisprudência ofende frontalmente o princípio da vedação à pena perpétua.

Ademais, ao enxergar a discussão através do princípio da proporcionalidade, vê-se que atribuir caráter perpétuo aos maus antecedentes, negando a aplicação do direito ao esquecimento ao apenado, é medida verdadeiramente desproporcional sob a ótica da proibição de excesso. Ensina Gilmar Mendes<sup>19</sup> que o princípio da proporcionalidade possui duas facetas, a proibição de excesso, *Übermassverbot*, e a proibição de proteção deficiente, *Untermassverbot*, proibições essas que devem orientar tanto a atividade legislativa em matéria

---

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2015.

<sup>18</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172-173

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 631 - 633.



penal como a atividade hermenêutica dos operadores. Por todo o exposto ao longo do presente estudo, excessivo é o caráter perpétuo dos maus antecedentes, tendo em vista o já cumprimento da pena pelo condenado, nos termos de sua sentença, e o conseqüente atendimento à sua função retributiva.

Apesar de grande resistência dos juristas em reconhecer a aplicação do direito ao novo recomeço à categoria dos antecedentes, doutrina de peso defende a vedação da utilização das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como tal. Nesse sentido, Bitencourt<sup>20</sup>, que aponta ainda a doutrina de Salo de Carvalho e Paganella Boschi:

Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos “maus antecedentes”, adotando-se o parâmetro previsto para os “efeitos da reincidência” fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia. Advogado a mesma tese, Salo de Carvalho, *in verbis*: “o recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência -, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal.

Nota-se, ainda, considerável tendência no Supremo Tribunal Federal<sup>21</sup> em adotar o entendimento exposto nesse estudo, como se afere dos recentes julgados pela Corte<sup>22</sup>:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado ‘direito ao esquecimento’, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta.

Sendo o Supremo Tribunal Federal o tribunal constitucionalmente responsável por interpretar o ordenamento em observância aos ditames da Carta Magna, e em razão da “força persuasiva e expansiva de seus precedentes”<sup>23</sup>, imagina-se que o Superior Tribunal de Justiça e os tribunais inferiores passarão a adotar o entendimento que veda a utilização das condenações

<sup>20</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 770 – 771.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus* 119.200/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 11 fev. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399966>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

<sup>22</sup> No mesmo sentido: Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* 118.977/MS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 18 mar. 2014.; STF. Segunda Turma. *Habeas Corpus* 110.191/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 23 mai. 2013; STF. Segunda Turma. Medida Cautelar em *Habeas Corpus* 126.315/SP. Decisão Monocrática Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 04 mar. 2015.

<sup>23</sup> Nas palavras do Ministro Teori Zavascki, em voto no Plenário. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação 4335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em: 25 nov. 2015.



transitadas em julgado há mais de cinco anos como “antecedentes”. Ressalte-se que, em razão da relevância e expressão do tema, a discussão está afeta ao Plenário da Suprema Corte em repercussão geral no Recurso Extraordinário 593.818/SC.

Não se olvide ainda que, segundo doutrina autorizada<sup>24</sup>, o princípio do *favor rei* deve ser aplicado também quando da interpretação de regras, de modo que quando há “duas posições divergentes que possam gerar dúvida, deve-se resolver a demanda a favor do réu”. Assim, ainda que haja dúvida no hermeneuta quanto à interpretação a ser adotada, deve prevalecer aquela que beneficia o condenado, que se revela, no caso em comento, a da aplicação do direito ao esquecimento aos chamados “maus antecedentes”.

Não há dúvidas que de esse deve ser o entendimento adotado pelo ordenamento jurídico moderno, em evidente prestígio à dignidade do acusado, evitando que a pena obtenha caráter verdadeiramente perpétuo. Seja por meio do método de interpretação conforme a Constituição, seja por meio de alteração do texto do Código Penal, para que se inclua, expressamente, a vedação da utilização das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como “maus antecedentes”, é mister reconhecer o direito ao esquecimento também do condenado. O que não se pode admitir, em tempos de constitucionalização do Direito Penal, é que o réu responda novamente, ainda que de forma indireta, pelo crime cuja pena já cumprira, em processos futuros relativos a fatos diversos.

## CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento, chamado também de direito ao novo recomeço ou direito à esperança, como visto, é princípio constitucional implícito, corolário do meta-valor da dignidade da pessoa humana. Não obstante ter sido reconhecido nestes termos há pouco pela jurisprudência pátria, está presente no ordenamento jurídico em diversos institutos,

---

<sup>24</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal* – v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 46.



especialmente no Direito Penal. Apesar disso, os tribunais ainda têm grande resistência em reconhecê-lo quando da aplicação da pena, em especial no momento da valoração da circunstância judicial “antecedentes”, recusando-se, assim, a conferir-lhe a interpretação mais adequada à Carta constitucional.

Melhor interpretação do instituto, dessa maneira, é aquela que entende que as decisões transitadas em julgado há mais de cinco anos não podem fundamentar o aumento da pena-base sob o título de maus antecedentes, em atenção ainda aos princípios da vedação à pena perpétua e da proporcionalidade. Por faltar à legislação regulação acerca de tal categoria, imperioso reconhecer a aplicação analógica do tratamento dado à reincidência, instituto este, ressalve-se, dotado de maior desvalor, atribuído pelo próprio legislador – classificado como agravante genérica. Se é possível ao ordenamento reconhecer a reincidência como não-perene, com mais razão há de se reconhecer os antecedentes, meras circunstâncias, como transitórios.

Tendo em vista o recente reconhecimento da repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal, aguarda-se o pronunciamento do Plenário, que deve se dar no sentido de acolher o entendimento aqui exposto, em consonância com as decisões monocráticas de seus Ministros nos últimos dois anos. Espera-se, portanto, que a Corte dê interpretação conforme à Constituição ao instituto, e reconheça, assim, a temporariedade dos “maus antecedentes”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 22/08/2015.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei de Execuções Penais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 10 set. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1239004&num\\_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1.335.153/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 28 mai. 2013. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num\\_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 323.661/MS. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 01 ago. 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1436919&num\\_registro=201501113007&data=20150908&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1436919&num_registro=201501113007&data=20150908&formato=PDF)>. Acesso em: 26 de nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* 284.307/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgamento em: 12 ago. 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338076&num\\_registro=201304038017&data=20140826&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338076&num_registro=201304038017&data=20140826&formato=PDF)>. Acesso em: 08 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas Corpus* 110.191/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 23 mai. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3741491>>. Acesso em: 26 nov. 2015;

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Medida Cautelar em *Habeas Corpus* 126.315/SP. Decisão Monocrática Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000403855&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus* 119.200/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 11 fev. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399966>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* 118.977/MS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 18 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5595009>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação 4335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em: 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível 0363839-69.2010.8.19.0001. Relator: Desembargador José Carlos Paes. Julgamento em: 31 out. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B0A49D467F6C786EC421650E00A9B383C5024A4F1902&USER=>>>. Acesso em: 26 nov. 2015;

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Segunda Câmara Cível. Apelação Cível 0036221-27.2012.8.19.0205. Relator: Desembargador Paulo Sérgio Prestes do Santos. Julgamento em: 04 dez. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000495C8E9C5FAA0EE67FA40F70003FDFBD8C502520E4F05&USER=>>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível 0342008-57.2013.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Regina Lúcia Passos. Julgamento em: 19 ago. 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CB5786B964EC60057055DD53B6E43813C5041D06385F&USER=>>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

IV JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciados Aprovados. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 08 set. 2015.

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

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal – v. 1*. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

A análise quanto ao momento para o oferecimento da suspensão condicional do processo à luz das mudanças processuais da Lei n. 11.719/2008

Rayla Henriques Ladeira

Graduada pela Faculdade de Direito Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo:** A Constituição da República prevê expressamente o respeito à ampla defesa, ao contraditório e à garantia da presunção de inocência. Pautado nessas garantias o legislador aprovou a Lei 11719/08 introduzindo uma nova modalidade de defesa do réu com o fim de inviabilizar o recebimento de denúncia e conseqüentemente analisar a absolvição sumária. Nos delitos processados pelo rito comum, hipótese em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, será possível aplicar o instituto despenalizador da Suspensão Condicional do Processo devendo observar a aplicação de diferentes leis sob pena de ferir as garantias constitucionais. A essência do trabalho é demonstrar qual o melhor momento para a apresentação da Suspensão Condicional do Processo prevista na Lei 9099/95 nos casos em que deve observar as mudanças efetuadas pela Lei 11719/09.

**Palavras-Chave:** Direito Penal. Direito Processual Penal. Suspensão Condicional do Processo. Defesa Prévia.

**Sumário:** Introdução. 1. A Suspensão Condicional do Processo com base na Lei n. 9.099/95 2. As modificações trazidas pela Lei n.º 11.719/08 ao Código de Processo Penal 3. Crimes processados sobre o rito comum e a aplicação do Instituto da Suspensão Condicional do Processo. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar o instituto da Suspensão Condicional do Processo regulado pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e como objetivo principal discorrer sobre as modificações trazidas pela Lei n. 11.719/08 ao Código de Processo Penal nos tópicos que influenciam a aplicação do instituto despenalizador.

A Lei n. 9.099/95 criou os Juizados Especiais Criminais (JECRIM), regulando-o e determinando o processamento nos Juizados dos delitos cuja pena máxima se limita a 2 anos além de conceituá-los como delitos de menor potencial ofensivo. Com o fim de evitar o cárcere privado a Lei criou medidas despenalizadoras, dentre elas a Suspensão Condicional do Processo.



Dessa forma ao regulamentar tal instituto a Lei autorizou sua aplicação para delitos em que a pena mínima seja igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não pela Lei n. 9.099\95, ou seja, possibilitou a aplicação do instituto em outros procedimentos, dentre eles os regulados pelo Código de Processo Penal.

Sendo um instituto que se aplica a qualquer procedimento limitando apenas aos requisitos subjetivo e a pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, a modificação trazida pela Lei n. 11.719\08 ao Código de Processo Penal também influenciou a aplicação da medida despenalizadora, gerando discussão sobre o momento da aplicação do instituto.

A principal modificação abordada neste trabalho é quanto ao momento processual do recebimento da denúncia nos procedimentos comuns regulados pelo Código de Processo Penal. Tal modificação influenciou no oferecimento do instituto pois deverá garantir o oferecimento da resposta preliminar ou o instituto deve ser apresentado logo após o oferecimento da denúncia?

Para solucionar o principal embate, será abordado no primeiro capítulo a aplicação do instituto antes das mudanças da Lei n. 11.719/08, suas principais características e os requisitos para sua aplicação.

No segundo capítulo, serão analisadas as inovações trazidas pela Lei n. 11.719\08 ao Código de Processo Penal, a discussão acerca do recebimento da denúncia e suas interferências no oferecimento do instituto.

No último capítulo, será demonstrado a aplicação da Lei de Processo Penal ao instituto da Suspensão Condicional do Processo conjugando com o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que a modificação legislativa possibilitou ao juiz apreciar possível absolvição sumária do delito após oportunizar a resposta da acusação.

Assim, será utilizado como metodologia o tipo bibliográfico, parcialmente exploratório e explicativo, utilizando como referencia a Lei e o estudo dos institutos em aplicação.

## **1. A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO COM BASE NA LEI N. 9.099/95**

A Lei n. 9099/95<sup>1</sup> em uma inovação legislativa tratou de atenuar o rígido princípio da indisponibilidade da ação penal pública e conferir efetividade aos artigos 98, I, da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup> e art. 392, §1º, III do Código de Processo Penal<sup>3</sup> passando a conceituar o que é o delito de menor potencial ofensivo bem como disciplinar o procedimento sumaríssimo.

O Direito Penal deve ser utilizado conforme o princípio da intervenção mínima do direito penal, assim, todas as condutas tipificadas são penalmente relevantes, entretanto podem ser separadas com relação ao seu grau de potencialidade lesiva ao bem. Neste sentido, a referida Lei conceituou como delitos de menor potencial ofensivo aqueles em que a pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, cumulados ou não com multa, conforme verifica-se no artigo 61 da Lei dos Juizados Especiais<sup>4</sup>.

Tratando-se de delitos de menor potencial ofensivo, a Lei disciplinou diversas medidas despenalizadoras que procuram evitar a persecução penal ou ainda a aplicação da pena de prisão, são elas, a composição civil (art. 74, paragrafo único, da Lei n. 9099/95)<sup>5</sup>,

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2015

<sup>2</sup> \_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 19 out 2015

<sup>3</sup> \_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 19 out 2015

<sup>4</sup> BRASIL. op. cit. nota n 1

<sup>5</sup> Ibid.



transação penal (art. 76, da Lei n. 9099/95)<sup>6</sup>, exigência de representação para o delito de lesão corporal leve (art. 88, da Lei 9099/95)<sup>7</sup> e a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9099/95)<sup>8</sup> que é o objeto central do presente trabalho.

Com relação à Suspensão Condicional do Processo, também denominado de *sursi* ou *sursis* processual, é considerado como uma transação conforme verifica-se do artigo 89 da Lei n. 9099/95<sup>9</sup>:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Marcellus Polastri<sup>10</sup> nomeia tal instituto como transação uma vez que o Ministério Público e o acusado deverão ceder para que o instituto tenha aplicação. O órgão acusador verificando estarem presentes os requisitos do instituto poderá propor junto à denúncia a suspensão.

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 814.

São requisitos para a aplicação da Suspensão Condicional do Processo que a pena do delito seja igual ou inferior a um ano, que o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime, além dos requisitos previstos no artigo 77, do Código Penal<sup>11</sup>, que são a não reincidência em crime doloso, a personalidade do agente e os motivos e circunstâncias que autorizem a concessão do benefício, além da pena final a ser imposta, se condenado fosse, permitisse a aplicação da suspensão da pena.

Quanto ao legitimado para propor o instituto muito se discutiu sobre a possibilidade do Ministério Público não oferecer a suspensão, entretanto prevalece hoje que se trata de um poder-dever do membro gerando um direito subjetivo ao réu que preenchido os requisitos deverá ser proposto o *sursi* processual e caso o *parquet* entenda que não é possível a aplicação do instituto deverá fundamentar a sua não propositura.

Tal instituto tem como efeito durante o período de prova a suspensão do curso regular do processo e a sua prescrição. Caso o acusado cumpra integralmente as medidas impostas o efeito será da extinção da punibilidade, ou seja, o acusado não terá processada a denúncia oferecida e conseqüentemente não haverá qualquer condenação, conforme previsão do artigo 89, §5 da Lei n. 9099/95<sup>12</sup>.

Vale ressaltar que no presente instituto não há que se falar em aplicação de sanção penal, as restrições configuram tão somente medidas a serem cumpridas durante o período de prova sob condição de que o processo seja extinto.

Embora seja um instituto previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais tem como requisito de aplicação que a pena mínima seja inferior ou igual à 1 (um) ano, assim, possibilita sua aplicação inclusive a delitos que não são contemplados com a aplicação da lei mas são contemplados com a aplicação individual do instituto no caso concreto.

---

<sup>11</sup> Brasil. Decreto-Lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acessado em: 19 out 2015

<sup>12</sup> BRASIL. op. cit. nota 1.



Ou seja, o *sursis* processual terá aplicação nos procedimentos comuns ou especiais devendo ser observada apenas a pena mínima e não a pena máxima como é o padrão para a fixação do procedimento do JECRIM.

Sinalizadas as características básicas do instituto pode-se analisar a problemática quanto ao momento do oferecimento da proposta pelo membro do Ministério Público. Ora, segundo a legislação o momento para o Ministério Público oferecer a suspensão é junto com a apresentação da denúncia.

Assim, apresentada a denúncia, o Juiz irá analisar a sua possibilidade e a recebendo determinará a suspensão junto com as restrições de direito ao acusado. Pela Lei n. 9099/95<sup>13</sup> que regula um procedimento célere, informal, regido pela oralidade, prevendo inclusive a denúncia oral, concentrará em um mesmo ato o oferecimento e recebimento da denúncia, bem como a suspensão do processo.

Entretanto, sendo aplicável tal medida em outro procedimento, o recebimento da denúncia e o oferecimento da proposta será oportunizado em momentos distintos, como no procedimento ordinário em que, normalmente, haverá uma audiência especial para tal finalidade e assim deverá observar a legislação própria de cada procedimento.

Ou seja, trata-se de uma excelente medida despenalizadora para ambas as partes porém se não oferecida em momento correto pode gerar ao réu prejuízo na sua defesa uma vez que, por suspender o curso do processo, poderá induzi-lo a não produzir provas para garantir a sua absolvição em sentença definitiva.

## **2. AS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 11719/08 AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

---

<sup>13</sup> Ibid.

Em 20 de junho de 2008 foi publicada a Lei n.º 11.719<sup>14</sup> como parte integrante da mini-reforma do Código de Processo Penal, às quais, foram introduzidas alterações substanciais ao Código, às quais têm como objetivo principal dar maior efetividade as garantias constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa e a celeridade.

A nova legislação abarca, em especial, os procedimentos, aspectos relacionados à defesa do réu e pontos relativos ao defensor e à vítima, sendo de análise obrigatória para o presente trabalho o estudo dos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal<sup>15</sup>.

Antes da modificação legislativa, o procedimento comum seguia basicamente as seguintes regras: o Ministério Público oferecia a denúncia, o Juiz após análise dos pressupostos da ação a recebia, designando desde logo a citação do réu, dia e hora para interrogatório, intimação do Ministério Público e, se fosse o caso, do querelante ou do assistente.

Assim, após o oferecimento da denúncia, o réu produzia sua defesa apenas no interrogatório marcado pelo magistrado. No recebimento da denúncia, o juiz deveria segundo o art. 43 do Código de Processo Penal<sup>16</sup> (antes da reforma da Lei n.º 11719/08) analisar se o fato narrado evidentemente não constituía crime; se é caso de extinção da punibilidade; ou ainda por manifesta ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Tais possibilidades só permitiam ao juiz a análise objetiva dos requisitos da ação penal.

Com a entrada em vigor das modificações trazidas pela Lei n.º 11.719/08, os artigos 396 e 396-A do CPP<sup>17</sup> passaram a ter a seguinte redação:

---

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n. 11.719 de 20 de junho de 2008. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm)> Acesso em 19 out 2015

<sup>15</sup> BRASIL. op. cit. nota 3.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Ibid.



Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Ou seja, após o oferecimento da denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, irá recebê-la e determinar a citação para que a defesa do réu apresente a resposta à acusação, chamada por muitos de defesa preliminar. Assim, abre-se uma possibilidade de defesa para o réu, uma vez que após a defesa prévia, o juiz poderá absolvê-lo sumariamente se demonstrado umas das hipóteses do art. 397 do CPP<sup>18</sup>.

Então, o procedimento atual contempla o seguinte procedimento: oferecida a denúncia poderá o juiz rejeitá-la liminarmente ou, sendo o caso de recebê-la, determinar a citação e prazo para a apresentação da defesa prévia. Após a apresentação da defesa prévia caberá o juiz analisar a possibilidade de absolvição sumaria.

Verificado pelo magistrado que o caso concreto não está abarcado por qualquer causa de absolvição sumária, deve o juiz, segundo o artigo 399 do CPP<sup>19</sup>, receber a denúncia ou queixa e designar data para audiência.

Uma grande controvérsia foi gerada com a entrada em vigor da reforma do Código de Processo Penal na parte sobre o recebimento da denúncia. Isso porque, o art. 366 do CPP<sup>20</sup> sinaliza que o acusado será citado para a apresentação da defesa previa após o recebimento da

---

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid.

denúncia, enquanto que no art. 399 do mesmo diploma legal acima que será designada audiência de instrução e julgamento caso tenha o recebimento da denúncia.

Surgiu uma corrente que defendia que o ato de recebimento deveria seguir o momento designado no art. 399 do CPP<sup>21</sup>, ou seja, após o oferecimento da defesa prévia com o intuito de garantir a ampla defesa. Entretanto, outra corrente compreendia que o art. 399 acima citado, previa apenas uma sequência de procedimento, uma vez que o recebimento se materializava conforme o art. 396 do mesmo diploma legal. Assim, já haveria uma relação processual sendo verificado após a apresentação da defesa prévia apenas a possibilidade da absolvição sumária.

Por fim, uma terceira corrente, defendia dois momentos processuais para o recebimento, um provisório e no segundo momento a confirmação. Assim, a análise do art. 396 do CPP<sup>22</sup> verificava apenas a viabilidade da acusação, e no segundo momento, conforme o art. 399 do CPP<sup>23</sup> seria a confirmação deste ato, configurando um ato de recebimento da acusação complexo.

Muito se discutiu sobre o tema prevalecendo hoje a idéia de que o momento mais adequado para considerar recebida a peça acusatória é o definido no art. 396, do CPP<sup>24</sup>, ou seja, antes da apresentação da defesa preliminar. Tal entendimento ficou comprovado diante do brilhante julgamento do HC 138.089/SC, Rel. Min. Felix Fisher, conforme segue abaixo:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 396-A DO CPP. LEI nº 11.719/2008. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. MOMENTO PROCESSUAL. ART. 396 DO CPP. RESPOSTA DO ACUSADO. PRELIMINARES. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

I - A par da divergência doutrinária instaurada, na linha do entendimento majoritário (Andrey Borges de Mendonça; Leandro Galluzzi dos Santos; Walter Nunes da Silva Junior; Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto), é de se entender que o recebimento da denúncia se opera na fase do art. 396 do Código de Processo Penal.

---

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.,

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Ibid.



II - Apresentada resposta pelo réu nos termos do art. 396-A do mesmo diploma legal, não verificando o julgador ser o caso de absolvição sumária, dará prosseguimento ao feito, designando data para a audiência a ser realizada.

III - A fundamentação referente à rejeição das teses defensivas, nesta fase, deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada, sob pena, inclusive, de indevido prejudgamento no caso de ser admitido o prosseguimento do processo-crime.

IV - No caso concreto a decisão combatida está fundamentada, ainda que de forma sucinta.

Ordem denegada. (HC 138.089/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 22/03/2010).<sup>25</sup>

A reforma, como se vê, privilegiou o direito de ampla defesa e do contraditório, no sentido de que permite ao acusado levantar questões que ensejam a rejeição da denúncia, acrescentando nova modalidade de defesa. A absolvição sumária garantirá que não se tenha no judiciário ações que desde logo estejam acobertadas por causas excludentes de ilicitude, ou de culpabilidade, ou ainda atipicidade manifesta, ou causa de extinção da punibilidade.

Assim, sendo o caso de aplicação do instituto da Suspensão Condicional do Processo, previsto na Lei dos Juizados Especiais, a procedimentos comum regulados pelo Código de Processo Penal, deverá ser garantido a apresentação da defesa prévia para fins de verificação da absolvição sumária. No caso de não haver a oportunidade de tal defesa estará violado o macro sistema da ampla defesa e do contraditório.

### **3. CRIMES PROCESSADOS SOBRE O CÓDIGO PENAL E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO**

Diante do artigo 89 da Lei n. 9099/95<sup>26</sup>, é possível aplicar o instituto da suspensão condicional do processo aos crimes que não são abrangidos pela Lei dos Crimes de Menor Potencial Ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, cumulados ou não com multa, configurando norma processual

---

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 138.089/SC. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=138089&&b=ACOR&p=false&t=URIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 set. 2015

<sup>26</sup> BRASIL. Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)> Acesso em: 16 set. 2015.

genérica, ressalvando os crimes militares uma vez que existe previsão proibitiva expressa (art. 90-A da Lei n.º 9099/95<sup>27</sup>).

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, o artigo que disciplina o instituto prevê para a sua aplicação o requisito objetivo da pena mínima seja igual ou inferior a 1 (um) ano o que irá abranger crimes cuja a pena máxima supera 4 (quatro) anos.

Assim, não sendo o delito processado pela Lei n.º 9099/95<sup>28</sup> será processado conforme disciplina o art. 394, do CPP<sup>29</sup>, seguindo o procedimento comum que poderá ainda ser ordinário ou sumário. Seguirá o procedimento ordinário caso a pena máxima cominada seja igual ou superior a 4 (quatro) anos e será o procedimento sumário caso a pena máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos.

Então, uma vez praticado um crime cuja pena mínima seja inferior a 2 (dois) anos o processamento seguirá conforme o procedimento sumaríssimo, assim, será oferecida a Suspensão Condicional do Processo juntamente com a denúncia, caso verifique a presença dos requisitos do instituto. Uma vez oferecida a proposta pelo membro do Ministério Público o juiz marcará uma audiência para apresentar o instituto ao réu e, uma vez aceito, deverá o juiz receber a denúncia e suspender o processo para que o réu cumpra as medidas aplicáveis, conforme disciplina o artigo 89, parágrafo 1º da Lei 9099/95<sup>30</sup>.

Verifica-se que no procedimento do Juizado Especial Criminal não há previsão legislativa acerca da possibilidade de apresentação da defesa prévia com o fim de evitar eventual confirmação do recebimento da denúncia.

Já com relação ao réu que pratica crime cuja pena máxima supere 2 (dois) anos, ou seja, não abarcado pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, deverá o juiz seguir o rito

---

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit. Nota n.º 3.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit. Nota n. 12



disciplinado nos artigos 395 e seguintes do CPP<sup>31</sup>. Ou seja, diante da modificação da Lei 11.719/08 deverá ser garantido ao réu a apresentação da resposta à acusação (art. 396, do CPP<sup>32</sup>) com o fim de evitar a confirmação do recebimento da denúncia.

Nesse sentido será necessário garantir ao réu a apresentação da resposta à acusação para que seja respeitado os princípios da ampla defesa, presunção de inocência e contraditório, caso contrário, estaria suprimindo do réu uma modalidade de defesa que poderia evitar a confirmação do recebimento da denúncia com a alegação de preliminares, justificações e eventuais irregularidades no procedimento investigatório que poderão levar a sua absolvição sumária.

Então ainda existe divergência sobre o momento correto para designar a audiência de suspensão condicional do processo no caso dos crimes seguirem o procedimento regulamentado no Código de Processo Penal.

Conforme já abordado em outros capítulos é pressuposto do “*sursis processual*” o oferecimento e recebimento da denúncia, uma vez que só existe ação penal para ser suspensa após o efetivo recebimento da peça acusatória. E, diante da modificação legislativa n.º 11719/08, a confirmação do recebimento da denúncia só se verifica após a apresentação da resposta à acusação prevista no art. 396, do CPP<sup>33</sup>.

Na resposta à acusação o réu terá direito de apresentar matérias defensivas que garantam a absolvição sumária com a rejeição da denúncia. Assim, se há possibilidade de rejeição da denúncia ainda não se pode dizer que a justa causa para a ação penal esta consolidada.

---

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit. Nota n. 3

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid.

Verifica-se que diante da decisão na Petição 3898<sup>34</sup> o STF entendeu que poderia depois de aceita a proposta de suspensão do processo o réu discutir em instância superior a ausência de justa causa para a ação penal, sendo uma possibilidade para evitar violação aos princípios da presunção de inocência ou da ampla defesa.

No acórdão citado acima é possível verificar que o caso versava sobre crime processado com base na Lei n. 8038/90<sup>35</sup>, ou seja, de competência originária do STF não sendo possível então a verificação por instância superior após aceitação do acordo. Neste sentido segue ementa:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI 9.099/95. OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO DENUNCIADO. PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA AMPLA DEFESA. Diante da formulação de proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, o denunciado tem o direito de aguardar a fase de recebimento da denúncia, para declarar se a aceita ou não. A suspensão condicional do processo, embora traga ínsita a idéia de benefício ao denunciado, que se vê afastado da ação penal mediante o cumprimento de certas condições, não deixa de representar constrangimento, caracterizado pela necessidade de submeter-se a condições que, viesse a ser exonerado da acusação, não lhe seriam impostas. Diante da apresentação da acusação pelo Parquet, a interpretação legal que melhor se coaduna com o princípio da presunção de inocência e a garantia da ampla defesa é a que permite ao denunciado decidir se aceita a proposta após o eventual decreto de recebimento da denúncia e do conseqüente reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da aptidão da peça acusatória e da existência de justa causa para a ação penal. Questão de ordem que se resolve no sentido de permitir a manifestação dos denunciados, quanto à proposta de suspensão condicional do processo, após o eventual recebimento da denúncia. [...] (Pet 3898, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/08/2009, publicado em 18/12/2009, Tribunal Pleno)<sup>36</sup>

Nesse mesmo sentido, o STJ julgou o Recurso Ordinário concluindo que antes de oferecer a proposta de suspensão deve o magistrado receber a ação penal e examinar os requisitos com o fim de evitar a suspensão de um processo em que não se tem justa causa ou a inicial é inepta.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ESTELIONATO MAJORADO EM SUA FORMA TENTADA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3898. Relatora: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+3898%2ENUME%2E%29+OU+%28Pet%2EACMS%2E+ADJ2+3898%2EACMS%2E%29&base=baseQuestoes&url=http://tinyurl.com/asa7xtn> > Acesso em: 16 set 2015

<sup>35</sup> BRASIL. Lei n. 8038, de 28 de maio de 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm) Acesso em: 16 set 2015.

<sup>36</sup> BRASIL. op. cit. Nota n. 20



ANTERIOR À PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PRECEDENTES. PLEITO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PREJUDICADO. RECURSO PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, DESPROVIDO. 1. Recorrente denunciada como incurso no art. 171, §3.º, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, uma vez que, segundo a exordial acusatória, teria apresentado documentação falsa no intuito de consumir saques ilícitos de seguro desemprego. 2. A formalização da suspensão condicional do processo pressupõe o recebimento da denúncia. É nesta etapa que o magistrado examina se a peça acusatória preenche ou não os requisitos normativos para seu adequado processamento. Com isso, permite-se que a proposta de suspensão condicional do processo seja realizada em um cenário de reconhecida legalidade, e evita-se que o acusado venha a aceitar o benefício em casos de inépcia ou de ausência de justa causa para processamento do feito. Reverência ao due process of law. 3. O pedido de prescrição da pretensão punitiva com base na pena in abstracto está, na espécie, em relação de dependência lógica com o pedido de anulação do recebimento da denúncia, restando, portanto, prejudicado. 4. Recurso parcialmente prejudicado e, no mais, desprovido. (RHC 35.724/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 02/10/2013)<sup>37</sup>

Há também um julgado do TJRJ<sup>38</sup> em que houve o respeito à abertura de prazo para apresentação oportuna da resposta à acusação para posteriormente oferecer a suspensão condicional do processo.

Neste sentido, há divergência nos julgados acima colecionados sobre como melhor atender aos princípios da ampla defesa, presunção de inocência e contraditório diante da aplicação do instituto da suspensão condicional do processo.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou as principais consequências processuais da modificação legislativa realizada pela Lei nº 11.719/08 com relação ao oferecimento da suspensão condicional do processo.

Foi apontada a inclusão de uma modalidade de defesa posterior ao oferecimento da denúncia que possibilita ao réu trazer ao processo alegações que inviabilizam o recebimento da denúncia e conseqüentemente a persecução penal. Em virtude desse acréscimo será

---

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 35.724/BA. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <HTTP ://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=35724&&b=ACOR&p=false&l=10&i=2> Acesso em: 16 set. 2015.

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC 0001652-28.2015.8.19.0000. Relator: Jose Muinos Pinerio Filho. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505900401> Acesso em 16 set. 2015.

necessário oportunizar a apresentação da defesa ainda que o Promotor de Justiça venha a requerer a apresentação da proposta de suspensão logo após o recebimento da denúncia, conforme determina a Lei n. 9099/95.

A defesa prévia prevista no art. 396-A do Código de Processo Penal visa a garantir os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e indiretamente o da presunção de inocência. Assim, essencial a sua observância durante todo o procedimento criminal, inclusive na apresentação da medida despenalizadora de Suspensão Condicional do Processo.

Vale pontuar que o instituto despenalizador da suspensão condicional do processo tem previsão legislativa no artigo 89 da Lei n. 9099/95 que possibilita a aplicação tanto nos crimes de menor potencial ofensivo como os delitos cuja pena seja igual ou inferior a 1 (um) ano ainda que não contemplado pela Lei dos Juizados Especiais.

Para a Lei n. 9099/95, o momento para o réu aceitar a aplicação do instituto deve ocorrer após o oferecimento da denúncia, não sendo oferecida nenhuma oportunidade de resposta à acusação em virtude de ausência de previsão legal. Entretanto, para os delitos processados conforme o procedimento comum, onde se aplica as disposições do Código de Processo Penal devem ser observados os princípios constitucionais e conseqüentemente possibilitado o oferecimento da resposta à acusação.

Este artigo defende a necessidade de oportunizar ao réu a apresentação da resposta à acusação para garantir os princípios constitucionais inerentes a persecução penal. No mesmo sentido já vem decidindo em alguns julgados que constitui causa prejudicial ao réu o entendimento de que o Sursis processual deve ser proposto antes do exame da resposta do réu, sendo compatível com a tese defendida neste artigo.

Assim, a conclusão do presente trabalho visa a dar maior efetividade às normas constitucionais garantindo ao réu um regular procedimento amparado no ordenamento



jurídico como um todo e não apenas na aplicação esparsa das leis, havendo integração entre os procedimentos compatíveis.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2015

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 19 out 2015

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> . Acesso em: 19 out 2015

\_\_\_\_\_. Consultor Jurídico. Ordem dos Fatores. Suspensão Condicional só depois da defesa preliminar. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-26/suspensao-condicional-ocorrer-depois-defesa-preliminar>> . Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Artigos. O instituto da suspensão condicional do processo, a reforma do CPP, o princípio da ampla defesa e do estado de inocência. Disponível em: <<http://www.sccb.adv.br/port/views/artigo.php?id=16>>. Acesso em: 10 de mar de 2015.

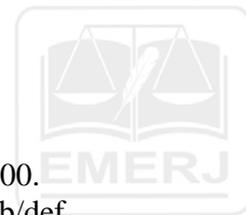
\_\_\_\_\_. Âmbito Jurídico. Suspensão Condicional do Processo: o correto momento processual de sua formalização em audiência pelo juiz. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13480&revista\\_caderno=22](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13480&revista_caderno=22)>. Acesso em: 10 de mar de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 239.093. Relator: Ministro JORGE MUSSI. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=239093&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=239093&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 30 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 138.089/SC. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=138089&&b=ACOR&p=false&t=URIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 set. 2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Federal. Pet n. 3898. Relatora: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+3898%2ENUME%2E%29+OU+%28Pet%2EACMS%2E+ADJ2+3898%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/asa7xtn>>. Acesso em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 35724/BA. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=35724&&b=ACOR&p=false&l=10&i=3>> Acesso em: 16 set 2015



\_\_\_\_ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC 0001652-28.2015.8.19.0000.  
Relator: Jose MuinosPintero Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FDA375E4D737D30FBA3D72BA358B67A0C503573D1A18&USER=>>> Acesso em: 16 set. 2015

LIMA, MarcellusPolastri. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.



## A EFICÁCIA DA SENTENÇA PENAL NO JUÍZO CÍVEL – (IN)DEPENDÊNCIA DAS JURISDIÇÕES FRENTE ÀS DECISÕES NAS ESFERAS PENAL E CIVIL – E SEU CONFRONTO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Reinaldo de Assunção Romão

Graduado pela Universidade Salgado de Oliveira. Advogado. Pós-graduando em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A responsabilidade penal e a civil distinguem-se por constituírem matérias decorrentes da violação de normas de direito público e de direito privado, respectivamente. A apuração de cada uma delas, portanto, deve ser realizada na sede própria, sobretudo, porque representa a obrigação de reparar danos patrimoniais e extrapatrimoniais, na órbita civil, e de submeter-se a sanções penais que visam à reprovação e à prevenção geral e especial em razão da prática de crimes. Por vezes, essas responsabilidades decorrem de um mesmo fato, parecendo haver um ponto comum de origem, daí haver previsão legal a permitir que a sentença penal produza efeitos na esfera civil. Essa possibilidade, se aplicada indistintamente, pode vulnerar preceitos constitucionais vigentes. Esse trabalho, contudo, tem por fim apontar formas de compatibilização das regras legais, a partir da Constituição Federal.

**Palavra-chave:** Responsabilidade Civil. Sentença Penal. Efeitos. Independência das Jurisdições.

**Sumário:** Introdução. 1. Diretrizes Legais Acerca da Possibilidade de Produção de Efeitos da Sentença Penal na Esfera Cível. 2. Autonomia das Jurisdições e Seus Reflexos na Ordem Constitucional. 3. A Aplicação da Lei sob a Perspectiva Constitucional. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem por finalidade apresentar um estudo acerca dos efeitos da sentença penal no âmbito do Juízo Cível, analisando a real independência da jurisdição, a partir da ponderação do princípio constitucional do devido processo legal.

A Ordem Jurídica Nacional prevê a independência das jurisdições, aí compreendidas a penal, civil, eleitoral, militar, trabalhista, entre outras, ao mesmo tempo em que permite em algumas situações que as decisões tomadas em uma dessas mesmas jurisdições produza efeitos sobre as demais, sem que, para isto, tenha havido no juízo próprio uma cognição exauriente.

Nessa perspectiva se desenvolverá o presente estudo, para confrontar a possibilidade, prevista na lei, de produção de efeitos da sentença penal no Juízo Cível, diante da garantia constitucional do devido processo legal. Isso porque ao permitir a execução da sentença penal no Juízo Cível, verifica-se uma relativização da independência jurisdicional, como também do postulado do devido processo legal.

A pesquisa científica será desenvolvida a partir do que disciplina o artigo 935 do Código Civil, que trata da independência da responsabilidade civil e criminal, que impede questionamentos sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Da observação desse dispositivo legal verifica-se que acaba por haver efetiva dependência da jurisdição cível em relação à penal, impedindo que naquela se possa exaurir a cognição, com sério comprometimento de garantias de ordem constitucional. Surge a indagação: há de fato independência entre a jurisdição penal e a civil?

É possível afirmar que a independência entre as jurisdições não é absoluta, como, aliás, nenhum direito ou garantia. Todavia, um único fato pode gerar a incidência dos mais variados reflexos dentro da Ordem Jurídica, irradiando seus efeitos pra outras esferas do Direito. É nesse sentido que a sentença penal estende reflexos no Juízo Cível, ainda quando nele não haja processo de conhecimento.

A sentença penal, então, pode repercutir seus efeitos no Juízo Cível, obrigando o agente ou desobrigando-o, conforme seja condenatória ou absolutória. Essa subordinação é que precisa ser analisada, para dela extrair se sua incidência na Ordem Jurídica não afetaria preceitos da própria Constituição da República.

Nesse sentido, apresentam-se as opiniões de doutrinadores sobre o assunto, buscando de forma objetiva identificar a real subordinação da jurisdição cível à jurisdição penal, sempre e quando no juízo criminal seja proferida uma sentença.

No primeiro capítulo, o trabalho analisará as diretrizes legais acerca da possibilidade de repercussão dos efeitos da sentença penal no Juízo Cível, sob a premissa da independência da jurisdição penal e da civil.

Seguindo, enfrentará no segundo capítulo a questão sob a perspectiva constitucional, ponderando a garantia do devido processo legal, visando a demonstrar que a pura e simples relativização dessa independência jurisdicional viola a Constituição da República.

E, por fim, no terceiro capítulo o estudo terá por destino defender a necessidade de uma aplicação da Lei que observe os ditames constitucionais, para concluir que tanto na



esfera penal, quanto na esfera civil o direito fundamental a um processo de conhecimento exauriente é o melhor caminho para o respeito à Constituição e, sobretudo, para conferir a todos os envolvidos no litígio um processo legal devido.

Ao final, chegará à conclusão de que a observação dessas garantias não impede a existência de processos hígidos, céleres e eficientes.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica.

## **1. DIRETRIZES LEGAIS ACERCA DA POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE EFEITOS DA SENTENÇA PENAL NA ESFERA CÍVEL.**

A questão relativa à produção de efeitos da sentença penal perante o Juízo Cível desafia a análise de diversos aspectos que a matéria envolve. Há previsão expressa na Ordem Jurídica Nacional a permitir que a sentença penal irradie efeitos na esfera civil.

<sup>1</sup>A Constituição da República traz uma série de direitos fundamentais, os quais se revestem da natureza de direitos humanos, constituindo verdadeiras garantias. Dentre elas, o devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, ao prescrever que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O inciso LIII preceitua que “ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente”, o que revela o princípio do juiz natural. Ainda há a previsão do inciso LV, que estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A partir dessas garantias constitucionais regentes do arcabouço legislativo pátrio, é possível extrair que incidem premissas que devem ser respeitadas em todos os níveis da federação, originariamente, a partir das leis infraconstitucionais, sempre sujeitas a guardar compatibilidade com a própria Constituição.

Inferese dos princípios do devido processo legal, do juiz natural e, ainda, do contraditório e do exercício da ampla defesa que todos os indivíduos devem ter asseguradas as prerrogativas de litigarem em um processo legal devido, perante um juiz competente para o processamento e julgamento da causa, com a possibilidade de exercerem o contraditório e a ampla defesa, bem como de levarem quaisquer matérias à apreciação e julgamento pelos tribunais, por meio dos recursos.

---

<sup>1</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

Essas garantias expressas da Constituição da República devem servir de parâmetro a toda produção legislativa infraconstitucional, sob pena de restar a Lei Maior violada. Ao permitir que a sentença penal produza efeitos perante o Juízo Cível, a legislação acaba por afastar ou suprimir do processo algumas dessas garantias. Vejamos, o processo penal é presidido e sentenciado por um juiz criminal, cuja competência é a de julgar crimes. O civil, por sua vez, deve ser apreciado por um juiz cível, com competência para o processo e julgamento das causas cíveis.

Quando uma sentença penal, seja condenatória ou absolutória, tem a capacidade de irradiar efeitos na esfera civil, a consequência disso, na verdade, é a de impedir ou restringir a possibilidade assegurada na Constituição da República do devido processo legal, do contraditório e do exercício da ampla defesa, tudo isso perante o juiz natural.

O processo de conhecimento é aquele que terá por consequência a produção de um título judicial com força executiva. Para isto, é que se asseguram os direitos fundamentais supramencionados, os quais tem o fim de refletir legalidade, legitimidade e segurança jurídica para todas as decisões jurisdicionais.

Na legislação infraconstitucional, a matéria é tratada no Código Civil, no art. 935: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.<sup>2</sup>

Desse dispositivo do Código Civil Brasileiro é possível inferir que houve uma evidente cisão da jurisdição, devendo essa separação ser entendida sob o ponto de vista das funções atribuídas pelo legislador a cada um dos atores da jurisdição nacional. Vale dizer, pretendeu-se dar realce de independência à jurisdição penal e à civil, delineando contornos de clara autonomia, sob o critério funcional.

Ao prever que a responsabilidade civil é independente da criminal, o Código Civil estabeleceu, por óbvio, verdadeira independência dessas esferas jurisdicionais. Na parte final, o referido dispositivo legal dispõe que, uma vez decidida no juízo criminal acerca da existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, não se pode mais questionar no juízo cível. Essa disposição legal, contudo, não enseja a supressão do processo devido para a apuração da responsabilidade civil. Na verdade, o que a norma em comento impede é o questionamento

---

<sup>2</sup>BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

acerca do fato e de sua autoria, quando estas questões (materialidade e autoria) estiverem decididas no juízo criminal.

Isso não denota, contudo, ao menos não poderia denotar, que uma vez decidida a existência do fato e sua autoria, que isso importe responsabilidade civil automática, sem permitir que os envolvidos discutam sobre a sua efetiva existência (a da responsabilidade civil) em processo autônomo e adequado, com respeito às garantias constitucionais acima destacadas.

Aliás, é da própria Constituição da República que se extrai outro postulado de extrema importância nesta pesquisa. Trata-se do princípio da personalidade ou da intranscendência, expresso no art. 5º, inciso XLV, ao estatuir que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.<sup>3</sup>

Ora, da leitura desse dispositivo constitucional, é possível perceber que reunir a jurisdição civil com a penal, como o faz a legislação infraconstitucional, impõe sério comprometimento da Ordem Jurídica. Basta considerar que no processo criminal apenas o próprio agente autor do delito pode suportar a reprimenda, enquanto no processo civil, a responsabilidade decorrente do ilícito pode ser atribuída a terceiro, como, por exemplo, a seus eventuais sucessores em caso de falecimento ou, em outras hipóteses, aos representantes legais. Nessa perspectiva, em que a responsabilidade civil decorrente da prática de crimes pode envolver outros atores, inclusive, é que não se afigura conforma a Constituição permitir que a sentença penal produza efeitos na esfera civil.

A matéria é tratada nos artigos 63 a 67 do Código de Processo Penal. Tais normas processuais estabelecem que a sentença penal repercute efeitos diretos no Juízo Cível. No art. 63 permite a execução da sentença penal condenatória perante o Juízo Cível, possibilitando o procedimento de liquidação para apuração do dano a ser reparado. A mencionada norma traduz evidente supressão do processo de conhecimento perante a autoridade judiciária competente em matéria civil, que não exerce a devida e exauriente cognição, fato que poderia envolver uma série de aspectos estranhos à cognição criminal, que se restringe à verificação da existência do fato e da sua autoria.

---

<sup>3</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

Da leitura do art. 64 é possível extrair que a jurisdição civil pode ser instaurada e ter curso independente da penal e, ainda, que na esfera civil podem surgir outros personagens, como responsáveis, além daquele infrator da norma penal.

O art. 65 estabelece que nas hipóteses da sentença penal reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, haverá coisa julgada no cível. O que causa espécie é a ocorrência do fenômeno da coisa julgada civil sem que tenha existido processo de conhecimento, naquela esfera, a gerar uma sentença e seu trânsito.

É de se dizer, as pessoas envolvidas no ilícito, seus atores, vítimas e terceiros prejudicados ficam absolutamente impedidos de levar a discussão, demandando suas pretensões, perante o juiz cível competente, sem chance de ver reconhecida a responsabilidade civil.

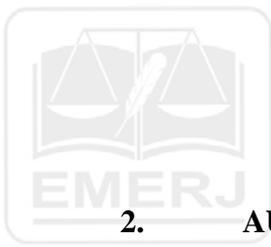
Todavia, o art. 66 acrescenta ser possível a propositura da ação civil, nada obstante a sentença penal absolutória, ainda que esta reconheça categoricamente a inexistência material do fato.

Não é difícil entrever que a legislação infraconstitucional, embora pretenda reunir as jurisdições – penal e civil – como se tratassem de uma coisa só, acaba reconhecendo que as matérias, em face das suas características, podem ser discutidas em instâncias distintas, autônomas e independentes.

Melhor seria reconhecer que as instâncias não devem ser confundidas, e permitir que a matéria civil e a matéria penal fossem conduzidas ao Judiciário pelos interessados, de acordo com suas eventuais pretensões. Sobretudo, porque revelam em seu bojo direitos disponíveis, via de regra.

Essa visão é reforçada pela disposição do art. 67, que permite o ajuizamento da demanda civil também nas hipóteses de despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação, de decisão que julgar extinta a punibilidade, de sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constituí crime.

Tudo isso revela que as disposições processuais infraconstitucionais que impõem a produção de efeitos da sentença penal no Juízo Cível põem em risco a higidez do sistema legal, principalmente porque restringem aquelas primeiras garantias constitucionais destacadas.



## 2. AUTONOMIA DAS JURISDIÇÕES E SEUS REFLEXOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL

A noção de condutas ilícitas na esfera civil e penal reforça a necessidade de separação e autonomia entre os ramos do Direito. Segundo se extrai do art. 186 do Código Civil “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.<sup>4</sup>

Daí se verifica que a ideia de ato ilícito no âmbito do Direito Civil decorre da conduta do indivíduo que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Aqui está o ato ilícito civil, delineado pelo art. 186 do Código.

O ilícito penal, por sua vez, se configura pela infração da lei, que pelos princípios da anterioridade e da reserva legal, estabelece o crime ou a contravenção e as suas respectivas penas. Há, aqui, uma conduta por ação ou omissão que será típica, antijurídica e culpável. A tipicidade constitui elemento de imprescindível aferição, uma vez que a sua ausência torna inexistente a infração penal. É o que se extrai do art. 1º do Código Penal, que estabelece que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.<sup>5</sup>

Embora os ilícitos civis e penais sejam próximos, eles são distintos, não podendo ser confundidos, sobretudo, no tratamento que recebem na Ordem Jurídica. A noção de ilícitos civis e penais deve ser tomada de maneira autônoma, como modo de evitar uma indesejada intromissão de uma das esferas de jurisdição na outra. A ilicitude civil encontra um campo de incidência muito mais amplo e diversificado do que aquele em que recai a constatação dos ilícitos penais, ante a subsidiariedade deste último ramo do Direito.

É da própria característica do Direito Penal que se percebe que a ilicitude penal está em situações pontuais, evidentemente fixadas e com limitações claras. É disso que emergem os princípios da anterioridade e da reserva legal. O Direito Penal é fragmentário, subsidiário e carrega a forte marca da intervenção mínima.

Daí, é que nas sentenças penais o julgador está adstrito à observação da lide nos exatos limites da materialidade e da autoria delitiva, para compor a conflito de interesses e solucionar a demanda. Trata-se, por óbvio, de cognição exauriente. Todavia, que não teria o

<sup>4</sup>BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>5</sup>BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 27 out. 2015.

alcance da cognição na esfera civil, porque lá as possibilidades de discussão, defesa e apreciação jurisdicional se ampliam significativamente.

Impedir que as partes sustentem os elementos de ação e defesa na esfera civil, a despeito da composição da demanda penal pelo juiz competente, para ao revés estabelecer a produção de efeitos automáticos, parece evidenciar um indesejado abrandamento da força das garantias fundamentais asseguradas na Carta Magna.

Também reforça essa ideia a norma insculpida no art. 59 do Código Penal, que traz delineado o fim último da pena:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.<sup>6</sup>

Segundo a expressão da parte final do art. 59 do Código Penal, é possível concluir que a pena visa à reprovação e à prevenção do crime. Nisso consistem as premissas de punir e prevenir o delito. Desse modo, a pena tem caráter retributivo, com o mal pelo mal, e preventivo. Quanto à prevenção, ela se desdobra em dois aspectos: prevenção geral e especial. A prevenção geral é aquela que decorre do exemplo imposto à coletividade com a punição do agente infrator, embutindo nos indivíduos a noção de que “o crime não compensa”. A prevenção especial, por sua vez, destina-se a embutir a mesma ideia, mas desta vez no próprio agente.

No âmbito civil, entretanto, a sanção imposta pela sentença vai além disso. Baseia-se principalmente na constatação do dano e na sua integral reparação ou compensação. Essa constatação deve efluir da observação de vários outros elementos que ultrapassam o ambiente da materialidade e da autoria, bastantes para a prolação da sanção penal.

O mesmo raciocínio deve ser feito em relação à sentença penal que absolve o agente. Também se limita à análise da materialidade delitiva e da autoria. O cotejo desses dois elementos é bastante para a absolvição penal, como consequência lógica da disparidade entre eles.

Suas conclusões, assim, não têm o alcance de esgotar todas as controvérsias que o fato concreto possa estabelecer, tampouco de esvaziar as discussões fundadas que orbitem em torno da existência de danos e da sua reparação ou compensação na esfera civil.

---

<sup>6</sup>BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 27 out. 2015.



Ora, nesse particular é que reside a importância de enfrentar a questão relativa à independência das jurisdições, como postulado indispensável à higidez do sistema, afastando a falsa ideia de que a produção de efeitos automáticos, como parece pretenderem os arts. 63 a 68 do Código de Processo Penal resultariam numa integração desejada pela Ordem Jurídico-Constitucional.

Ao contrário, essa suposta integração vulnera a segurança jurídica. Não se trata de admitir o risco de decisões judiciais conflitantes ou contraditórias. Na verdade, o que se deve assegurar é a efetiva independência das instâncias. É garantir que o juízo criminal enfrente e aprecie as matérias da sua competência, sem retirar do juízo competente cível a mesma possibilidade, isto é, de enfrentar e apreciar os fatos para deles extrair eventual responsabilidade na esfera patrimonial ou extrapatrimonial.

Certamente, a garantia da independência e da autonomia das jurisdições não representa o risco de serem proferidas decisões díspares. A análise dos fatos e a prolação de decisões judiciais segue um sistema jurídico capaz de permitir a prestação da tutela jurisdicional, nas suas mais variadas instâncias, de forma equânime. Além disso, assegura a observância das garantias constitucionais que tracejam direitos fundamentais indisponíveis, acerca dos quais não pode, ou não deve haver renúncia.

Ademais, a garantia da independência das jurisdições amplia direitos e alarga perspectivas, revestindo da máxima eficiência a prestação da tutela jurisdicional. Segundo Mendes Pimentel:

O injusto criminal nem sempre coincide em seus elementos com o injusto cível; quando reconhecidos na instância penal o fato e a autoria, ainda assim for o acusado declarado não delinquente, por faltar ao seu ato algumas das circunstâncias que o qualificam criminalmente o julgado criminal não condiciona o civil, para o fim de excluir a indenização, porque não são idênticos num e noutro direito os princípios determinantes da responsabilidade; no crime a responsabilidade por culpa é exceção, e no cível é a regra.<sup>7</sup>

Segundo se extrai do entendimento desse autor, é exatamente a diversidade dos institutos que impõe o processamento de demandas em esferas próprias, garantidas a autonomia e a independência necessárias, de modo que sejam asseguradas todas as garantias

---

<sup>7</sup>DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 8. ed. 2. V.São Paulo: Forense, 1987, p. 33-39.

processuais aos litigantes. A ideia de um processo de execução, sem a prévia e exauriente fase cognitiva própria é que indicia a vulnerabilidade desses mesmos institutos.

Importante destacar, também, as palavras de José de Aguiar Dias:

A decisão criminal condenatória não só tranca a discussão no cível como, já agora, nos termos do art. 65 do Código de Processo Penal, tem força executória, reduzindo a simples operação de liquidação as atribuições do juízo civil. Bem entendido: a execução só pode ser dirigida contra quem figurou na ação penal ou seu sucessor. Quando o responsável civil, isto é, a pessoa que deve reparar o dano, é outro que não o infrator, o autor material do delito, a sentença de condenação não tem rigorosamente, o mesmo efeito. Mas o responsável há de ser demandado diretamente, o que acontece, por exemplo, no caso de preposto condenado no juízo criminal.<sup>8</sup>

No Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup>, quanto à aplicação das normas legais apontadas, entende-se que as jurisdições civil e criminal se intercomunicam. A jurisdição penal repercute de modo absoluto na esfera cível sempre que reconhece o fato ou a sua autoria. Nesse caso, a sentença penal condenatória constitui título executivo judicial, podendo ser levado ao juízo cível para cumprimento. Se a sentença penal negar o fato ou a autoria, o interessado fica impedido de levar ao juízo cível qualquer questionamento.

Essa conclusão impõe uma dependência das jurisdições, afirmando incontestável subordinação do juízo civil ao penal, o que subtrai daquele a análise dos fatos e, por consequência, o pronunciamento da responsabilidade civil. Há nítido engessamento da jurisdição, com efetiva lesão da independência e autonomia. Se é certo haver independência de uma jurisdição em relação à outra, não menos certo é que à parte interessada não deve ser imposto qualquer efeito imediato do pronunciamento judicial na esfera cível, a partir do que tenha sido decidido na esfera penal.

Aliás, sendo a jurisdição civil, na espécie, a sede em que eventualmente se discutem direitos disponíveis do indivíduo, com maior razão não se poderia impedi-lo de levar os fatos à apreciação do juízo competente para apreciação e julgamento, em procedimento de cognição própria, permitindo-se aos interessados ampla discussão e debate de seus temas.

Num primeiro momento, a existência de conduta ilícita penal desafia a imposição de pena ao agente, de outro turno, a verificação de inexistência do ilícito enseja a prolação de sentença absolutória. Essas premissas circunscrevem-se à verificação do ilícito penal. A

<sup>8</sup>DIAS, José de Aguiar. apud Mendes Pimentel. *Da Responsabilidade Civil*: 8. ed. 2. V.São Paulo: Forense, 1987, p. 954.

<sup>9</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª. T.Relator Min. Vicente Cernicchiaro. j. 7.2.90 – RSTJ 7/400. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/busca>. Acesso em: 27 out 2015.



repercussão no âmbito civil, embora revele inegável importância, principalmente para informar quanto às circunstâncias fáticas ou jurídicas que a questão envolva, não deveriam constituir soluções taxadas pela lei, por mera tarifação, subtraindo de cada juiz competente a possibilidade do exercício de conhecer das demandas, de modo exaustivo, minudente e integral.

Na verdade, ao estabelecer efeitos automáticos na esfera cível, decorrentes da sentença penal, impedindo o juiz natural de apreciar os fatos, subordinando-o ao acatamento daquilo que venha a ser decidido pelo juiz criminal, a lei processual fere com grave força premissas constitucionais caras, as quais devem prevalecer a partir de uma interpretação prospectiva da norma processual penal. Deve-se, é certo, dar efetividade e força à Constituição da República frente a todas as demais normas que compõem o Ordenamento Jurídico.

A hermenêutica, nesse passo, deve olhar para a norma processual a partir da Constituição, com um olhar sobre as garantias fundamentais que sustentam o Estado Democrático de Direito. Desse raciocínio, as normas processuais que determinam efeitos da sentença penal na esfera cível não devem ter sua validade negada, mas a aplicabilidade delas não pode impedir o exercício de direitos fundamentais, entre os quais podem ser mencionados o da inafastabilidade da jurisdição, o direito de ação, de contraditório, do exercício de ampla defesa, do devido processo legal e do juiz natural.

E isso é perfeitamente possível, sendo compatíveis as regras da legislação processual que estabelecem a produção de efeitos da sentença penal na esfera cível com o arcabouço constitucional. Isso não quer dizer, e nem poderia querer, que o juízo cível está impedido do exercício da sua jurisdição de maneira plena. Nesse viés é que a questão deve ser analisada.

A título de ponderação desse tema, e sendo possível constatar a compatibilidade de regras legais com as que estão sendo objeto de análise deste estudo frente à Constituição da República, tem-se a disposição do art. 91, inciso I do Código Penal. Diz o dispositivo legal que “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”<sup>10</sup>. Nesse dispositivo legal, bem se nota que a condenação pelo crime torna certo o dever de indenizar o dano causado pela conduta. Todavia, essa afirmação legislativa por si só não é capaz de estabelecer todos os elementos da obrigação. Certo é que cabe ao juízo competente fixar a obrigação, para isto determinando os seus respectivos

---

<sup>10</sup>BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm). Acesso em: 27 out. 2015.

elementos, tais como o responsável, o dano efetivamente suportado, o montante da indenização, entre outros.

Daí, é que não se poderia admitir solução que apenas determina a produção de efeitos da sentença penal na esfera cível, subtraindo do juiz competente nessa matéria o esgotamento da cognição, único meio capaz de realizar a garantia fundamental do art. 5º., inciso LIV da Constituição: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>11</sup>. Esse deve ser o espírito da norma. Concluir que se admitem os efeitos da sentença penal no juízo cível, conforme enumerados nos arts. 63 a 68 do Código de Processo Penal, contudo, sem impedir a apreciação e julgamento dos fatos pelo juiz natural, em processo exauriente de conhecimento, no qual sejam asseguradas as garantias fundamentais.

Essa compatibilidade das normas e a sua integração no plano jurídico-constitucional é que será analisada a partir de agora. A ideia é cotejar as normas processuais infraconstitucionais acerca da possibilidade de produção de efeitos da sentença proferida no juízo criminal na esfera do juízo cível com as garantias constitucionais, que não permitem retirar dos indivíduos o acesso à tutela jurisdicional com o devido processo legal e seus consectários.

### **3. A APLICAÇÃO DA LEI SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

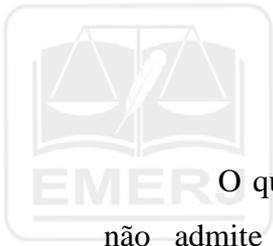
A Ordem Jurídica Constitucional serve de base para a interpretação e aplicação de todo arcabouço legislativo pátrio. É na observação das diretrizes constitucionais que as leis e os atos de normatização da vida em sociedade devem se pautar.

Quando a Constituição da República assegura aos indivíduos o direito de participação em processo judicial que observe o devido processo legal e o juiz natural, na verdade reflete o dever que o Estado tem de garantir o exaurimento das instâncias jurisdicionais, como forma de reforçar a ideia de uma Democracia de Direito.

Desse raciocínio se extrai que a possibilidade de produção de efeitos da sentença penal na esfera cível não tem o fim de afastar o direito público subjetivo de todo aquele que pretenda, em demanda própria, discutir os conflitos de interesses, ainda que para isto, o realizem perante o juízo cível.

---

<sup>11</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.



O que não se pode perder de mira são as garantias constitucionais. A Constituição não admite o afastamento dos direitos nela expressamente previstos. A forma de compatibilização das normativas em estudo é a relativização da norma processual que permite que a sentença penal irradie seus efeitos na órbita civil. Nesse ponto, aliás, é que está a importância de fazer uma leitura da legislação processual sob a ótica constitucional.

Assim, a sentença penal produzirá efeitos na esfera civil. Contudo, não haverá prejuízo de assegurar-se aos litigantes e, eventualmente, a terceiros todas as garantias fundamentais que decorrem do texto constitucional. Ou seja, não se afastam as garantias constitucionais pela aplicação de determinados efeitos da sentença penal no juízo cível, jamais se podendo extrair deste último a possibilidade de prestação da tutela jurisdicional, de modo autônomo e independente.

Questão de fundamental importância neste estudo é perceber que com essa unificação das jurisdições o que a legislação processual pretende é tornar uma só a finalidade de reparação de danos decorrentes do ilícito penal. Justificaria essa ideia a economia processual, além de evitar eventuais decisões contraditórias. Haveria, também, maior eficiência do caráter repressivo e preventivo, evitando que o ofendido precisasse voltar ao Judiciário para pleitear a reparação dos danos causados pela infração penal. A unicidade de jurisdição seria outro argumento a justificar a norma processual.

O problema que se coloca é que essa reunião forçada das jurisdições, promovendo a aniquilação parcial de uma delas pela outra, violaria preceitos constitucionalmente assegurados a todos os cidadãos, conforme destacados.

Sobressai nesse contexto o princípio do juiz natural, diretamente afeto à questão das competências jurisdicionais.

Para a melhor e mais adequada prestação da tutela jurisdicional seria fundamental a efetiva autonomia e independência. Decorre disso que as matérias de Direito Civil e as de Direito Penal são diversas, sua natureza, seus aspectos, enfim, são questões que apresentam enorme diversidade, de modo que exigem procedimentos distintos de apreciação.

No processo penal, as questões são mais imediatas, demandam solução mais célere. A esfera civil, contudo, não detém essa qualidade; pelo contrário, nela se espera um arrefecimento do conflito pela conciliação. Submeter, portanto, a esfera civil a efeitos previamente determinados pela sentença penal, no mínimo, esvaziaria em parte a matéria civil que compõe uma sistemática própria de solução de conflitos.



Afora essas questões, haveria sério comprometimento do direito de defesa do indivíduo que necessitasse defender-se sob o enfoque penal e, ainda, sob o enfoque civil num mesmo processo, com grave risco de ter a garantia ao exercício do amplo direito de defesa violado.

A especialização apontaria para a mais adequada e eficiente composição de conflitos, permitindo-se ao juiz cível e ao juiz penal apreciarem as matérias da sua competência, proferindo, caso a caso, a decisão que se afigurasse indicada.

Sabe-se que a infração penal decorre da violação de norma de direito público, enquanto na responsabilidade civil a norma violada, geralmente, é de natureza eminentemente privada.

Assim, ao permitirem a produção de efeitos da sentença penal na esfera civil, as normas da legislação civil e processual, especialmente o art. 935 do Código Civil e os artigos 63 a 67 do Código de Processo Penal, devem ser interpretadas e aplicadas à luz da Constituição Federal.

Essa incidência, portanto, deve considerar que, embora seja possível o reflexo de efeitos civis próprios decorrentes da sentença penal, não se poderia impedir aos litigantes e a terceiros o exercício do direito de ação e de defesa. Tais direitos devem ser assegurados porque estão expressamente previstos na Carta Constitucional, trata-se de garantias fundamentais indisponíveis.

A conjugação normativa permite a aplicação conjunta das regras, afastando eventuais inconstitucionalidades. Do contrário, o sistema dos direitos e garantias fundamentais restaria infligido.

A Constituição da República irradia sua força normativa cogente sobre a Ordem Jurídica, impondo a submissão aos seus valores, como forma de se garantir um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

## **CONCLUSÃO**

Após as questões abordadas neste estudo, o cotejo das normas infraconstitucionais com garantias expressas da Constituição da República e, finalmente, em vista da efetiva necessidade de interpretação e aplicação das leis de acordo com os preceitos balizadores e fundamentais do Estado Democrático de Direito, escolhido como o modelo estatal a ser vivido na sociedade, é de se concluir que há autonomia e independência da jurisdição penal e

civil. A autonomia e independência permitem que as matérias sejam discutidas tanto numa, como noutra, inexistindo impedimento para tanto, como determina o art. 935 do Código Civil.

Contudo, as restrições consignadas na parte final do art. 935 do Código Civil, bem como aquelas enumeradas nos arts. 63 a 67 do Código de Processo Penal, ao determinarem que a sentença penal produzirá parte de seus efeitos perante o juízo cível, não se destinam a impedir o exercício do direito de ação e de defesa, mas tão somente a apontar uma direção legislativa, a qual deverá ser seguida, a princípio.

Porém, asseguram-se aos litigantes todas as garantias fundamentais, com destaque para o devido processo legal, o juiz natural, o contraditório e o exercício do amplo direito de defesa, como meios de permitir a plena e legítima prestação da tutela jurisdicional. Isso significa realizar uma interpretação prospectiva da lei, cujo espelho projetor sempre será a Constituição Federal.

Dessa forma, afastam-se as violações inconstitucionais não desejadas pela Ordem Jurídica. Para isto, a leitura da legislação civil e processual deve concluir que a sentença penal produz efeitos na esfera civil, sem prejuízo da garantia às partes envolvidas de todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, entre eles o devido processo legal, o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 27 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 27 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em: 27 out. 2015.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*: 8. ed. 2. V. São Paulo: Forense, 1987.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 27 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 2ª. T.. Relator Min. Vicente Cernicchiaro. j. 7.2.90 – RSTJ 7/400. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/busca>. Acesso em 27 out 2015.

## A INFRAÇÃO BAGATELAR IMPRÓPRIA NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA – A ANÁLISE DA DESNECESSIDADE DA PENA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Renata Guimarães Guerra

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada.

**Resumo:** Com o desenvolvimento do funcionalismo, foram trazidas algumas teses visando à despenalização de condutas ao Brasil, dentre as quais, o princípio da irrelevância penal do fato. A jurisprudência, como consequência, passou a reconhecer a aplicação da infração bagatelar imprópria em alguns casos, como naqueles que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo que em tais crimes estejam presentes a agressão moral, psicológica ou mesmo física. Nesse contexto, tem o presente trabalho o objetivo de discutir a possibilidade desse amoldamento jurisprudencial, mesmo com o escopo protetivo aquilatado pela Lei Maria da Penha.

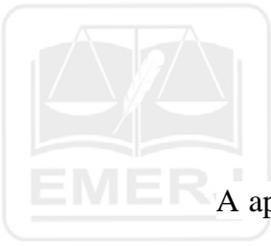
**Palavras-chave:** Direito Penal. Princípio da Irrelevância Penal do Fato. Lei Maria da Penha.

**Sumário:** Introdução. 1. O princípio da Irrelevância Penal do Fato segundo a Doutrina e Jurisprudência e sua aplicabilidade no Direito Brasileiro. 2. Os crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher e o escopo protetivo da Lei n. 11.340/06. 3. A posição dos Tribunais de Justiça Estaduais e o entendimento firmado no STJ. 4. Da inaplicabilidade do princípio da irrelevância penal do fato na violência doméstica e familiar contra a mulher. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico vem discutir a aplicação do princípio da irrelevância penal do fato pelos Juizados Especiais de Violência Doméstica. Busca-se demonstrar que a efetivação de tal princípio tem sido realizada em alguns casos, conquanto presentes o desvalor da conduta e o do resultado, em crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para tanto, serão levantadas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir debater se eventual análise das circunstâncias do fato, assim como as condições pessoais do agente podem induzir ao reconhecimento de uma infração bagatelar imprópria, mesmo com as consequências psicológicas e até físicas suportadas pela vítima.



A aplicação da bagatela imprópria, mesmo sem tipificação expressa no ordenamento jurídico pátrio, é referendada de forma ampla. No entanto, sua efetivação na esfera dos Juizados Especiais de Violência Doméstica tem consideração mais restrita e controvertida.

Seria possível que eventual análise das circunstâncias do fato, bem como das condições do agente possam induzir ao reconhecimento da desnecessidade da pena, sem restar considerado o prejuízo causado à vítima da violência?

O tema ainda é controvertido e merece atenção, uma vez que sempre é delicada, ainda nos dias atuais, a situação da mulher dentro do contexto familiar.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho buscando apresentar o conceito de infração bagatelar imprópria e um panorama de como essa vertente moderna do funcionalismo restou aceita no Brasil.

Segue-se apresentando, no segundo capítulo, a natureza dos crimes tutelados pela Lei Maria da Penha, sancionada com o propósito não apenas de proteger a mulher, vítima de violência, mas também prevenir contra futuras agressões e punir os agressores.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a posição dos Tribunais de Justiça Estaduais acerca do tema, especialmente, as constantes posições do TJMS, que levam em conta a funcionalidade da sanção penal, em oposição ao recente entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O quarto capítulo pondera, finalmente, pela impossibilidade de aplicação da infração bagatelar imprópria nos crimes tutelados pela Lei Maria da Penha. Procura-se explicitar como a proteção de uma lei decorrente de uma luta histórica contra a impunidade deve prevalecer sobre um princípio construído doutrinariamente e, posteriormente, consolidado na jurisprudência em crimes que não envolvem violência.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo jurisprudencial e legislativa, bem como bibliográfica, em parte exploratória e em parte qualitativa.



## **1. O PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO SEGUNDO A DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

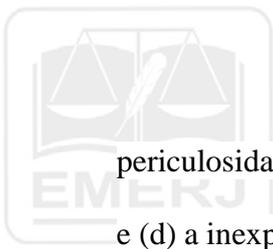
O funcionalismo veio a ser desenvolvido, aproximadamente, em 1970, visando a rediscutir pressupostos político-penais ligados às funções do Direito Penal, especialmente no que tange à Teoria dos Fins da Pena. As ideias foram trazidas por Klaus Roxin, que além dos requisitos de tipicidade e antijuridicidade à imputação penal, introduziu o conceito de responsabilidade.

Por tal requisito, seria necessária a análise não somente da culpabilidade do autor, mas também da necessidade da pena no caso concreto, por intermédio do cumprimento de uma prevenção geral e específica. A pena, assim, teria uma finalidade essencialmente preventiva, devendo ser o Direito Penal aplicado como a *ultima ratio*, caso incabível o controle das condutas sociais por outros meios.

A partir do desenvolvimento dos preceitos funcionalistas, tomam relevância para o Direito Brasileiro o princípio da insignificância e o princípio da irrelevância penal do fato, que funcionam como princípios de política-criminal. Apesar de serem voltados à concretização de medidas que reduzam o alcance do Direito Penal, não devem ser confundidos.

O princípio da insignificância objetiva a exclusão da tipicidade material penal, pelo que desconsidera qualquer criminalidade da conduta, formando, conseqüentemente, uma hipótese de absolvição do réu, não trazendo, somente, a diminuição e substituição da pena ou sua não aplicação.

É um desdobramento de uma infração bagatela própria, que será considerada quando presentes certos requisitos, já chancelados pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma



periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.<sup>1</sup>

O princípio da irrelevância penal do fato, por sua vez, tem como pressuposto a inexistência de uma infração bagatelar própria, já que, nesse caso, seria o fato atípico. Há, na infração bagatelar imprópria, um relevante desvalor da ação, assim como do resultado, de forma que o fato praticado é penalmente punível, instaurando-se todo o trâmite processual. Entretanto, a análise das circunstâncias do fato, bem como do agente do crime podem tornar a pena desnecessária.

Verifica-se que a infração bagatelar imprópria possui inicial importância para o Direito Penal, uma vez que relevante o valor da conduta, assim como do resultado, averiguando-se, *a posteriori*, a desnecessidade da incidência da pena cominada para a ação praticada. Destarte, reunidas condições favoráveis ao réu, aplica-se o princípio da irrelevância penal do fato, dispensando-se, por conseguinte, a pena.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes estabeleceu da seguinte forma os critérios de distinção entre o princípio da insignificância e da irrelevância penal do fato<sup>2</sup>:

Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito Penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque a conduta não é juridicamente desaprovada ou porque há o desvalor do resultado jurídico); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto). Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem pertinência no momento da aplicação concreta da pena). O primeiro correlaciona-se com a chamada infração bagatelar própria; o segundo corresponde à infração bagatelar imprópria. O primeiro tem como critério fundante o desvalor do resultado e/ou da conduta (ou seja: circunstâncias do próprio fato), o segundo exige, sobretudo, desvalor ínfimo da culpabilidade (da reprovação), assim como o concurso de uma série de requisitos *post factum* que conduzem ao reconhecimento da desnecessidade da pena no caso concreto.

<sup>1</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.412-SP, Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp>>. Acesso em 01 abr. 2015.

<sup>2</sup>GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes da tipicidade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p.35.



O emprego do princípio da insignificância é amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência, incidente, especialmente, em crimes fiscais e patrimoniais. Contudo, no que tange ao princípio da irrelevância penal do fato pouco tem sido sua aplicação, embora crescente seu estudo.

Para aqueles que aceitam a aplicação do referido princípio, o fundamento jurídico estaria no art. 59 do Código Penal<sup>3</sup>, de forma que, no momento da concretização da pena, o magistrado deve aferir os seus propósitos, ou seja, se é necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Pautar-se-iam, assim, em critérios subjetivos, uma vez que se fazem relevantes os antecedentes, a personalidade do agente, sua conduta social, a reparação dos danos, colaboração com a justiça, entre outros aspectos.

Guilherme Nucci, por outro lado, ao se manifestar sobre o assunto, teceu considerações acerca da inconstitucionalidade do referido princípio, decorrente da ausência de sua previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro<sup>4</sup>:

No entanto, afirmar que "bagatela imprópria" seria a desnecessidade de aplicação da pena, porque o autor não merece, embora tenha havido crime, fere o princípio da legalidade e, por via de consequência, é inconstitucional. No Brasil, os tipos penais incriminadores possuem sempre "pena mínima", que precisa ser aplicada quando houver crime (fato típico, ilícito e culpável). Excepcionalmente, previsto em lei, há viabilidade de aplicação do perdão judicial, fruto de política criminal do Estado. Inexiste outra forma para o juiz, por sua conta, deliberar não ser cabível a pena. Eis a legalidade. O funcionalismo, em algumas vertentes, prega exatamente a ideia de que seria possível deixar de aplicar a pena, quando se tem certeza de que o autor do crime não tornará a delinquir, numa visão exclusivamente preventiva. Embora seja uma teoria do crime interessante, não encontra suporte no Direito brasileiro e, mais, não pode jamais ser denominada como "bagatela imprópria". Em suma, bagatela é insignificância e, quando presente, não permite a formação do fato típico, logo, não há crime. Porém, quando efetivamente demonstrada a prática delituosa, a pena somente pode deixar de ser aplicada se houver previsão expressa em lei. E, se houver, trata-se de perdão judicial, mas jamais de "bagatela imprópria".

O que importa para o presente trabalho, porquanto, é a aferição da infração bagatelar imprópria nos crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, tutelados pela Lei Maria da Penha.

<sup>3</sup>BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 10 abr. 2015.

<sup>4</sup>NUCCI, Guilherme. Disponível em: <<https://www.facebook.com/ccriminais/posts/186588831492553>>. Acesso em 01 abr. 2015.



## 2. OS CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E O ESCOPO PROTETIVO DA LEI N. 11.340/06

Em 22 de setembro de 2006, entrou em vigor no Brasil a Lei n. 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha<sup>5</sup>, uma lei federal que protege a mulher vítima da violência doméstica. A referida lei objetivou a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226, §8º da Constituição Federal<sup>6</sup>, sendo fruto de uma condenação do Estado brasileiro por negligência e omissão pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A impunidade e ausência de efetividade do sistema jurídico brasileiro quanto aos acontecimentos envolvendo violência doméstica trouxe, como consequência, a apresentação do emblemático caso da mulher Maria da Penha, vítima de duas tentativas de homicídio cometidas por seu então companheiro, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), no ano de 1998.

Em 2001, passados 18 anos da prática do crime, por uma decisão inédita, a Comissão Interamericana condenou o Estado brasileiro, recomendando, então, dentre outras providências, “prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil”<sup>7</sup>.

Tal decisão baseou-se na violação de deveres acolhidos em razão da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará), que sancionaram paradigmas protetivos mínimos quanto à tutela de direitos humanos, ressaltando as obrigações

<sup>5</sup>BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 10 abr. de 2015.

<sup>6</sup>\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 09 set. de 2015.

<sup>7</sup>COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – OEA, Informe 54/01, *Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 16/04/01, parágrafos 54 e 55. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 15 jun. de 2015.



para com a prevenção, a investigação e punição de toda violação de direitos e restabelecimento, na medida do possível, da situação anterior.

Foi, então, a primeira vez que um caso envolvendo violência doméstica contra a mulher ensejou a condenação de um país no contexto do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Diferentemente dos demais países da América Latina, o Brasil era o único país que, até o ano de 2006, ainda não contava com legislação específica acerca da violência contra mulher.

Com a edição da Lei n. 11.340/06<sup>8</sup>, houve a criação, de forma inédita, de expedientes para tolher a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas de prevenção, assistência e proteção às mulheres submetidas à violência.

Antes da lei, eram aplicados os mecanismos da Lei n. 9.099/95<sup>9</sup>, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, para as infrações consideradas de menor potencial ofensivo, ou seja, cuja pena máxima prevista em lei não fosse superior a um ano. Essa cominação não trazia a proteção de um direito humano fundamental, uma vez que acarretava a legitimação de uma violência, corroborando a diferença existente entre os gêneros.

A partir da nova lei e da concepção da violência doméstica como uma violação de direitos humanos (art. 6º, Lei n. 11.340/06<sup>10</sup>), restou expressamente vedada a aplicação da Lei dos Juizados Especiais, o que se consolidou quando do julgamento da ADC 19 do ano de 2012<sup>11</sup>, na qual o STF que declarou a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/06<sup>12</sup>. Hoje, tal entendimento foi sumulado pelo STJ, de acordo com o verbete n. 536: “A suspensão

---

<sup>8</sup>BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 10 abr. de 2015.

<sup>9</sup>\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm)>. Acesso em 10 abr. de 2015.

<sup>10</sup>\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 10 abr. de 2015.

<sup>11</sup>\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 19. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>>. Acesso em 01 abr. 2015.

<sup>12</sup>\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 10 abr. de 2015.



condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.”<sup>13</sup>

Com isso, verificou-se uma verdadeira mudança de paradigma no ataque da violência contra a mulher, sendo, portanto, proibidas expressamente penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniárias, bem como a substituição de pena com o pagamento isolado de multa. Há um nítido afastamento de uma convivência por parte do Poder Público com a violência contra a mulher.

Além disso, a lei ressaltou diferentes formas de violência, não tutelando apenas aquela visível, mas também as que não se manifestam de forma explícita. O artigo 7º da Lei n. 11.340/2006<sup>14</sup> traz como formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Em 2014, do total de 52.957 denúncias de violência contra a mulher, 27.369 corresponderam a denúncias de violência física (51,68%), 16.846 de violência psicológica (31,81%), 5.126 de violência moral (9,68%), 1.028 de violência patrimonial (1,94%), 1.517 de violência sexual (2,86%), 931 de cárcere privado (1,76%) e 140 envolvendo tráfico (0,26%).<sup>15</sup>

Assim, condenou como um todo a agressão realizada contra a mulher, seja ela física, psicológica, sexual e até mesmo moral, reprimindo igualmente as diversas manifestações dos agressores, que muitas vezes se utilizam de formas veladas de ofensas.

Incorporou uma ótica preventiva de funcionamento, com a integração do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública com áreas de assistência social, saúde,

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Justiça. Súmula n.º 536. A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27536%27>>. Acesso em 01 de set. 2015.

<sup>14</sup> \_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 10 abr. de 2015.

<sup>15</sup>DADOS NACIONAIS SOBRE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. Disponível em :<http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-a-mulher/>. Acesso em 08 set. de 2015.

educação, segurança pública para adoção de políticas públicas para afirmação dos direitos humanos das mulheres. Edificou, ainda, uma ótica repressiva, buscando verdadeira efetividade na política de investigação e erradicação da violência contra a mulher, a punição dos sujeitos agressores.

A aprovação da lei exprimiu uma grande evolução na configuração de procedimentos democráticos para o acesso à justiça, atribuindo visibilidade e proteção a um fenômeno por vezes renegado tanto pelos elaboradores quanto pelos aplicadores do direito. Configurou-se, na verdade, um sistema próprio de reprimenda à violência, forma tipicamente moderna de assegurar direitos a quem merece uma proteção diferenciada.

A lei deve ser vista, portanto, como uma ação afirmativa em prol da mulher vítima de violência, devendo o judiciário empenhar-se na interpretação de acordo com seus fins, objetivando a efetividade plena de suas decisões. A criação e edição desse sistema de proteção legislativo requer um papel pró-ativo dos aplicadores, sendo um equívoco se pensar que a crise da desigualdade entre os gêneros estaria solucionada com a mera vigência de um sistema de proteção.

O poder judiciário é, assim, um verdadeiro agente transformador da sociedade. A proteção à mulher, vítima vulnerável, deve se sobrepor à dita “privacidade” e “harmonia” familiar, conforme explicita a juíza Adriana Ramos de Mello, titular do I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher<sup>16</sup>:

Seria função do judiciário contribuir para o interesse social da preservação da “harmonia familiar”? (...) Os operadores do direito, ao pensarem a tipicidade da situação doméstica, penam nesta suposta e abstrata “harmonia familiar”. As decisões se fazem explicitamente a favor desse bem jurídico abstrato da família. Minimizam-se as lesões e acredita-se que sentenças punitivas podem estimular os conflitos dos casais que se defrontam. Ou seja, as sentenças resultam na defesa dos agressores. Implícita, mas materialmente, atua-se contra a defesa do “bem jurídico da integridade corporal e da saúde” da “pessoa” das mulheres, que, aliás, é o bem invocado quando se levou a acusação à justiça. Além da repetida defesa do valor da “harmonia familiar” contra a defesa dos direitos individuais à integridade física, uma

<sup>16</sup>MELLO, Adriana Ramos de. As importâncias da formação dos operadores do Direito em violência de gênero e direitos humanos, como instrumento de acesso à justiça. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, V. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 59-69, jan - mar. 2012.



outra indagação básica da lógica de juízes/as e promotores/s, que é tão comumente explicitada, é a de questionar se compete ou não à justiça “intervir na privacidade da família.

Mesmo com a equiparação formal entre homens e mulheres realizada pela própria Constituição Federal<sup>17</sup>, a ideologia patriarcal ainda subsiste de forma latente na sociedade. As mulheres ainda possuem medo, dependência econômica, sentimento de inferioridade, que devem ser tutelados de forma diferenciada, consoante é feito pela lei Maria da Penha<sup>18</sup>.

Os magistrados não podem também ser vítimas desse sistema patriarcal em que foram educados. É por isso, então, que se passa a demonstrar e questionar algumas decisões proferidas por Tribunais de Justiça Estaduais que, objetivando uma funcionalidade da sanção penal, vem reconhecendo a desnecessidade da pena no caso concreto, sob o fundamento de que não seria oportuna ou suficiente a intervenção do direito penal.

### **3. A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS E O ENTENDIMENTO FIRMADO NO STJ**

A aplicação da bagatela própria, mesmo que criticada por alguns juristas, tem sido aplicada de forma ampla pelos Tribunais de Justiça brasileiros, referendada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, a bagatela na forma imprópria tem sua aplicação mais restrita e controvertida.

Utilizando-se desse princípio, uma parte da jurisprudência vem considerando que, conquanto presentes o desvalor da conduta e do resultado, bem como a conduta tipificada, tanto formal quanto materialmente, antijurídica e culpável, a aplicação da pena no caso torna-se desnecessária, aplicando uma “justiça ao caso concreto”.

---

<sup>17</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 09 set. de 2015.

<sup>18</sup>\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 10 abr. de 2015.



Tal aplicação torna-se recorrente no Tribunal de Justiça do Mato Grosso Sul, responsável pela maioria dos Recursos Especiais quanto ao tema, impetrados pelo Ministério Público que chegam, atualmente, ao Superior Tribunal de Justiça.

Visualizam-se decisões referentes a diversos tipos de crimes cometidos mediante violência doméstica e familiar contra mulher, até mesmo no crime de lesão corporal, já reconhecido como de ação pública incondicionada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme ADI 4.424, de 9 de fevereiro de 2012<sup>19</sup>, que conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 12, I e art. 16, ambos da lei n. 11.340/09<sup>20</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, sumulou a questão, editando neste ano a Súmula 542: “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.”<sup>21</sup>

A partir desse entendimento, não é possível à ofendida apresentar retratação e pleitear, assim, a extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 117, VI do Código Penal<sup>22</sup>, devendo o processo ter seguimento, justamente por se tratar de uma ação pública incondicionada.

Empregando a desnecessidade da pena ao delito de lesão corporal praticado sob a égide da Lei Maria da Penha:

APELAÇÃO CRIMINAL - LESAO CORPORAL E AMEAÇA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - CASAL EM HARMONIA - VÍTIMA QUE NÃO QUER VER O ACUSADO PUNIDO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA

<sup>19</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>>. Acesso em 15 de set. 2015.

<sup>20</sup>\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 15 de set. 2015.

<sup>21</sup>\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 542. A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em 15 de set. 2015.

<sup>22</sup>\_\_\_\_\_. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de set. 2015.



IMPRÓPRIA - DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA REPRIMENDA - PARCIAL PROVIMENTO.<sup>23</sup>

A incidência do princípio em tela em crimes que não envolvem a efetiva e visível violência é mais recorrente. Considerando as peculiaridades do caso, como a conduta do agente, seu histórico criminal, a convivência familiar, o retorno ao lar, entre outras, a pena é tida por desnecessária, restando o réu condenado, mas despenalizado. Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – VIAS DE FATO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – PRESSUPOSTOS SATISFEITOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Os relatos harmônicos e firmes prestados pela vítima, os quais possuem grande relevância nos casos de violência doméstica, são suficientes para manter o édito condenatório. 2 - É viável a aplicação do princípio da bagatela imprópria, sendo desnecessária a imposição da pena, uma vez que, ante as peculiaridades evidenciadas na hipótese, a intervenção do direito penal não é oportuna.<sup>24</sup>

São diversos os julgados envolvendo crimes cometidos sob a égide da Lei Maria da Penha, entendendo-se pela desnecessidade da pena ao caso concreto. Ainda do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, pautando-se na reconciliação familiar:

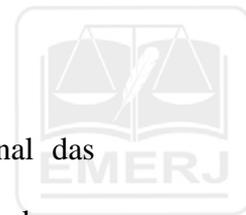
APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – EXCLUDENTE DE ILICITUDE DE LEGÍTIMA DEFESA – NÃO DEMONSTRADA – DESNECESSIDADE DE IMPOR A PENA – RECONCILIAÇÃO FAMILIAR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>25</sup>

Por mais que a doutrina defensora da concretização do princípio da irrelevância penal do fato venha ganhando espaço nos Tribunais, especialmente em delitos patrimoniais, certo é que o Superior Tribunal de Justiça, em recente e relevante decisão, sedimentou seu posicionamento.

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. ACR: 6418 MS 2012.006418-0. Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21519429/apelacao-criminal-acr-6418-ms-2012006418-0-tjms>>. Acesso em 23 de ago. 2015.

<sup>24</sup> \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. APL 00300937920138120001 MS 0030093-79.2013.8.12.0001. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/211617908/apelacao-apl-300937920138120001-ms-0030093-7920138120001>>. Acesso em 08 de set. 2015.

<sup>25</sup> \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação - Nº 0014186-64.2013.8.12.0001. Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204683628/apelacao-apl-141866420138120001-ms-014186-6420138120001/inteiro-teor-204683664>>. Acesso em 08 de set. 2015.



O Superior Tribunal entendeu, pautado essencialmente na relevância penal das condutas praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher, que não pode ser amoldada aos crimes tutelados pela Lei Maria da Penha a consideração de uma infração bagatelar imprópria.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. NÃO APLICAÇÃO. 1. Não têm aplicação aos delitos com violência à pessoa, no âmbito das relações domésticas, tanto o princípio da insignificância como o da bagatela imprópria, sendo pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido da relevância penal de tais condutas. 2. Agravo regimental improvido. <sup>26</sup>

Assim, como era negada a aplicação do princípio da insignificância a tais crimes, sendo, portanto, incabível a consideração de atipicidade material do fato, o mesmo sentido foi estendido para desnecessidade da pena.

Acompanhando esse entendimento, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil<sup>27</sup>, cumulado com o art. 3º do Código de Processo Penal<sup>28</sup>, são, hoje, inúmeras as decisões monocráticas proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que dão provimento aos repetidos recursos especiais, afastando em definitivo a aplicação do princípio da bagatela imprópria na espécie. Determina-se, então, o retorno dos autos ao Tribunal local a fim de que prossiga na análise dos demais temas aduzidos pela defesa, que não a consideração da infração como bagatela imprópria.

#### **4. DA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER**

Apesar de todo panorama protetivo emanado pela legislação, ainda são enormes as dificuldades de tornar a Lei Maria da Penha, efetivamente, asseguradora dos direitos das mulheres. É necessário, além de comprometimento político, como a criação das varas

<sup>26</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1464335/MS. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178162697/recurso-especial-resp-1464335-ms-2014-0162412-5>>. Acesso em 15 de set. 2015.

<sup>27</sup>\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de set. 2015.

<sup>28</sup>\_\_\_\_\_. Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 14 de set. 2015.



especializadas no julgamento dos casos envolvendo violência doméstica, de comprometimento jurídico, com real cumprimento dos ditames legais.

Segundo dados do Balanço dos atendimentos realizados em 2014 pela Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR), a violência contra as mulheres segue vitimando milhares de brasileiras de forma contínua: 43% das mulheres em situação de violência sofrem agressões diariamente; para 35%, a agressão é semanal.<sup>29</sup>

Observa-se, com isso, que mesmo quase após dez anos da edição do microssistema protetivo, a eficácia ainda é insuficiente. Nesse ponto, não só a lei é preterida, mas também os ditames constitucionais, já que ao elaborar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e impor medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, fomentou o fim traçado pelo parágrafo 8º do artigo 226, da Constituição Federal<sup>30</sup>, que estabelece que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Dessa forma, um dos pontos elementares à eficiência legal é a efetiva punição do agressor, pelo que inaplicável o princípio da irrelevância penal do fato nos delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

Não é discutível o imperioso progresso na aplicação desse princípio a crimes que amparem direitos disponíveis, como crimes contra ordem tributária, todavia, reprovável em crimes que trazem um propósito de proteção muito mais relevante, além até das diversas formas de violência tipificadas, qual seja, o combate a uma segregação histórica e cultural.

---

<sup>29</sup>DADOS NACIONAIS SOBRE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-a-mulher/>>. Acesso em 08 de set. de 2015.

<sup>30</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 09 de set. 2015.

Nas palavras de Maria Berenice Dias<sup>31</sup>:

A ideia da família como uma entidade inviolável, não sujeita à interferência do Estado e da Justiça, sempre fez com que a violência se tornasse invisível, pois é protegida pelo segredo. Agressor e agredida firmam um pacto de silêncio, que o livra da punição. Estabelece-se um verdadeiro círculo vicioso: a mulher não se sente vítima, o que faz desaparecer a figura do agressor. Mas o silêncio não impõe nenhuma barreira. A falta de um basta faz a violência aumentar. O homem testa seus limites de dominação. Como a ação não gera reação, exacerba a agressividade. Para conseguir dominar, para manter a submissão, as formas de violência só aumentam.

Incoerente, portanto, a extensão da bagatela imprópria aos delitos submetidos às diretrizes da Lei Maria da Penha, sob pena de se afrontar a proteção legal assegurada, decorrente de conquistas históricas.

A jurisprudência atual do STJ vem, então, se firmando sob esse ponto<sup>32</sup>:

No que concerne ao Princípio da Bagatela alegado pela Defesa Técnica, da mesma forma não merece prosperar, ante a gravidade do delito praticado e que não pode ser considerado insignificante no contexto da violência doméstica e familiar, uma vez que a finalidade da Lei Maria da Penha visa justamente a intervenção estatal para garantir os direitos da mulher que se encontra em situação de violência, sendo incoerente relevar em bagatela tal delito, sob pena de arrostar a proteção legal assegurada pela Lei n. 11.340/06. Com efeito, o reconhecimento da irrelevância penal do fato, no caso concreto, não deve ser visto como um incentivo à tolerância ou a condutas ilícitas, devendo ser compreendido em um contexto em que a intervenção do direito penal não seja oportuna ou suficiente.

A ofensa do bem jurídico não pode ser desprezada a ponto de se desconsiderar a aplicação da pena ao caso concreto, sob pena de restar esvaziada a tutela pretendida pela Lei Maria da Penha.

## CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha constitui uma referência de tutela de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, assumindo uma feição de verdadeira ação afirmativa, por possibilitar à mulher, vítima de violência doméstica e de gênero, plena proteção perante seu agressor. Com isso, deve ser interpretada observando-se os fins a que se destina, tarefa a ser

<sup>31</sup>DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 22.

<sup>32</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 323.116 - MS (2015/0105603-0). Relator: Rogério Schietti Cruz. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/99829373/stj-11-09-2015-pg-8993>>. Acesso em 13 de set.2015.



contemplada, principalmente, pelo aplicador da norma, responsável pela consolidação dos direitos protegidos.

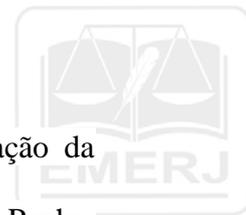
A análise da lesividade da conduta, as suas as consequências fático-jurídicas, bem como os aspectos comportamentais do réu poderiam fazer com que o magistrado concluísse ser totalmente desnecessária a reprimenda, por já se ter atingidas as finalidades punitivas e preventivas da pena. Não é negada, assim, a possibilidade de aplicação do princípio da irrelevância penal do fato pela jurisprudência, mas criticada a sua adequação aos crimes tutelados pela Lei Maria da Pena.

Como visto, a referida lei modificou a concepção da violência doméstica e familiar contra a mulher, condenando, integralmente, a agressão praticada pelo homem, seja ela física, moral, sexual ou psicológica. Incorporou uma ótica preventiva, mas, principalmente, repressiva, prezando pela efetividade da erradicação da violência, com a punição dos ofensores.

Dessa forma, não é possível que se considere cabível a aceitação de que um crime cometido com violência doméstica contra mulher tenha sua pena julgada desnecessária, uma vez que a imprescindibilidade da reprimenda é latente, corroborando, assim, o escopo protetivo e repressivo vislumbrado pela Lei Maria da Pena.

Seguindo, então, a tendência pretendida pela lei, o Superior Tribunal de Justiça, julgando os inúmeros recursos especiais decorrentes dos acórdãos que entendiam pela desnecessidade da pena ao caso, firmou, recentemente, seu entendimento sobre o tema, consolidando que, diante da gravidade dos delitos cometidos contra mulher no âmbito doméstico, não há que se falar em infração bagatela imprópria, sob pena de incentivo à tolerância, bem como condutas ilícitas.

Diante de tal conclusão, é fundamental que o Estado efetivamente repreenda qualquer tratamento discriminatório concernente à violência contra a mulher, adotando



medidas públicas não só voltadas à prevenção, mas também à punição e erradicação da violência, efetivando, dessa forma, os direitos humanos consagrados pela Lei Maria da Pena.

Nesse sentido, espera-se do Judiciário um engajamento ideológico, de forma a aplicar a reprovação cabível a cada caso, restando rechaçada a infração bagatelar imprópria no âmbito da Lei Maria da Pena.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 09 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 de abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 10 de abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 15 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 14 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm)>. Acesso em 10 de abr. de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 84.412-SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp>>. Acesso em 01 de abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 19. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>>. Acesso em 01 de abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>. Acesso em 15 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1464335/MS. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em:



<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178162697/recurso-especial-resp-1464335-ms-2014-0162412-5>>. Acesso em 15 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 323.116 - MS (2015/0105603-0). Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/99829373/stj-11-09-2015-pg-8993>>. Acesso em 13 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Justiça. Súmula n.º 536. A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27536%27>>. Acesso em 01 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 542. A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em 15 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. ACR: 6418 MS 2012.006418-0. Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21519429/apelacao-criminal-acr-6418-ms-2012006418-0-tjms>>. Acesso em 23 de ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. APL 00300937920138120001 MS 0030093-79.2013.8.12.0001. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/211617908/apelacao-apl-300937920138120001-ms-0030093-7920138120001>>. Acesso em 08 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação - Nº 0014186-64.2013.8.12.0001. Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204683628/apelacao-apl-141866420138120001-ms-014186-6420138120001/inteiro-teor-204683664>>. Acesso em 08 de set. 2015.

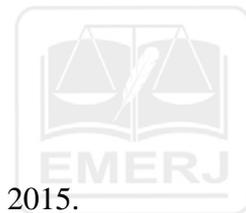
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – OEA, Informe 54/01, *Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 16/04/01, parágrafos 54 e 55. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 15 de jun. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes da tipicidade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

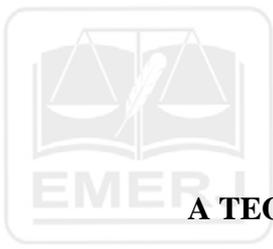
MELLO, Adriana Ramos de. As importâncias da formação dos operadores do Direito em violência de gênero e direitos humanos, como instrumento de acesso à justiça. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, V. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 59-69, jan - mar. 2012.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



NUCCI, Guilherme. Disponível em:

<"<https://www.facebook.com/ccriminais/posts/186588831492553>>. Acesso em 01 abr. 2015.



## A TEORIA SOCIOLOGICA DA POSSE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Roberta Torres Aldigueri Goulart

Graduada pela UCAM - Universidade Candido Mendes. Advogada.

**Resumo:** A Constituição, em diversos dispositivos, acolheu a função social da posse, revelando-se a posse funcionalizada como a melhor ferramenta para que as promessas constitucionais de moradia e trabalho sejam atendidas. O Código Civil, da mesma forma, trouxe a função social da posse implícita em alguns dispositivos. A posse com função social ganhou autonomia em relação à propriedade. A posse funcionalizada se sobrepõe à propriedade vazia, que não exerce função social. Daí porque, é possível afirmar que a teoria sociológica da posse está inserida em alguns dispositivos do Código Civil.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Função Social da Posse. Teoria Sociológica da Posse.

**Sumário:** Introdução. 1. Direito Civil Constitucional. 2. Teorias da Posse e a função social da posse. 3. Teoria Sociológica da Posse no Código Civil. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A pretensão deste artigo é defender que o Código Civil sofre influência da teoria sociológica da posse, em que pese ainda não seja esse o entendimento preponderante na doutrina e jurisprudência.

A relevância do tema está na realidade social do país, na medida em que se trata de teoria que viabiliza maior justiça social, privilegia a dignidade da pessoa humana, o acesso à moradia e ao trabalho.

A dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são dois dos fundamentos da República. Dentre os objetivos fundamentais eleitos pelo Constituinte de 1988 estão a construção de uma sociedade justa e solidária, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e o desenvolvimento nacional. Nesse contexto, a

CRFB/88 é campo fértil para defesa do direito de todas as pessoas a uma existência digna impulsionada pela justiça social.

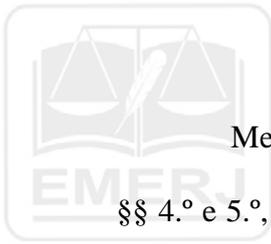
No viés trabalho e moradia, a dignidade da pessoa humana é alcançada tanto pela propriedade, quanto pela posse, desde que qualificadas pela função social. Ressalta-se, todavia, que a função social da posse não está expressa na Constituição, mas sim consignada tacitamente no texto.

Por se tratar de uma ferramenta de acesso aos direitos fundamentais de trabalho e moradia, a posse - entendida como um instituto jurídico autônomo em relação à propriedade - merece ser protegida de forma definitiva e individualizada. Invariavelmente a propriedade não cumpre sua função social e o possuidor, desprovido de título de propriedade, se instala e exerce a função social que lhe cabe.

Por outro lado, o Código Civil traz relevo maior à proteção da propriedade em detrimento da posse, mesmo que esta última seja qualificada pela função social. A posse, diga-se, somente detém a proteção do legislador quando preenchido o requisito de tempo necessário à aquisição originária pela usucapião.

Reconhece-se, outrossim, que o Código Civil valorizou a posse funcionalizada ao tê-la como motivação especial para reduzir o tempo da usucapião extraordinária para dez anos, conforme o parágrafo único do art. 1238. O legislador também não se omitiu em regular a usucapião constitucional rural e urbana, respectivamente nos art. 1239 e 1240.

O prazo para usucapião ordinária foi reduzido no art. 1.242, justamente em razão da ausência do proprietário no bem permitir que se pressuponha que a função social da propriedade não está sendo cumprida. Cita-se, ainda, a criação da usucapião tabular no parágrafo único do art. 1242.



Merece destaque a inovadora figura da desapropriação judicial prevista no art. 1228, §§ 4.º e 5.º, bem como o teor do art. 1276 que coloca a posse qualificada como impedimento de arrecadação por parte do Estado de imóvel abandonado pelo titular.

Está assentado que o legislador do Código Civil, notadamente no art. 1.196, optou pela teoria objetiva da posse de Ihering, segundo a qual a posse está necessariamente associada à propriedade. No entanto, os dispositivos citados demonstram que há mitigação da teoria objetiva em favor da teoria sociológica da posse de Saleilles.

Assim, o primeiro capítulo é dedicado ao papel da posse na realização das promessas constitucionais. Em seguida, no segundo capítulo, são trazidas noções a respeito das teorias da posse, bem como explicação a respeito da posse funcionalizada. No terceiro capítulo é demonstrado que a teoria sociológica da posse é reconhecida em alguns dispositivos do Código Civil.

A metodologia adotada é bibliográfica, qualitativa e explicativa, tendo em vista que parcela da doutrina já se debruçou sobre o tema com muita propriedade.

## **1. DA VIABILIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DAS PROMESSAS CONSTITUCIONAIS**

A CRFB/88 traz diversas promessas relativas a direitos individuais e sociais alcançáveis por meio da posse funcionalizada, que é uma perspectiva diversa daquelas trazidas pelas teorias de Savigny<sup>1</sup> e de Ihering<sup>2</sup>. A ordem constitucional, que prevê uma sociedade solidária e tem compromisso com a dignidade da pessoa humana, enxerga a posse pelo viés social e autônomo ao direito de propriedade. A desigualdade que assola o país pode

---

<sup>1</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014, p. 861.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 862.



ser minorada, utilizando-se da posse como instrumento de facilitação dos direitos de moradia e de trabalho.

Diferente do que ocorre com o direito de propriedade, o legislador constituinte trouxe a função social da posse como princípio implícito em diversos dispositivos do texto. Essa aparente diferença de tratamento é fruto de o contexto político em que a CRFB/88 foi promulgada, e não se trata de hierarquia entre os institutos. A prova disso é que os valores da sociedade brasileira eleitos na CRFB/88, dignidade da pessoa humana, solidariedade social, redução das desigualdades, erradicação da pobreza e isonomia são alcançáveis pela posse exercida com função social.

O direito de propriedade está explicitamente assegurado no art. 5.º, XXIII da CRFB/88. Resta saber em quais dispositivos está localizada a função social da posse.

Pelo princípio da máxima proteção da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1.º, III da CRFB/88, no contexto de personalização<sup>3</sup> do direito civil, o patrimônio puro e simples se torna coadjuvante em favor da valorização e satisfação das necessidades essenciais da pessoa humana. A moradia digna integra o mínimo existencial e, ordinariamente, a principal forma de alcançá-la é a posse. Como direito fundamental de dimensão social introduzido no art. 6.º da CRFB/88 pela Emenda Constitucional n. 23/00, a moradia é garantida a todas as pessoas, na qualidade de credoras de políticas públicas.

O princípio da solidariedade social alçado à categoria de objetivo fundamental da República pelo art. 3.º, I, da CRFB/88 é sublinhado pelo objetivo social de erradicação da pobreza, constante no inciso III do mesmo dispositivo. A propósito, a solidariedade social ganha realce com a redação do art. 170 da CRFB/88, na medida em que todos têm direito a uma existência digna impulsionada pela justiça social.

---

<sup>3</sup> Ibid., p. 56.



A isonomia prevista no *caput* do art. 5.º da CRFB/88, em sua concepção aristotélica, é instrumento de grande valia de justiça social, sempre que estiverem em jogo os direitos intangíveis da pessoa humana.

O art. 5.º, XXIII da CRFB/88 que assegura expressamente o direito de propriedade, pressupõe o atendimento efetivo à sua função social. Não existe função social da propriedade sem que, de alguma forma, haja o exercício da posse. Propriedade sem posse é um conceito vazio, que não contribui para materialização das promessas constitucionais. Por analogia à propriedade, o direito de posse também está previsto no art. 5.º, XXIII e no art. 170, V, da CRFB/88.

Em âmbito legislativo, o gérmen da funcionalização social do direito de posse<sup>4</sup> está na usucapião que, nas formas urbana e especial rural, está prevista no art. 183 e art. 191 da CRFB/88.

Para que os objetivos sociais traçados pela CRFB/88 sejam plenamente efetivados, o direito civil tem a tarefa de promover continuamente a despatrimonialização de seus institutos. A meta é compatibilizá-los com a realização dos valores sociais.

O direito civil-constitucional prima pela unidade do sistema jurídico, pela constante intervenção do direito público no direito privado. Modernamente, o ponto central de interpretação do direito civil é a Constituição. Dessa forma, refletir a respeito de teorias do Código Civil vigente tem como pano de fundo a CRFB/88 e a própria linha filosófica adotada pelo legislador ordinário.

O Código Civil adota um sistema aberto que privilegia as cláusulas gerais, o que viabiliza maior justiça nos casos concretos, desde que utilizado com estrita observância aos princípios constitucionais e as diretrizes básicas trazidas na exposição de motivos do Código Civil.

---

<sup>4</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse e sua Consequência Frente à Situação Proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 12.



A ética e a boa-fé objetiva devem estar presentes em todas as ações e omissões humanas oriundas de relações regidas pelo Código Civil. O interesse social prevalece sobre a busca de vantagens individuais, sempre que estiver em jogo direitos intangíveis do ser humano<sup>5</sup>, tal qual a tutela da posse que viabiliza a moradia e trabalho para grande parte da população brasileira.

O intuito não é o fim ou a redução quantitativa do conteúdo patrimonial do sistema jurídico. Isso sequer seria possível, pois a CRFB/88 resguarda a livre iniciativa e a propriedade privada. A intenção é justamente atrelar o exercício de institutos jurídicos à realização de valores sociais, por meio de uma mudança qualitativa de paradigma<sup>6</sup>.

Considerando os objetivos sociais almejados, a melhor forma de entender a posse é como direito real<sup>7</sup>. Há quem sustente que se trata de direito pessoal ou, ainda, fato jurídico. Certo é que a natureza jurídica da posse é bastante controvertida e influi na forma com que a posse é protegida no ordenamento jurídico.

A posse é um direito real atípico, na medida em que é o único direito real que prescinde de registro imobiliário. A hipótese singular de a posse ser levada a registro está na Lei n. 11.977/09, instituidora do programa de governo denominado Minha Casa Minha Vida, que viabiliza o registro de títulos de legitimação da posse. Outra característica da posse que demonstra a sua natureza de direito real atípico é a dispensa de outorga uxória nas ações possessórias, ressalvada a eventual composesse.

As lições de Caio Mario<sup>8</sup> e San Tiago Dantas<sup>9</sup> corroboram que a posse é direito real, inclusive, por citarem o art. 5.º, XXXV da CRFB/88 e, principalmente, o art. 75<sup>10</sup> do Código

<sup>5</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodvm, 2013, p. 52.

<sup>6</sup> SCHERIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

<sup>7</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 29.

<sup>8</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 21.

<sup>9</sup> DANTAS apud MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 29.



de 1916, segundo o qual “*a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura*”. Na legislação brasileira, a posse é protegida por diversas ações judiciais, típicas e atípicas. Proteção, diga-se, é conferida apenas a direitos, tal qual ocorre com a posse. Fatos jurídicos estão meramente previstos na legislação, e não protegidos.

Outro argumento favorável e decisivo à natureza jurídica da posse como direito real é o princípio da tipicidade elástica dos direitos reais, segundo o qual esses direitos podem estar normatizados em qualquer legislação, e não somente no rol taxativo do art. 1.225 do Código Civil.

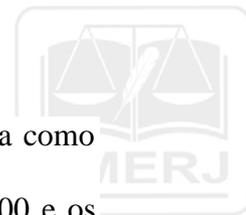
Por outro lado, há quem sustente a natureza jurídica da posse como direito pessoal<sup>11</sup>. O fundamento é a posse não estar prevista no rol do art. 1225 do Código Civil. Desconsidera-se, pois, o princípio da tipicidade elástica da posse. Argumenta-se que, ao exercitar a posse, o bem incorpóreo “posse” é agregado como uma riqueza ao patrimônio do possuidor. A natureza jurídica de patrimônio é de direito pessoal. Defende-se, também, que a situação topográfica da posse no Código Civil indica sua natureza pessoal. O fato de o direito de sequele não ser pleno também excluiria a caracterização da posse como direito real, no entender dessa corrente doutrinária.

Há, por último, quem defenda a natureza jurídica da posse como fato jurídico<sup>12</sup>. Apegam-se ao argumento de a posse não estar prevista como direito no art. 1225 do Código Civil. Desconsideram, novamente, a existência do princípio da tipicidade elástica. Ainda que a posse seja externada por fatos – uso, gozo e disposição - sua essência de direito permanece indene.

---

<sup>11</sup> ARONE, Ricardo. *Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro – Breve ensaio sobre a posse e sua natureza*. 2003. p. 232, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI60950,71043A+natureza+juridica+da+posse+um+estudo+conforme+suas+quatro+dimensoes> acessado em 30/10/2015.

<sup>12</sup> BEVILAQUA, Clovis; MIRANDA, Pontes de; RODRIGUES, Silvio e GIORDANI, José Assir Lessa *apud* Melo, Marco Aurélio Bezerra de, *Direito das Coisas*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 28.



A questão de a posse estar associada a uma situação de fato não a desnatura como direito<sup>13</sup>. A possibilidade de a posse ser exercida com os vícios objetivos do art. 1200 e os subjetivos do art. 1201, ambos do Código Civil, também não a descaracteriza como direito. Isso porque se trata de vícios relativos, alegáveis somente interpartes. A posse viciada deve ser respeitada por toda a sociedade, inclusive pelo interesse social que a envolve. Eventual sequência de lesões possessórias prejudica a toda coletividade.

## 2. DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DAS TEORIAS SOBRE A POSSE E A RELEVÂNCIA DA TEORIA SOCIOLÓGICA

Para dar vida aos direitos fundamentais e sociais previstos na CRFB/88, não obstante o art. 1.196 do Código Civil defina o possuidor sob a ótica da teoria objetiva de Ihering, deve ser reconhecida a forte interferência da teoria sociológica da posse em diversos dispositivos do Código Civil.

Para justificar a posse, ao longo do tempo, foram desenvolvidas teorias como a subjetiva de Savigny<sup>14</sup>, a objetiva de Ihering<sup>15</sup> e as sociológicas da posse, com destaque para a concepção de Saleilles<sup>16</sup>. As duas primeiras são as teorias mais comentadas, em que pese não sejam as mais adequadas para satisfação das promessas constitucionais.

Pela teoria subjetiva<sup>17</sup>, a posse é um poder direito que tem como elementos, o poder físico ou disponibilidade sobre a coisa, além do chamado *animus domini*, que é a intenção de

<sup>13</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 20.

<sup>14</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014, p. 861.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 862.

<sup>16</sup> ALBUQUERQUE, op. cit., p. 125

<sup>17</sup> TARTUCE, op. cit., p. 861.



ter a coisa para si, de exercer o direito de propriedade<sup>18</sup>. O primeiro grande equívoco da teoria é justamente o valor demasiado dado ao elemento subjetivo, à intenção de dono. Isso porque na sua ausência não haveria posse, mas sim a mera detenção sobre a coisa.

A posse derivada de contrato também não é reconhecida por Savigny<sup>19</sup>, de maneira que o locatário, o comodatário e o arrendatário rural não passam de detentores e, nessa qualidade, não estariam legitimados para ajuizar ações possessórias. Trata-se, portanto, de uma teoria relativista, em que a posse está em grau inferior à propriedade.

Registre-se que os dispositivos do Código Civil que tratam da usucapião, ao mencionarem a intenção de dono, não fazem eco da teoria subjetiva. A motivação do legislador é estabelecer a diferença entre a posse *ad contractus* ou *ad interdicta* da posse *ad usucapionem*.

A teoria objetiva<sup>20</sup> também traz a característica marcante de ser relativista. Diferente da anterior, o *corpus*, que é a disponibilidade física sobre a coisa, lhe é suficiente. Dispensa o elemento subjetivo, isto é, a intenção de ser dono do bem. Está implícito, contudo, no elemento objetivo a aparência de dono, *afectio tenenti*. Ainda é majoritária a posição de autores defendem que esta segunda teoria foi adotada pelo Código Civil, sobretudo em razão da redação do seu art. 1.196.

Segundo Ihering<sup>21</sup>, a posse é o reflexo da propriedade, o mecanismo de a sociedade visualizar o domínio sobre determinado bem. Defende que a posse é protegida pelo ordenamento com intuito de propiciar mais uma via defensiva ao direito de propriedade, uma alternativa à via petítória. Como o proprietário é sempre possuidor, ele pode optar pela defesa possessória ou petítória.

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 862.

<sup>19</sup> TARTUCE, op. cit., p. 861.

<sup>20</sup> Ibid., p. 862.

<sup>21</sup> Ibid., p. 861.



Já a teoria sociológica na ótica de Saleilles<sup>22</sup> é absolutista, expressa uma visão moderna a respeito da posse como direito real autônomo no mesmo patamar do direito de propriedade. Por ser um direito subjetivo, a posse merece proteção por si só.

Os elementos da posse, para teoria sociológica, são; 1 - o *corpus*, que é externar o poder físico sobre a coisa, usar, gozar e dispor; 2 - a aparência de dono que, assim como na teoria objetiva, está implícita no *corpus*; 3 - o proveito ou produção econômica, tanto pelo uso, quanto pela fruição do bem; e por último e não menos importante, 4 - o elemento social da posse, denominado pela doutrina de consciência coletiva ou social.

Pelo elemento proveito ou produção econômica da posse, exclui-se do conceito de possuidor aquele proprietário que se restringe a visitar, capinar e cercar o terreno, na medida em que tais ações não o tornam produtivo. A especulação imobiliária, portanto, não induz posse. Ao contrário, gera apenas despesas para manutenção do bem. A propriedade pura não é suficiente para dar o aspecto econômico ao bem.

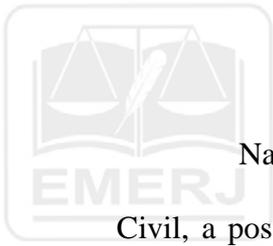
O elemento social da posse se explica pela substituição da vontade subjetiva individual pela consciência coletiva em função da necessidade de exploração econômica do imóvel objeto da posse. A vontade do indivíduo de se apropriar e explorar economicamente o bem deve ser respeitada sempre que corresponder ao ideal coletivo. Para Saleilles, a consciência coletiva é a visão da sociedade de que a posse é necessária, é o principal instrumento para tornar o bem economicamente ativo<sup>23</sup>.

Abraçado à teoria sociológica da posse, o Código Civil garantiu a prevalência da posse funcionalizada em detrimento da propriedade que descumpre sua função social. A propriedade com função social só é possível mediante o exercício da posse.

---

<sup>22</sup> ALBUQUERQUE, op. cit., p.125.

<sup>23</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse e sua Consequência Frente à Situação Proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.128/129.



Na expropriação judicial privada, presente nos §§ 4.º e 5.º do art. 1228 do Código Civil, a posse coletiva que atende a sua função social supera a propriedade individual sem função social.

Nas ações possessórias não é permitido arguir a propriedade ou outro direito real como matéria de defesa. A vedação da exceção de domínio está positivada no art. 1210, §2.º do Código Civil, cuja redação foi reproduzida no parágrafo único do art. 557 do Código de Processo Civil de 2015.

Essa restrição não ocorre na via petítória, na medida em que nesta via se admite sustentar a posse em defesa. Essa conclusão se depreende do caput do art. 1228, que afirma que a propriedade se sobrepõe à posse desamparada de uma justa relação jurídica. Assim, é permitido afirmar que a posse amparada por uma justa relação jurídica é suficiente para improcedência da ação petítória.

A justa ou injusta causa da posse constante no caput do art. 1228 não tem relação com o conceito de posse justa e injusta trazido pelo art. 1200 do Código Civil, em que os vícios são objetivos. Para ilustrar a posse exercida com justa causa do art. 1228 vale lembrar a procuração *in rem suam* (procuração em causa própria), nas hipóteses de compromisso de compra e venda não registrado, tratada na súmula 84 do STJ e no art. 685 do Código Civil.

O compromissário comprador começa a exercer posse e, por um infortúnio, o compromissário vendedor vende o imóvel novamente a um terceiro, que registra a aquisição no registro de imóveis competente. Eventual ação petítória desse terceiro deverá ser julgada improcedente, na medida em que foi ajuizada em face de um possuidor que já exerce posse, baseada em justa razão jurídica.

A teoria sociológica da posse goza de amparo constitucional. É princípio implícito na CRFB/88, verificado em todos os dispositivos que tratam, também implicitamente, da função



social da posse, já mencionados neste texto. Nesse trilho, o legislador ordinário entoa a teoria sociológica da posse, em diversas passagens do Código Civil.

### **3. A TEORIA SOCIOLÓGICA DA POSSE NO CÓDIGO CIVIL E SEU AMPARO PRETORIANO**

No rol dos direitos reais do art. 1225, o legislador incluiu o direito do promitente comprador do imóvel, que é uma das possibilidades de posse dissociada da propriedade. Trata-se de inovação legislativa, na medida em que o Código Civil anterior, em seu art. 674, correspondente ao atual art. 1225, não trazia essa previsão. Extrai-se dessa inclusão legislativa que a posse está no mesmo patamar dos demais direitos reais.

Por outra inovação legislativa, o art. 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil apresenta a expropriação judicial privada, que é derivação da teoria sociológica da posse. Há diversas nomenclaturas para esse mesmo instituto, que restringe o direito de propriedade, trazendo em seu conteúdo a função social da posse e do domínio<sup>24</sup>.

A expropriação judicial privada é inspirada no sentido social do direito de propriedade. Implica em novo conceito tanto da propriedade, quanto da posse, que pode se qualificar como posse-trabalho<sup>25</sup>.

Diferente do que se concebe como invasão, a ocupação não pode ser considerada como ato ilícito, inclusive quando se trata de pessoas materialmente pobres, em iminente necessidade. Não há dolo específico de apropriação para obter resultado econômico ou enriquecimento sem justa causa<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup>TARTUCE, op. cit., p.912.

<sup>25</sup> REALE, apud TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014, p. 913.

<sup>26</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse Um Confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 421.



Os prazos mais curtos das diversas modalidades de usucapião em relação ao Código Civil de 1916 exaltam a teoria sociológica da posse, não obstante seja verdade que a evolução da sociedade dispense prazos tão longos como os da codificação anterior.

A redação do art. 1210, §2.º do Código Civil, corroborada pelo parágrafo único do art. 557 do Código Civil de 2015, afirma que a alegação de propriedade ou de qualquer outro direito sobre a coisa não obsta a manutenção ou reintegração da posse. Em razão de esses dispositivos estabelecerem a separação absoluta entre os juízos possessório e petitório<sup>27</sup>, resta demonstrada a opção do legislador pela teoria sociológica da posse.

Nesse contexto, o melhor entendimento é no sentido de a súmula 487 do STF ter perdido a aplicabilidade no momento em que o Código Civil de 2002 entrou em vigor. Isso porque o alicerce dessa súmula era o art. 505 do Código Civil de 1916, segundo o qual a ação possessória não poderia ser julgada em favor daquele que não detivesse o domínio do bem.

A teoria sociológica da posse encontra amparo pretoriano principalmente na súmula 84 do STJ que sustenta ser admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro. O registro do compromisso de compra e venda enseja um direito real atípico chamado de direito real de aquisição, que é obstativo e gera eficácia impeditiva *erga omnes*.

Quando não registrado, o compromisso de compra e venda gera direito pessoal de aquisição. É um contrato que torna o compromissário comprador apto a se tornar proprietário mediante o registro e a quitação do preço. Trata-se de posse com justa causa. Protege-se, nos embargos de terceiro da súmula 84 do STJ, o direito de posse do compromissário comprador,

---

<sup>27</sup> BRASIL. Enunciado CJF n. 78 e 79. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 30/10/2015.



pelo fato de a sua justa posição jurídica ser anterior a eventual assunção de débito do compromissário vendedor executado.

Nos anos de 1990, importante julgado<sup>28</sup>, apelação cível n. 1995/0049519-8, foi proferido no Tribunal de Justiça de São Paulo, precedente conhecido como *caso da Favela Pullman*. Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, mas já sob o manto da CRFB/88, o Desembargador Relator José Osório de Azevedo Junior fundamentou a decisão na função social da posse e, por conseguinte, deu vida à teoria sociológica da posse. Verifica-se a aplicação da ideia da expropriação judicial privada, ainda que este instituto não existisse à época.

Em poucas linhas, o caso concreto narrava que determinado loteamento foi invadido e ocupado durante anos por população de baixa renda. A ação reivindicatória foi deflagrada pelos proprietários muito tardiamente, em que pese não houvesse prazo suficiente para usucapião. Na primeira instância, o pedido foi julgado procedente. Em segunda instância, a sentença foi reformada:

[...] Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CRFB/88 a submeteu ao princípio da função social. (...) Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio (...) 10 – No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e seus antecessores de forma antissocial. O loteamento – pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

De acordo com o julgado<sup>29</sup>, os lotes de terreno não tinham mais a devida individualização, pois apresentaram uma mudança de natureza, que fez perecer o direito de propriedade individual em proveito da posse social. Uma “pseudo realidade jurídico-

<sup>28</sup> TARTUCE, op. cit., p. 909.

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 75.659-SP. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-esp-75659-sp-1995-0049519-8/relatorio-e-voto-12956707>. Acesso em 30/10/2015.



cartorária” não prevalece sobre a realidade concreta. Tratar-se-ia de uma operação socialmente impossível o desalojamento forçado das famílias que ocupavam – com função social – os lotes de terreno reivindicados.

Finaliza-se, portanto, fazendo coro às palavras do citado Desembargador<sup>30</sup>, no sentido de que desalojar pessoas inseridas em extensa comunidade urbana consolidada implicaria em operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. Por ser uma operação socialmente impossível, revela-se uma operação juridicamente impossível.

## CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, a teoria sociológica da posse é capaz de satisfazer as promessas constitucionais, tendo o legislador ordinário timidamente aceitado sua interferência e preponderância em alguns dos dispositivos do Código Civil. Pelo fato de o Brasil historicamente privilegiar a propriedade e os valores individuais, a teoria da sociológica ainda não encontrou a merecida aceitação na doutrina e na jurisprudência.

Felizmente, caminha-se para uma sociedade mais justa e fraterna. Parte dos doutrinadores e julgadores já percebe a necessidade de repensar o valor dado à posse, tendo em vista a imprescindibilidade de satisfazer os direitos sociais de trabalho e moradia de vasto número de pessoas. A propriedade não é o veículo adequado para acabar com a desigualdade em um país de miséria como o Brasil.

Os direitos sociais, como direito à moradia e ao trabalho, irradiam sobre as normas de direito privado, que obrigatoriamente devem observar o caráter pleno e pétreo das disposições constitucionais que os asseguram.

---

<sup>30</sup>Ibid.

A existência de normas jurídicas voltadas expressamente à proteção de determinados interesses não exclui a proteção de outros interesses, sobretudo de envergadura constitucional, de forma que o sistema se mantenha harmônico, sem antinomias.

Não obstante o próprio Código Civil permitir que a posse se sobreponha à propriedade em algumas situações, não se sacrifica valores fundamentais somente para fazer a subsunção da norma ao caso concreto. Por vezes, o afastamento pontual da norma em regência é necessário para que a decisão seja fundamentada com maior amparo no ideal de justiça social.

O Código Civil, se bem interpretado, dispõe de instrumentos para valorização e preponderância da posse exercida com função social. A posse funcionalizada, além de ter respaldo constitucional, é capaz de atender aos direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão. Daí porque se almejar que a posse com função social seja a regra em detrimento da propriedade desfuncionalizada.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse e sua Consequência Frente à Situação Proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRITO, Márcilio. Curso ministrado na Fesudeperj, em junho de 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodvm, 2013.

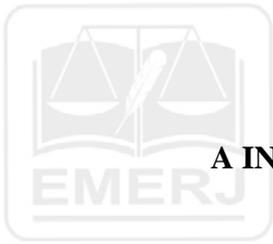
MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *Direito das Coisas*, 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SCHERIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse Um Confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



## A INCONSTITUCIONALIDADE NA SUCESSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Sabrina Antonio Antunes

Graduada pela UNESA- Universidade Estácio de Sá- Juíza Leiga.

**Resumo:** Analisa-se sobre a Inconstitucionalidade da Sucessão na União Estável, pois, a Constituição considerou a união estável como entidade familiar, entretanto, o Código Civil tratou de forma desigual a sucessão do cônjuge em relação ao companheiro. Sendo assim, de acordo com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, o que se pretende provar nesse trabalho é que todas as normas sucessórias aplicadas ao casamento também deverão ser aplicadas à união estável.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Sucessão na União Estável.

**Sumário:** Introdução. 1. O Aspecto Constitucional Perante o Código Civil sobre a União Estável e o Casamento no Código Civil. 2. O Impacto da Legislação Brasileira as Pessoas que Vivem em União Estável no Brasil. 3. Diferenças no Tratamento na Sucessão na União Estável. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O artigo propõe reflexões no que se refere ao tratamento diferenciado entre a sucessão do cônjuge e do companheiro. Defendendo que tais diferenças geram consequências injustas, fazendo com que o companheiro seja prejudicado durante a sucessão, em relação ao cônjuge.

Para tanto será analisado o artigo 1790 do Código Civil que versa sobre a sucessão do companheiro na união estável, sendo que tal dispositivo é considerado inconstitucional, pois, a Carta Magna consagrou expressamente a união estável como entidade familiar, devendo ter a especial proteção do Estado. Entretanto, o Código Civil trata de forma notoriamente diferenciada a sucessão do companheiro para com o cônjuge.

Dessa forma, inicia-se o primeiro capítulo sobre o aspecto constitucional a luz do Código Civil no tratamento da união estável e o casamento. Analisando que é explícita a discriminação do companheiro para com o cônjuge, ferindo os princípios constitucionais da



isonomia, igualdade, dignidade da pessoa humana, equidade. Com isso, o artigo 1790 do Código Civil deverá ser considerado inconstitucional. Pois, a Constituição em seu artigo 226,§3º considerou a união estável como uma das entidades familiares, não sendo passível de nenhuma restrição ou limitação da legislação ordinária, diante disso, o sistema jurídico deverá proteger tanto a família de fato com a de direito, sem nenhuma discriminação.

Segue-se no segundo capítulo abordando o impacto da legislação brasileira as pessoas que vivem em união estável no Brasil. Abordando a necessidade de compreender que a realidade da sociedade brasileira é o crescimento da união estável, que consiste em uma união fática entre um homem e uma mulher sem impedimento legal que tem o objetivo de constituir uma família, sem formalizar essa relação.

O terceiro capítulo destina-se a analisar o tratamento diferenciado na união estável em comparação com a sucessão do cônjuge. Tendo como objetivo demonstrar a inconstitucionalidade no tratamento feito pelo Código Civil.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica, qualitativa, parcialmente exploratória.

## **1. O ASPECTO CONSTITUCIONAL PERANTE O CÓDIGO CIVIL SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO NO CÓDIGO CIVIL**

A Constituição<sup>1</sup> em seu artigo 226, §3º reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, mas deixou para a lei infraconstitucional a tarefa de estabelecer a sua regulamentação. Dessa forma o Código Civil estabeleceu em seu artigo 1790 a sucessão do companheiro, entretanto, fazendo a comparação com os seus artigos 1829, 1832, 1837 e 1838 que tratam da sucessão do cônjuge verifica-se que essa norma

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.



infraconstitucional da solução diferenciada para a sucessão do companheiro e do cônjuge, ferindo nitidamente a constituição.

Mister se faz ressaltar que o artigo 1829 do Código Civil elevou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, entretanto, o companheiro, apesar de toda evolução do instituto da união estável, não recebeu o mesmo tratamento, tendo sido a sua sucessão regulada de modo diverso, no capítulo das disposições gerais.

Há de se destacar também algumas diferenças entre o direito sucessório do cônjuge e o companheiro. Concorrendo com os descendentes, o cônjuge supérstite tem reservado a quarta parte da herança. Ao companheiro sobrevivente, entretanto, não tem essa reserva.

Além disso, quando o cônjuge supérstite concorre com os ascendentes, tem reservada a terça parte da herança e a metade, se houver um só ascendente ou se for maior aquele grau. No caso do companheiro sobrevivente, a herança será, em qualquer caso, de um terço. O cônjuge supérstite terá a integralidade da herança, não havendo descendentes ou ascendentes. Já o companheiro sobrevivente, por sua vez, sempre terá que dividir a herança se houverem outros parentes sucessíveis, ficando a ele reservada a terça parte da herança.

Observa-se, ainda, que o companheiro sobrevivente só herdará a integralidade da herança se não houver outros parentes sucessíveis. Dessa forma, citando um exemplo para explicar uma das distinções da sucessão do companheiro para com o cônjuge seria: um dos cônjuges falece, não têm descendentes, nem ascendentes, mas tem colateral, mesmo assim o cônjuge ficaria com a integralidade da herança. Entretanto, se esse mesmo fato acontecesse com a sucessão do companheiro, o mesmo só teria direito a um terço da herança, e o restante ficaria com o colateral do companheiro falecido.

É inegável o tratamento sucessório diferenciado que se dá ao companheiro sobrevivente ao compará-lo com o cônjuge sobrevivente, pois de acordo com o princípio da igualdade o sistema jurídico deverá proteger tanto a família de fato como a de direito



outorgando a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre o cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Sendo assim, aplicar o artigo 1790 do Código Civil a sucessão do companheiro é tratar de forma desigual a família constituída através da união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída com as formalidades da lei.

Além disso, a doutrinadora Maria Berenice Dias<sup>2</sup> diz que:

[...] A consagração das entidades familiares e a proteção que lhes foi assegurada passam a constituir garantia constitucional. Não podem sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. Não é possível sequer limitar direitos que já haviam sido consagrados em leis anteriores.

A autora completa ainda a sua idéia concluindo que:

[...] A legislação infraconstitucional não pode ter alcance jurídico-social inferior ao que tinha sido estabelecido, originariamente, pelo constituinte, sob pena de ocorrer retrocesso ao estado pré-constituente. É o que se chama de princípio da proibição de retrocesso social.

Cabe salientar que, para o companheiro tentar o afastamento da aplicação do código civil, esse deverá ingressar com uma ação no judiciário e depender do entendimento da corte, o que gera uma grande insegurança jurídica, pois, cada tribunal poderá entender de maneira completamente distinta sobre a mesma situação fática.

Mister se faz ressaltar que, em determinadas regiões do Brasil muitas pessoas não têm orientação jurídica adequada, nem acesso à justiça, fazendo com que o Código Civil seja aplicado na sucessão do companheiro, dessa forma, a solução para evitar essa estabilidade jurídica, seria a revogação do artigo 1790 do Código Civil e a alteração do artigo 1829 do Código Civil com o objetivo de expressamente conceder todos os direitos de sucessão do cônjuge ao companheiro.

Sendo assim, o casamento não é um instituto hierarquicamente superior à união estável, pois, a Constituição não diferenciou esses institutos, não cabendo a uma norma

---

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p.63.



infraconstitucional fazer essa distinção, rebaixando o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite. Não é aceitável, assim, que prevaleça a interpretação literal do artigo 1790 do Código Civil, o que geraria evidente violação aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

## **2. O IMPACTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AS PESSOAS QUE VIVEM EM UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL**

A Constituição da República Federativa do Brasil<sup>3</sup> garante um Estado Laico, ou seja, sem a interferência de uma determinada religião sobre a sociedade. Entretanto, nem sempre isso foi assim, pois, o Estado Brasileiro era religioso, e a religião que predominava era o catolicismo, que pregava que o casamento era indissolúvel, sendo um ato sagrado, e o que Deus unia o homem não separava.

Dessa forma, a única maneira de romper com o casamento era com a morte, entretanto, os casais que não queriam ficar mais juntos, e se separavam não podiam se casar novamente. De acordo com Maria Berenice Dias<sup>4</sup>:

[...] apesar do nítido repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram. O Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais.

A doutrinadora acrescenta ainda que:” até 1977 não existia divórcio. A única modalidade de separação que havia era o desquite, que não dissolvia a sociedade conjugal e impedia novo casamento.”

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>4</sup> Ibidem, p.158.



Sendo assim, segundo Maria Berenice Dias<sup>5</sup>, quando havia um rompimento dessas relações concubinárias, seja pela separação ou morte do companheiro, começaram a surgir ações na justiça. Os julgados da década de 60 foram os primeiros que impulsionaram a construção de uma doutrina concubinária. Para evitar injustiça a solução encontrada dizia respeito apenas aos efeitos patrimoniais, ou seja, se a mulher não trabalhava e não tinha nenhuma outra forma de renda, os tribunais concediam alimentos, sob o nome de indenização por serviços domésticos.

Significa dizer que obedecer à formalidade faz com que o ato incida sobre a realidade normativa conforme o modelo previsto em lei, princípio da legalidade das formas, de maneira tal a garantir ordem, clareza, precisão e segurança de resultados às decisões judiciais.

Além disso, com o passar do tempo, a justiça passou a reconhecer a existência de sociedade de fato. Entretanto, de acordo com Maria Berenice Dias para o companheiro ter direito a divisão dos bens adquiridos na constância do casamento, havia a necessidade da prova da contribuição financeira efetiva de cada companheiro para a constituição do patrimônio. Conforme salienta a citada doutrinadora<sup>6</sup>: “os companheiros eram considerados sócios procedendo-se à divisão dos lucros, a fim de evitar o acervo adquirido durante a vigência da sociedade ficasse somente com um dos sócios, em detrimento normalmente, da mulher.

Cabe salientar que, esse entendimento da sociedade de fato foi sumulado pelo STF na súmula 380<sup>7</sup>: que dizia que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo

---

<sup>5</sup> DIAS, op. cit; p.63.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>7</sup> BRASIL. SÚMULA 380 do Supremo Tribunal Federal Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400). Acesso disponível em 07 de out. de 2015.



esforço comum.” Essa súmula tinha como fundamento o enriquecimento injustificado de um dos companheiros.

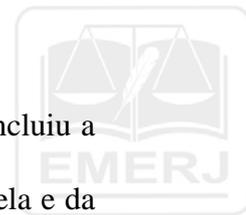
Com o decorrer do tempo, essas uniões extrapatrimoniais tomaram uma grande proporção na sociedade, levando a Constituição de 1988 a dar uma ampliada ao conceito de família, criando a entidade familiar. Dessa forma, o casamento deixou de ser a única forma de família, sendo também considerada como forma de entidade familiar a união monoparental, que é formada por um dos pais com seus filhos, e a união estável, que é a união fática entre um homem e uma mulher.

Como a norma constitucional não teve aplicabilidade, sendo Roberto Ávila Castro<sup>8</sup> foram criadas as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 para regulamentar o instituto da união estável. A Lei 8.971/1994 assegurou direito a alimentos e à sucessão do companheiro. Entretanto, essa lei não garantia esses direitos aos separados de fato, reconhecendo apenas como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas. Essa lei também fixou outras condições, só reconhecendo como estáveis as relações existentes há mais de cinco anos ou das quais houvesse nascido prole. Além disso, no caso da inexistência de descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente foi incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo.

Já a Lei 9.278/1996 não quantificou prazo de convivência para o reconhecimento da união estável, e passou a regular as relações de pessoas separadas de fato. Também fixou a competência das varas de família para o julgamento dos litígios, reconheceu o direito real de habitação. Gerou também a presunção *júris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço comum, afastando questionamentos sobre a real participação de cada parceiro para proceder à partilha igualitária dos bens.

---

<sup>8</sup> CASTRO, Roberto Ávila. A Questão Constitucional da Sucessão dos Companheiros no Código Civil”. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10364](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10364). Acesso em 07 out. 2015.



Cabe salientar que, segundo Roberto Ávila Castro, o Código Civil de 2002 incluiu a união estável no último capítulo do livro do direito das famílias, somente antes da tutela e da curatela. O legislador justificou esse fato dizendo que quando a Constituição reconheceu a união estável como entidade familiar o Código já estava em elaboração. Entretanto, não existe hierarquia entre a união estável e o casamento, uma vez que a Constituição lhes confere a especial proteção do Estado.

Além disso, o artigo 1.632 reza que a dissolução da união estável não altera as relações entre pais e filhos. É garantido também o direito a alimentos e a instituição de bem de família conforme artigos 1.694 e 1.711, também é admitido que um companheiro seja curador do outro conforme dispõe o artigo 1.775. Já o direito sucessório dos companheiros foi tratado em um único dispositivo, o artigo 1.790 que no capítulo próprio será abordado com profundidade.

O Código Civil em seu artigo 1.723 dispõe: “reconhecida como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” Conforme Maria Berenice Dias identificou que o Código Civil limitou-se a reproduzir a legislação que já existia, entretanto o tratamento da união estável não é igual ao casamento. Pois, o cônjuge sobrevivente não está incluído na ordem de vocação hereditária, somente tendo direito à concorrência sucessória quanto aos bens adquiridos na vigência do relacionamento, entre outros direitos que são suprimidos a união estável.

O Decreto nº 3.000/99 em seu artigo 77 autoriza que o companheiro venha a ser considerado dependente para efeito de redução do rendimento tributável. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald como percebeu Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>9</sup>: “atenta à realidade social, a legislação tributária não poderia olvidar os companheiros,

---

<sup>9</sup> FARIAS ; ROSENVALD, Cristiano Chaves de farias e Nelson Rosenvald. *Direito das Famílias*. 2.ed Rio de Janeiro :Lumen Juris, 2009, p.426.



deixando de reconhecer a possibilidade de dedução do tributo assinado, O IR, dada a relevância do aspecto econômico, em detrimento do jurídico.” O autor conclui a sua Idea dizendo que: “ as uniões informais se mostraram como realidades mesmo anteriormente à instituição do imposto sobre a renda no Brasil e, assim, diante dos princípios aplicáveis ao tributo, não poderiam ser esquecidas, como organismos familiares que são”.

É indiscutível que de acordo com todos os argumentos feitos o instituto da união estável sofreu uma grande evolução com o decorrer do tempo, sendo assegurado diversos direitos, tais como, o direito previsto no Código Civil em seu artigo 1.694 que garantiu não só ao cônjuge como ao companheiro o direito a alimentos. Além disso, a Lei 8.213/91 em seu artigo 16, I, contemplou o companheiro como dependente do segurado, em idêntica situação ao cônjuge, estendendo-lhe também os benefícios previdenciários.

Entretanto, mesmo com esses direitos concedidos a união estável, esse instituto continua a sofrer discriminação por parte da legislação, apesar da Constituição ter conferido o mesmo tratamento que o casamento. Em razão disso, como essas leis que trazem tratamento diferenciado a união estável, continuam em vigência, cabendo ao judiciário resolver esse conflito, e dessa forma acabam surgindo decisões diferentes para a mesma situação, gerando injustiça.

Diante disso, verifica-se naturalmente que o novo não pode nem deve ser evitado. Mudanças são bem vindas, principalmente quando surgem para fortalecer ainda mais uma instituição que é a base do indivíduo na vida social.

Sendo assim, as leis têm que estar em conformidade não só com a Constituição como também com a realidade social. A união estável está em ascensão, se tornou uma maneira mais prática de constituir família sem o formalismo que o casamento exige. Dessa forma o Código Civil tem que ser alterado para dar o mesmo tratamento do casamento a união estável.



Em virtudes dos fatos mencionados, a união fática entre o homem e a mulher passou por diversas mudanças perante a legislação, tendo a companheira o direito à indenização por serviços domésticos prestados, depois de um tempo passou a ser reconhecida a sociedade de fato, e depois, o *status* que a Constituição conferiu ao instituto da união estável como entidade familiar.

### 3. DIFERENÇAS NO TRATAMENTO NA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

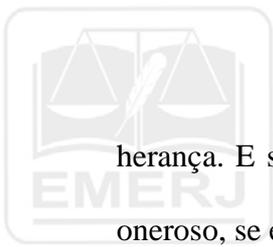
O Código Civil de 2002 dispõem sobre as regras sucessórias na união estável, entretanto, esse dispositivo discrimina sensivelmente o instituto da união estável com o instituto do casamento, trazendo regras diferenciadas, ferindo a Constituição, não observando o princípio da igualdade.

Cabe destacar o artigo 1.790 do Código Civil que reza que: “a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:” Os incisos desse dispositivo dizem que;” 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 deles” Os incisos III e IV concluem que: “ 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”.

Dessa forma, conforme constataram os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>10</sup>, ao contrário do que é aplicado ao cônjuge, a sucessão do companheiro é restrita a uma cota igual à que for atribuída ao descendente do falecido, se estiver concorrendo com filhos comuns, ou à metade da cota, se estiver concorrendo com filhos apenas do autor da

---

<sup>10</sup> FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 422.



herança. E somente terá direito a um terço dos bens deixados, e sempre, adquiridos a título oneroso, se estiver concorrendo com outros parentes, ou seja, aos colaterais até o 4º grau.

Sendo assim, de acordo com o exemplo feito pelos doutrinadores acima citados<sup>11</sup>, para explicar essa situação da sucessão da união estável: se um homem e uma mulher viverem em união estável, sendo que somente o homem tenha patrimônio, e durante a união estável o casal não adquiriu nenhum bem, e após quinze anos de convivência o companheiro veio a falecer, com isso, a companheira sobrevivente ficará rigorosamente sem qualquer direito, pois, não terá direito a meação, uma vez que nada foi adquirido, e muito menos a herança, cujo direito depende da existência de bens adquiridos a título oneroso.

Como bem alertou os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>12</sup>, ao limitar o direito hereditário do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a constância, chamados de aquestos, além de aplicar injustificada discriminação ao companheirismo- porque os direitos atribuídos aos cônjuges são muito mais significativos- importa ignorar a realidade da maioria do povo brasileiro.

Além disso, o companheiro encontra-se em posição inferior em relação aos colaterais até o quarto grau do companheiro falecido. Ou seja, no exemplo dado acima, sobre o casal que vivia a quinze anos em união estável, e o companheiro veio a falecer sem deixar descendentes ou ascendentes, entretanto, o mesmo tinha um primo que é o seu colateral, esse primo terá direito a sua herança, e a companheira não terá direito a nada.

Os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>13</sup> dizem que:

[...]é fácil perceber que, contrariando frontalmente o princípio da igualdade e evidenciando dantesco retrocesso em relação à legislação anterior, o Código Civil limita o direito de herança do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Os doutrinadores concluem a sua idéia dizendo que:” por tudo isso, resta como imperativa a tarefa de propagar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil,

<sup>11</sup> FARIAS ; ROSENVALD, op. cit., p. 422.

<sup>12</sup> FARIAS ; ROSENVALD, op. cit; p. 422.

<sup>13</sup> Ibid.



defendendo uma valoração da relação afetiva, conforme a especial proteção do Estado conferida a família, pelo art. 226 da Carta Maior.”

Convém transcrever o artigo 226 da Constituição da República que diz: “a família, base da sociedade, tem especial do Estado.” O parágrafo 3º desse dispositivo diz que: “ para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Com a leitura do dispositivo acima, percebe-se que a Constituição considerou a união estável como uma das formas de entidade familiar, e em nenhum momento fez qualquer ressalva para que esse instituto estivesse um tratamento diferenciado do casamento. Dessa forma, a união estável tem o mesmo status que o casamento.

Por isso, o artigo 1790 do Código Civil tem que ser considerado inconstitucional pois, não está em acordo com a Constituição. E em razão do legislador ter criado uma norma que não está conforme a Constituição gera uma insegurança jurídica, pois as pessoas que são atingidas por esse dispositivo têm que ingressar no judiciário para que essa norma seja afastada, entretanto, acabam surgindo decisões diferentes para a mesma situação.

Convém destacar o entendimento do acórdão dos Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria, em julgar improcedente o incidente de inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil, suscitado no processo número 70029390374 entendendo que<sup>14</sup>.” A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável.”

Além disso, o referido acórdão acrescentou que: “Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro.”

Continuou o acórdão dizendo que:

---

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Leo Lima. Data 02.04.2009. Acessível em: [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?ano=2010&codigo=107951](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2010&codigo=107951). Acesso em 27/03/2016.



[...] O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável.

Concluiu o acórdão dizendo que: “Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável.”

Essa decisão do órgão especial do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi contrária a tese de aplicar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Entretanto, a 8ª Câmara Cível desse mesmo Tribunal, julgando o mesmo assunto contido no processo de número 70017169335 entendeu que<sup>15</sup>: “Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.”

Essa decisão concluiu que “Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança.” Dessa forma, percebe-se a insegurança jurídica que possuem as pessoas que vivem em união estável, pois conforme exemplos que foram mostrados, dentro do mesmo Tribunal há decisões divergentes.

O artigo 5º, caput, da Constituição reza serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esse dispositivo consagra o princípio da igualdade, que deverá também ser aplicado na sucessão do companheiro, uma vez que exaustivamente já foi demonstrado o tratamento diferenciado que o Código Civil trata a sucessão na união estável.

Sendo assim, a discriminação é inaceitável ferindo a isonomia entre a união estável e o casamento, a qual é assegurada pelo já citado artigo 226, § 3º da Constituição, dessa forma, a sucessão do companheiro deverá ter o mesmo tratamento que a sucessão do cônjuge.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: José Ataides Siqueira Trindade. Data 05.10.2006. Acessível em: Disponível em: [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?ano=2007&codigo=198582](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2007&codigo=198582). Acesso em 27/03/2016.



Diante disso, o sistema jurídico deverá proteger tanto a família de fato como a direito, não devendo prevalecer o tratamento desigual entre cônjuge e companheiro, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei.

Cabe salientar que, a Câmara dos Deputados tem o projeto de Lei 508/2007, que objetiva resolver esta situação.

O projeto de Lei 508/2007 de autoria do deputado federal Sérgio Barradas Carneiro propõe a alteração dos dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável. Esse projeto de lei traz a sugestão de suprimir o artigo 1.790 do Código Civil e equiparar o direito sucessório do companheiro ao cônjuge supérstite.

Dessa forma, com a aprovação desse projeto de lei serão resolvidas as desigualdades estabelecidas pelo Código Civil, que criou uma gama de problemas sociais e jurídicos entre as famílias constituídas pela união estável, deixando de compreender a família de acordo com a evolução que se estabeleceu ao longo do tempo.

## CONCLUSÃO

Percebe-se que a Constituição considerou a união estável como entidade familiar, entretanto, o Código Civil tratou de forma diferenciada a sucessão do cônjuge para com a sucessão do companheiro. Sendo assim, o artigo 1790 do Código Civil deverá ser considerado inconstitucional, aplicando todo o tratamento sucessório do cônjuge ao companheiro.

Conforme foi sinalizado até 1977 não existia o divórcio, e as pessoas não podiam se casar novamente, sendo assim começou a surgir arranjo familiar, que era a união social de pessoas que eram impedidas por lei de se casar novamente.



Cabe salientar que não havia lei que tutelasse esse arranjo familiar. Dessa forma, quando surgia algum tipo de conflito nessas relações, as pessoas passaram a ingressar com ações na justiça para ter o seu direito reconhecido.

Além disso, devido a grande proporção que essas uniões extrapatrimoniais repercutiram na sociedade, fez com que a Constituição de 1988 considerasse como entidade familiar o instituto da união estável, que é a união fática entre um homem e uma mulher.

Sendo assim, após o advento da Constituição surgiram diversas leis que asseguraram a união estável diversos direitos tais como: direito a alimentos, fixação da competência das varas de família para o julgamento de litígios, reconhecimento do direito real de habitação, o companheiro passou a ter direito a benefícios previdenciários, foi garantido também a impenhorabilidade do bem de família etc.

Apesar de todas essas conquistas que o instituto da união estável conseguiu o Código Civil disciplinou de forma discriminatória o instituto da união estável com o instituto do casamento, trazendo regras diferenciadas, ferindo a Constituição, não respeitando o princípio da igualdade.

Cabe ressaltar que o casamento não é um instituto hierarquicamente superior à união estável, pois, a Constituição não diferenciou esses institutos, não cabendo a uma norma infraconstitucional fazer essa distinção, rebaixando o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite. Não é aceitável, assim, que prevaleça a interpretação literal do artigo 1790 do código civil, o que geraria evidente violação aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o que se conclui com essa pesquisa é que a solução para resolver essa situação é a declaração da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, aplicando-se assim, todas as regras do direito sucessório do cônjuge ao companheiro, uma vez que o artigo



226,§ 3º, da Constituição deu tratamento igualitário ao instituto da união estável em relação ao casamento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?ano=2007&codigo=198582](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2007&codigo=198582). Acesso em 27/03/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Disponível em: [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?ano=2010&codigo=107951](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2010&codigo=107951). Acesso em 27/03/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: [http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?ano=2010&codigo=1079519](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2010&codigo=1079519). Acesso em 27/03/2016.

\_\_\_\_\_. Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400). Acesso disponível em 07 de out. de 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo:Revistas dos Tribunais. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de farias; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*.2.ed. Rio de Janeiro :Lumen Juris,2009.

..OLIVEIRA, Regis de Oliveira. 2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/815767.pdf>. Acesso em: 27 mar.2016

SIMÃO, José Fernando, *Sucessão do companheiro*: decisões surpreendentes. 2007. Disponível em: <HTTP://www.cartaforense.com.br/Material.aspx?id=947> acesso em 16/08/2010.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. 2008. Disponível em <HTTP://jusvi.com/artigos/36743>, acesso em 27 mar. 2016.



## A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE UNIFORMIZAÇÃO E ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO.

Sabrina da Silva Xavier de Lucena

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

**Resumo:** O sistema processual brasileiro possui suas raízes no denominado *civil law*, porém é inegável que atualmente vem sofrendo forte influência do sistema jurídico da *common law*, por meio da adoção de determinados institutos inerentes a este sistema. Significativa influência é manifestada pela adoção de mecanismos de uniformização e estabilização da jurisprudência. No cenário jurídico brasileiro contemporâneo, tais mecanismos têm ganhado enorme importância e buscam garantir maior segurança jurídica, tratamento isonômico e maior efetividade e celeridade na resolução dos conflitos levados ao Poder Judiciário. Nesse contexto, o presente trabalho visa analisar se é possível afirmar-se que o Brasil possui um modelo próprio de uniformização e estabilização de jurisprudência, bem como tratar da relevância da adoção de mecanismos de valorização da jurisprudência e seu impacto no sistema processual pátrio.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Uniformização e estabilização da jurisprudência. Precedentes. Princípios processuais. Novo CPC.

**Sumário:** Introdução. 1. A construção de um modelo de valorização da jurisprudência em um sistema tradicionalmente *civil law*. 2. O modelo proposto e as soluções por ele almejadas. 3. A adoção de mecanismos de uniformização e estabilização da jurisprudência em face dos princípios que orientam o sistema processual brasileiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico visa a discutir a construção de um modelo de uniformização e estabilização da jurisprudência pelos tribunais brasileiros, por meio da valorização dos precedentes judiciais, e o reflexo disso no sistema processual brasileiro, notoriamente no que se refere às soluções a que ele se propõe e se tal construção violaria princípios basilares do ordenamento processual pátrio.

Tal discussão mostra-se, mais do que nunca, relevante, tendo em vista que se caminha atualmente para um sistema que dará lugar de destaque à jurisprudência.



Aparentemente, trata-se de um caminho sem volta, haja vista que o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15) prevê isso de modo expresso, bem como cria mais um instituto com esse propósito, qual seja, o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A construção de um modelo com essas características, em especial no cenário jurídico brasileiro, tem em vista resolver desafios atualmente enfrentados pelo Poder Judiciário, como o abarrotamento dos tribunais, a morosidade e a aplicação de soluções distintas para casos idênticos. Tal modelo tem como proposta a garantia de maior segurança jurídica, tratamento isonômico e maior efetividade e celeridade na resolução dos conflitos levados à apreciação do Judiciário.

Nesse contexto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho buscando-se demonstrar que o sistema jurídico pátrio é peculiar, não podendo ser classificado hodiernamente como puramente *civil law*, haja vista que, apesar de apresentar uma vasta fonte legislativa, para a qual o magistrado, como aplicador da lei, não pode deixar de atentar, vem sendo influenciado pela construção de um complexo modelo de valorização da jurisprudência, próprio da *common law*.

Segue-se trazendo à discussão a problemática das soluções almeçadas pelo modelo de uniformização e estabilização da jurisprudência, tais como a garantia de maior isonomia, segurança jurídica, efetividade e celeridade.

No terceiro capítulo, busca-se se discutir se um modelo de uniformização e estabilização da jurisprudência, que dá uma enorme força aos precedentes, acabaria por violar princípios basilares do sistema processual brasileiro, como: o livre convencimento motivado do juiz, o acesso ao judiciário, o contraditório e ampla defesa e a separação de Poderes.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, haja vista que a investigação se dará por meio de material escrito e publicado, física ou virtualmente; exploratória, pois trata de tema em que há pouco conhecimento acumulado e sistematizado; e



qualitativa, tendo em vista que traz uma abordagem exploratória e reflexiva sobre o tema em questão.

## **1. A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EM UM SISTEMA TRADICIONALMENTE *CIVIL LAW***

Ao se iniciar os estudos do Direito, aprende-se que o Brasil é um país filiado ao sistema jurídico romano-germânico ou *civil law*, que tem por alicerce a lei positivada e codificada, sendo a lei a principal fonte do Direito nesse sistema. Em oposição a tal sistema coloca-se a *common law*, adotada pelos países norte americanos e de origem anglo-saxônica, que tem por fundamentos a lei não escrita, o direito jurisprudencial e os costumes.

Nesse contexto, a introdução de mecanismos que busquem dar um papel de destaque à jurisprudência no sistema jurídico brasileiro pode soar estranho e fora de contexto, haja vista que esse sistema, por ter raízes na *civil law*, não comportaria um modelo processual que coloque a jurisprudência como fonte.

Não obstante seja inegável que o Brasil possui uma tradição jurídica romano-germânica, tendo em vista a evolução histórica do Direito pátrio, não se pode negar que hodiernamente o Direito brasileiro vem sofrendo grande influência do sistema da *common law*, absorvendo diversos institutos próprios desse sistema, como o modelo constitucional, evidentemente inspirado no modelo norte-americano, a existência de um controle de constitucionalidade difuso, a construção de um microssistema de tutela de direitos coletivos e, o enfoque do presente trabalho científico, a tentativa de construção de um modelo de valorização da jurisprudência.

Essa influência em muito se deve ao momento de globalização em que vivemos, o que permite uma verdadeira circulação de ideias, propostas e soluções e uma forte comunicação entre essas duas famílias jurídicas aparentemente tão distintas.



Diante disso, o fato de o Brasil ter por tradição o modelo romano-germânico não pode servir de fundamento para negar-se a possibilidade de adoção pelo ordenamento jurídico pátrio de instrumentos que tenham por fim a unificação e a estabilização da jurisprudência, dando aos precedentes judiciais, tão caros à *common law*, um papel de destaque na solução dos conflitos levados ao Judiciário.

Diante desse cenário, o Direito Processual brasileiro prevê hoje uma série de institutos que têm por fim dar maior efetividade à jurisprudência, tornando-a verdadeira fonte do Direito, não obstante o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>1</sup> preveja como fonte primária a lei e como fontes secundárias a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Sabe-se, porém, que a lei, nem sempre traz a solução a ser aplicada aos casos concretos, ao menos por uma mera subsunção da norma ao caso concreto, razão pela qual cabe aos magistrados a interpretação da norma quando de sua aplicação ao caso concreto. Por meio dessa interpretação realizada no âmbito de determinada demanda e realizada de forma igual em outras, surge uma determinada orientação ou jurisprudência.

Nos países que adotam o sistema da *common law*, a jurisprudência apresenta-se como fonte primária do Direito, adotando-se para a solução de determinado conflito o precedente criado em caso anterior e análogo.

Uma das grandes discussões que se trava com relação à construção de um modelo processual que considere a jurisprudência como fonte no cenário jurídico pátrio diz respeito à forma como esse modelo se encaixaria no sistema brasileiro, que tem como fonte principal a lei, sendo certo que o aplicador do Direito deve ter como parâmetro a norma e não a orientação ou jurisprudência dos tribunais.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 5 abr. 2015.



Tal discussão parece cair por terra ao verificar-se que, ainda que se adote como paradigma a jurisprudência, esta foi formada pela aplicação da lei a determinado caso concreto, tendo se formado um entendimento acerca da questão por meio da interpretação aplicada pelos julgadores, considerando determinada norma.

Assim, não há que se falar em substituição da lei pela jurisprudência no cenário jurídico pátrio, tendo em vista que a lei ainda é fonte primária, considerando-se que o precedente é formado pela aplicação da lei a determinado caso concreto. O que muda é que, ao invés de, num caso idêntico, o julgador realizar novamente o procedimento interpretativo da lei, este aplicará a orientação já consolidada pelo tribunal competente.

Outra questão relevante a ser observada é que, na criação do precedente, o tribunal melhor pode se debruçar sobre a questão, além de ser a decisão formada por um colegiado, o que geraria uma decisão muito mais técnica e elaborada, notoriamente se considerarmos que os magistrados singulares em primeira instância possuem um enorme volume de processos e pouco tempo para se debruçar sobre a demanda.

Além disso, em um sistema que privilegia a jurisprudência não se encontrarão decisões distintas para casos idênticos, como se verifica no atual momento processual brasileiro, em que é possível encontrar-se soluções muitas vezes diametralmente diversas, a depender do juízo para o qual é distribuído o processo, e até mesmo dentro dos tribunais, inclusive dos superiores, que deveriam servir de intérprete maior da Constituição da República e da legislação infraconstitucional.

Diante disso, foram criados alguns institutos no ordenamento jurídico pátrio, tendo por finalidade precípua a busca pela uniformização da jurisprudência, de forma a por fim à enorme discrepância de orientações encontradas nos diversos tribunais do país.

Entre esses institutos pode-se destacar a criação de enunciados e súmulas pelos tribunais, em especial a criação de súmulas vinculantes pelo STF, o incidente de



uniformização de jurisprudência, a assunção de competência e a novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15<sup>2</sup>: o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Sobre a questão, ainda é importante destacar que o Novo Código de Processo Civil é expresso no que diz respeito à necessidade de uniformização e estabilização da jurisprudência pelos tribunais, conforme a redação dos art. 926 e 927 do referido diploma legal<sup>3</sup>. Nesse sentido, importante destacar a redação dos referidos artigos:

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.

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;

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.

Há que se destacar que o art. 926, acima transcrito, ainda incluiu as expressões “íntegra e coerente”. Nos dizeres do Professor Lenio Luiz Streck:

“Assim, haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. (...) Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas [...]”<sup>4</sup>

<sup>2</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?*.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 28 nov. 2015.



Apesar de não poder-se falar em uma *commonlização* do sistema processual brasileiro, expressão utilizada por doutrinadores como o já mencionado Professor Lenio Luiz Streck<sup>5</sup>, ou que “nosso sistema caminha a passos largos para o *common law*”, como afirmado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki<sup>6</sup>, é inquestionável que a tendência à uniformização e estabilização da jurisprudência já é uma realidade no Direito brasileiro e não se pode fechar os olhos para isso.

No entanto, deve-se ter cautela na adoção dos instrumentos de uniformização e estabilização e buscar-se a melhor forma de compatibilizá-los à realidade processual pátria, bem como dar-lhes a devida efetividade.

## 2. O MODELO PROPOSTO E AS SOLUÇÕES POR ELE ALMEJADAS

A adoção de mecanismos de uniformização e estabilização da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro tem por finalidade a solução de alguns problemas hodiernamente enfrentado pelos Tribunais.

Primeiramente, um modelo puramente *civil law*, entendido como aquele que, para a solução de conflitos, o magistrado deve debruçar-se sobre a lei, fazendo um trabalho de interpretação e aplicação da lei posta, caso a caso, pode levar a algumas incongruências.

Por meio de uma análise ainda que superficial, verifica-se de pronto que esse sistema acaba por gerar um cenário de decisões muitas vezes diferentes para situações análogas ou mesmo idênticas, o que obviamente acaba por gerar desigualdade indesejada, ferindo o basilar princípio da isonomia, que determina igual tratamento para situações iguais.

---

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

<sup>6</sup> CANÁRIO, Pedro. *"Caminhamos a passos largos para o common law", afirma Teori Zavascki*. <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>. Acesso em: 28 nov. 2015.



Isso porque, cada magistrado, em seu exercício interpretativo, pode chegar a uma solução diferente, ainda que as situações postas a julgamento sejam idênticas.

Deveras, é muito comum ver-se casos em que duas pessoas ajuízam demandas exatamente iguais e ao final são proferidas sentenças completamente diferentes uma da outra, a depender do juízo que julgou cada uma, sendo esta uma das situações que encontra mais críticas no Poder Judiciário.

A adoção de mecanismos de unificação e estabilização de jurisprudência traz solução para estes casos, na medida em que o julgador deverá ter como parâmetro a jurisprudência do tribunal a que está vinculado quando do julgamento de demanda igual àquela anteriormente discutida e pacificada pelo tribunal.

E é justamente essa a principal proposta desses mecanismos. A criação de um modelo de valorização da jurisprudência, vinculando o magistrado a adotar a solução dada em casos “paradigmas”, colocará por terra a possibilidade de duas demandas de idêntico conteúdo culminarem em decisões diferentes, violando o tratamento isonômico que deve ser assegurado aos jurisdicionados.

Como consequência direta disso, tem-se que é criado um cenário de maior segurança jurídica, o que é fortemente desejado num Estado Democrático de Direito, tendo em vista que, ao ingressar com uma demanda, o jurisdicionado já terá uma indicação de suas chances de êxito.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, o Estado brasileiro tem o dever de tutelar a segurança jurídica, devendo realizar suas funções de modo a prestigiá-la e estando proibido de praticar atos que a reneguem. Isso porque o cidadão necessita ter segurança de que o Estado e terceiros se comportarão de acordo com o direito, bem como a segurança jurídica importa para que o cidadão possa definir seu próprio comportamento e ações<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010.



Nesse contexto de mudanças, importante trazer à baila a redação dos art. 976 e 985 do Novo Código de Processo Civil<sup>8</sup>:

#### CAPÍTULO VIII

#### DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

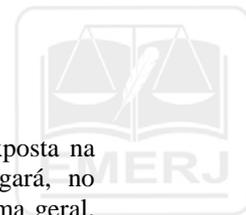
Importante observar que o referido dispositivo, que traz a novidade do denominado “incidente de resolução de demandas repetitivas”, deixa clara as premissas que orientam esse modelo de unificação e estabilização da jurisprudência, quais sejam: que a questão de direito discutida tenha o mesmo conteúdo e que haja risco de ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Há que se esclarecer que a identidade entre as demandas deve ser aferida tendo por referência a questão de direito envolvida e não questões de fato. Obviamente, as questões de fato discutidas no âmbito de cada processo são quase sempre completamente variáveis, não podendo um processo servir de parâmetro para outro no que concerne aos elementos fáticos da demanda.

Assim, o que vinculará o magistrado quando da decisão de uma demanda será a tese jurídica formada na apreciação das questões de direito, a denominada *ratio decidendi*. Nas palavras do Professor Fredie Didier Jr<sup>9</sup>:

---

<sup>8</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.



Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*. Ela deve ser exposta na fundamentação do julgado, porque é com base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo. Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque, tal como ocorre com os princípios gerais a que se chega por raciocínio indutivo, a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelham àquela em que foi originariamente construída (...) Eis aí a essência do *precedente*: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes.

Dessa forma, havendo identidade de direito entre as demandas, deverá ser adotada a tese criada pelo tribunal acerca da questão controvertida, quando do julgamento de demandas anteriores, se tornando tal tese a jurisprudência daquele tribunal.

Importante destacar que o tribunal a qualquer tempo poderá rever sua jurisprudência, por meio de técnicas como as denominadas *overruling*, quando a jurisprudência não mais se adequar à realidade dos fatos ou for considerada errada desde sua criação e *overriding*, quando o tribunal limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal<sup>10</sup>. Tais técnicas acabam por impedir a petrificação do direito, arejando o sistema e o mantendo atualizado, permitindo a flexibilidade do ordenamento jurídico próprio da *common law*, indispensável à evolução e ao progresso do direito<sup>11</sup>.

Outra questão para a qual não se pode fechar os olhos é a ausência de efetividade e celeridade do processo judicial, que é alvo das maiores críticas sofridas pelo Poder Judiciário.

Não é difícil constatar a existência de processos que duram anos, muitas vezes processos que não apresentam sequer complexidade que demande longa instrução processual.

Evidentemente, criando-se uma jurisprudência forte e estável, que deverá ser seguida pelos magistrados de cada tribunal, não haverá espaço para discussão de questões irrelevantes

---

<sup>9</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 8. ed. Bahia: Jus Podivum, 2013, p. 428.

<sup>10</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 172, p.180, Jun. 2009.

<sup>11</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 141.



para a solução da demanda, bem como para discussão de matéria já pacificada pelo tribunal, tendo em vista que o juiz ficará vinculado à jurisprudência consolidada.

Ademais, adotando-se mecanismos como o incidente de resolução de demandas repetitivas, acima mencionado, o processo poderá ser resolvido logo em seu início, caso não haja a necessidade de uma instrução probatória, ou seja, quando a questão controvertida disser respeito a questões somente de direito.

Desse modo, é certo que o modelo que vem sendo criado, apesar de obviamente não trazer todas as soluções necessárias para a criação de um sistema processual ideal, traz modificações de grande relevância ao sistema ora posto, criando mecanismos que vêm em socorro das necessidades ora enfrentadas pelo Poder Judiciário.

### **3. A ADOÇÃO DE UM MODELO DE UNIFORMIZAÇÃO E ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EM FACE DOS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

O modelo em questão no presente artigo traz a baila algumas discussões quando confrontado com alguns dos princípios que regem o sistema processual brasileiro, como o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o princípio do acesso ao judiciário, o princípio do contraditório e o princípio da separação de Poderes.

Diante disso, é fundamental que se faça, ainda que de maneira sucinta, o confronto entre o modelo de uniformização e estabilização da jurisprudência e os princípios processuais adotados no sistema processual pátrio.

Ao tratar do tema, salta aos olhos que o princípio do livre convencimento motivado do juiz é o que parece ser mais afetado, haja vista que, em uma primeira análise, a decisão do



colegiado, que formou a jurisprudência do tribunal, paradigma, afastará a análise do magistrado de primeiro grau sobre o caso, quando este for idêntico ao já decidido.

Ocorre que tal pensamento mostra-se superficial e demanda um olhar mais aprofundado da questão.

Conforme já exposto, o que vincula o magistrado quando diante de uma questão idêntica a já decidida e pacificada pelo tribunal é a tese jurídica que serviu de fundamento para a solução da lide, ou seja, a *ratio decidendi*, excluindo-se daí qualquer matéria de fato em discussão.

Assim, não se excluem da apreciação do juiz as matérias fáticas postas em discussão, que poderão, inclusive, diferenciar um caso do outro.

Dessa forma, não há que se falar em violação ao princípio do livre convencimento motivado do magistrado, expressamente previsto no art. 131 do CPC/73<sup>12</sup>.

Há que se atentar para o fato de que o modelo tem como uma de suas finalidades justamente evitar que, em nome do livre convencimento, os magistrados acabem por julgar determinada demanda exclusivamente de acordo com sua consciência, gerando insegurança jurídica para os jurisdicionados e, por vezes, violando a isonomia.

É evidente que a jurisprudência que servirá de modelo para o magistrado de primeiro grau foi amplamente discutida pelo colegiado do tribunal e, portanto, possui um maior grau de segurança e maturidade, pois não é fruto de uma única percepção sobre o caso posto, mas sim de uma debate, que obviamente abarca diferentes posições, e culmina em determinada orientação.

Dessa forma, a adoção do sistema de uniformização de jurisprudência não só não viola o princípio do livre convencimento motivado do juiz, como garante uma maior

---

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.



segurança jurídica na solução das demandas levadas ao judiciário. Nas palavras de Luiz Henrique Volpe Camargo:

O respeito aos precedentes não fere a autonomia funcional do juiz. A garantia da independência funcional do juiz existe para assegurar a liberdade de julgar, livre de pressões políticas e do medo de represálias (subsídio reduzido, transferência para a inatividade, etc.). Existe para que o juiz possa decidir a favor de quem realmente tem direito, é uma garantia do juiz em benefício do jurisdicionado e não do próprio magistrado em si<sup>13</sup>

Outro ponto relevante a ser considerado diz respeito a uma possível violação ao princípio do acesso a justiça, constitucionalmente garantido no art. 5º, XXXV da Constituição da República<sup>14</sup>.

O magistrado de primeiro grau estaria vinculado a uma determinada orientação do tribunal e o jurisdicionado, já de antemão, saberia o resultado de uma eventual empreitada judicial, que, caso lhe fosse desfavorável, tolheria seu ânimo de ajuizar a demanda. Ademais, afirma-se que cada demanda é única, não havendo uma demanda igual a outra. Nos dizeres de Alexandre Gustavo Melo Franco<sup>15</sup>:

Cada caso (não, necessariamente, cada processo) é único e irrepetível; logo, não há respostas tão perfeitas e definitivas que possam, resolvendo um caso, determinar a solução de todos os outros (atuais ou futuros), a interpretação é (sempre) construtiva: ao mesmo tempo em que fornece uma resposta para um caso, isso apenas é possível dada a complexidade do evento posto à decisão, que o torna único; se ele é único, a respectiva decisão não pode ser a criação de um standard que determine, a priori a solução de qualquer outro caso, ainda que “semelhante” – ainda que, justamente porque pretende ser a solução correta para o caso possa, de alguma forma, ao servir à construção do Direito, auxiliar na solução de casos futuros.

Tal entendimento, no entanto, parece superficial, haja vista que, conforme já exposto, a jurisprudência traz teses jurídicas que devem ser observadas pelo magistrado, porém não impede a análise de questões fáticas.

<sup>13</sup> CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.559.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>15</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 218.

Assim, o interessado poderá ajuizar a demanda demonstrando as peculiaridades de seu caso, de forma a afastar a aplicação daquela jurisprudência que lhe é desfavorável, não restando de qualquer forma violado seu direito de acesso ao Judiciário.

Aplicar-se-ia, em tal caso, a técnica denominada *distinguishing*, utilizada quando há distinção entre o caso concreto em julgamento e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente<sup>16</sup>.

Nessa mesma linha de argumentação, poderia também se afirmar que a adoção de mecanismos de uniformização de jurisprudência violam os princípios do contraditório e da ampla defesa, também constitucionalmente assegurados no artigo 5º, LV da Constituição<sup>17</sup>, tendo em vista que o magistrado já estará vinculado a uma determinada solução para a demanda.

Todavia, nesse caso, há que se reiterar o já dito acima. A parte poderá demonstrar que seu caso se diferencia daquele objeto da jurisprudência que deverá vincular o magistrado, além de poder ser discutida qualquer questão referente a fatos, sendo certo que não se está violando seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Além disso, não se pode deixar de tratar da questão referente ao princípio da separação de Poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição da República<sup>18</sup>.

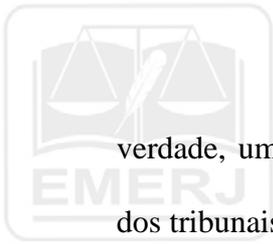
Nesse sentido, os mecanismos de uniformização de jurisprudência, por vincularem os magistrados dentro de cada tribunal, acabam por fazer com que o Judiciário faça às vezes do legislador, substituindo-se ao Poder Legislativo.

Tal argumentação, porém, há que ser rechaçada, pois a jurisprudência jamais substituirá a lei *lato sensu*, ao contrário, a jurisprudência deve ter por suporte a lei, sendo, na

<sup>16</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. II. 6. ed., JusPodium, 2011. p. 402-403.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., nota 7.

<sup>18</sup> *ibid.*



verdade, uma interpretação desta, alcançada por meio de debates dos colegiados no âmbito dos tribunais.

Nesse contexto, vale destacar que, ao tratar da denominada súmula vinculante, que também se trata de mecanismo de uniformização de jurisprudência, a CRFB prevê em seu artigo 103-A, § 1º<sup>19</sup>, que esta "terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas", sendo, portanto, defeso ao STF editar súmula sem suporte legal.

Por isso, como já afirmado acima, a adoção desses mecanismos de uniformização de jurisprudência não transforma o sistema jurídico brasileiro em um sistema *common law*, pois o Judiciário continua subordinado, e não poderia ser diferente, as normas emanadas do Poder Legislativo. Assim, não há que se falar em qualquer mácula ao princípio da separação de Poderes.

Diante do ora colocado, não há como se afastar da conclusão de que os mecanismos tratados no presente artigo não trazem qualquer violação aos princípios que orientam o sistema processual pátrio e obviamente devem se amoldar à estrutura jurídica brasileira.

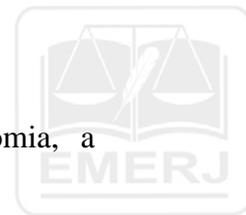
## CONCLUSÃO

Conclui-se que o direito brasileiro, sem perder suas raízes *civil law*, vem, cada vez mais, sofrendo influências da *common law*, sendo certo que a adoção de mecanismos de valorização e uniformização da jurisprudência é um forte indício dessa influência.

A construção de um modelo de valorização e uniformização de jurisprudência, notoriamente no cenário jurídico pátrio, tem como objetivo a resolução de problemas crônicos como a insegurança jurídica, gerada principalmente pela existência de soluções

---

<sup>19</sup> *ibid.*



completamente diferentes diante de demandas idênticas, a ausência de isonomia, a ineficiência e a morosidade do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o modelo tratado no presente trabalho se propõe a garantir segurança jurídica, isonomia, efetividade e celeridade quando da resolução dos conflitos levados ao Judiciário.

Como abordado, a adoção de mecanismos de uniformização e valorização de jurisprudência, não obstante entendimentos contrários, não violam princípios processuais como o livre convencimento motivado do juiz, o acesso ao judiciário, o contraditório e a separação de Poderes.

Dessa forma, vê-se que a construção de um modelo como o tratado no presente artigo apresenta um importante avanço para a solução de problemas arraigados no sistema processual brasileiro, sendo certo que a criação de tal modelo parece o caminho pretendido pelo Legislativo pátrio, haja vista a previsão expressa trazida no Novo Código de Processo Civil.

Diante disso, verifica-se que o referido modelo já é uma realidade no cenário jurídico brasileiro e aparentemente veio para ficar, cabendo ao Judiciário implementar os mecanismos trazidos pela lei processual, adequando-os à realidade jurídica brasileira.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 26 out. de 2015.



Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

CANÁRIO, Pedro. "Caminhamos a passos largos para o common law", afirma Teori Zavascki. <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>. Acesso em 28 nov. 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil*. v.2. 8. ed. Bahia: JusPodvum, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 6. ed. Bahia: JusPodium, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 172. p.180. Junho. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

## ABANDONO AFETIVO E O AFETO COMO DIREITO A SER TUTELADO.

Sinara Ayd Pereira José.

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Bacharel em direito. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O Direito da Família é dinâmico, e como tal se amolda a realidade que se apresenta no contexto social. Atualmente a questão que vem sendo discutida é sobre a possibilidade de se impor indenização em razão do abandono afetivo, uma vez que o afeto é algo que não se obriga. Ocorre que mesmo se tratando de âmbito privado, onde o Estado se abstém privilegiando a vontade dos particulares, quando se trata de pessoas em formação deve ser a eles garantido a eficácia dos seus direitos. Por essa razão se observa que a questão do afeto vai além do sentimento que uma pessoa possui em relação a outra. É, pois, um direito-dever emanado do cuidado e atenção que essas relações exigem.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Abandono Afetivo. Dever De Cuidar. Princípio da Paternidade Responsável. Responsabilidade Civil Dos Pais.

**Sumário:** Introdução. 1. Afeto como bem jurídico tutelável. 2. Dos novos contornos da paternidade responsável. 3. Abandono afetivo à luz das obrigações relativas ao equilíbrio emocional e psicológico do indivíduo. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por finalidade refletir sobre os novos contornos do Direito de Família na perspectiva de que o afeto se tornou um direito-dever decorrente do vínculo familiar. Sendo, pois, um dever jurídico a ser tutelado. Nestes novos tempos, o afeto não é apenas um sentimento entre familiares. E nesse sentido, o Direito de família não mais se baseia na ideia de que do Poder Familiar emergem deveres para com a prole apenas no aspecto material, mas também há deveres afetivos que integram o dever de cuidado, uma vez que os novos modelos de família que hoje em dia são apresentados à sociedade se baseiam muito mais nos laços de afeto e amor do que nos laços puramente sanguíneos.



Atualmente, diante das necessidades profissionais, econômicas ou sociais os pais estão mais distantes da família, e, por essa razão, chegam a não observar o desenvolvimento da prole. Portanto, neste contexto, discute-se a possibilidade de haver abandono afetivo, bem como nas implicações jurídicas que esse ato possa trazer, uma vez que a falta deste direito-dever pode ser entendido como ato ilícito, do qual os pais poderão ser responsabilizados por danos irreparáveis ocasionados aos filhos.

Para tanto, serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que, recentemente, vem sendo discutida a questão da possibilidade de responsabilização civil dos pais com relação à prática do abandono afetivo, tendo como base norteadora o afeto como forma de dever de cuidado para com a prole.

Para melhor compreensão do tema, busca-se analisar o afeto como direito da prole e dever dos pais, tornando-se valor jurídico a ser tutelado. E diante desta circunstancia, há a possibilidade de em razão do descumprimento de um dever legal, qual seja, o afeto, possa essa conduta dar ensejo a danos irreparáveis aos indivíduos, chegando a se cogitar em dano moral.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando que na atualidade o afeto tornou-se bem jurídico a ser tutelado, tornando-se valor jurídico.

No segundo capítulo, é realizada a análise do princípio da paternidade responsável, no novo contexto do direito das famílias, visto que as relações se dão como base primordial no afeto e não mais no amparo material.

O terceiro capítulo da pesquisa são apresentadas as bases legais para que se possa responsabilizar os pais em decorrência do abandono afetivo, uma vez que pode-se considerar o afeto como um direito tutelado em sede constitucional, pois surge do dever de cuidado para com a prole.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

## AFETO COMO BEM JURÍDICO TUTELÁVEL.

No início dos tempos vigorava o entendimento que o Poder Familiar se manifestava como sendo um direito que o pai detinha sobre a vida e morte dos filhos. Essa visão decorre do direito romano em que se denominava como *pátria potestas*, onde esse direito apenas era devido ao chefe familiar (*pater familias*).

Discorrendo sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira<sup>1</sup> explica que:

No Direito Romano, os textos são o testemunho da severidade dos costumes, atribuindo ao pater familias a autoridade suprema no grupo, concedendo-lhe um direito de vida e morte sobre o filho (*ius vitae ac necis*). Nem a evolução dos costumes, nem o direito da Cidade pôde abrandar o rigor deste poder soberano. A partir da República, houve ligeiro decréscimo. Mas, somente a partir do século II, é que se vislumbrou substituir na potestas a atrocidade pela piedade: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.

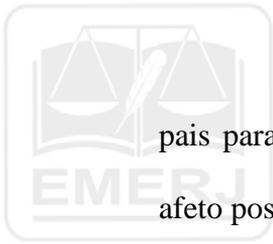
Com a influencia do Cristianismo, essa concepção transformou o poder familiar em um instituto de caráter protetivo. A mudança com relação à prole se deu pelo fato de que antes a relação existente entre pais e filhos se baseava apenas na autoridade exercida pelos primeiros em relação aos segundos, e, hoje possui como norte a compreensão e o amor. Nesse sentido, o poder familiar passou a ser exercido no interesse da prole, pondo fim a visão eminentemente patriarcal do direito romano.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança<sup>2</sup> (ONU/ 1989), ratificada pelo Brasil por meio do Dec. nº 99.710/1990, trouxe inovação ao identificar a família como “núcleo fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem estar de todos os seus membros e, em particular, as crianças”. A partir deste momento, a criança e adolescente passaram a ter proteção integral, tornando-se destinatários de direitos. Essa nova estrutura familiar fez surgir responsabilidades dos

---

<sup>1</sup> SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*, V. 5. 21 ed. rev. r atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 459.

<sup>2</sup> BRASIL. Decreto nº 99.710/1990. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em 20 de novembro de 2015.



pais para com os filhos no que concerne ao seu desenvolvimento saudável e assim o afeto possui papel fundamental.

Para Rudolf Von Ihering<sup>3</sup> a família possui fundamento ético no amor, onde há uma atmosfera de respeito e afeição com os filhos em que se constituía um ambiente de proteção. Assim, percebe-se que o poder familiar evoluiu de tal modo que as relações dos pais para com os filhos se tornaram dúplices. Há, pois, direito-dever inerente, em que se apresenta como dever dos pais: criar e educar a prole. Sendo que o afeto, nesse contexto, se tornou elemento fundamental a essa relação.

O artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>4</sup> disciplina que:

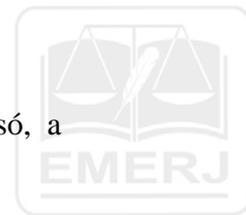
Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Traz esse dispositivo constitucional o dever de cuidado que os pais devem exercer sobre a prole e com base nesse direito inclui-se o afeto como um direito constitucionalmente tutelado.

O STJ se posicionou sobre esse tema, ocasião em que a relatora do, Ministra Nancy Andrighi afirmou ser “indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do

<sup>3</sup> IHERING apud SILVA, Caio Mário Pereira. *Instituições de Direito Civil*, 21 ed. rev. e atual. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 479.

<sup>4</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05. Abril. 2015.



filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais - biológicos ou não”.<sup>5</sup>

Nesse sentido, percebe-se que com a evolução da família, bem como o do poder familiar, o afeto começou a estar presente no mundo jurídico principalmente quando a família não se constitui da união entre homem e mulher. Nos dias atuais, existe a possibilidade de famílias em que há mães solteiras, filhos de relações homoafetivas, filhos adotivos e etc.

Diante da hodierna realidade se impõe também uma nova concepção de família que se constitui com base no afeto, não mais com base sanguínea. Uma vez que devem ser considerados pai e mãe no momento em que a criança assim os reconhecer.

Portanto, nesse contexto, faz-se mister a tutela do afeto que, em muitos casos, é o alicerce fundamental. O afeto une vidas, pode-se assim dizer. Une o casal que constitui a família e da qual geram os filhos. Une uma pessoa que sozinha constitui a família monoparental em que o afeto é a base primordial. O afeto também une o casal homossexual que deseja se tornar completo com a presença de um filho o qual apenas o afeto irá uni-los. Assim, nesses casos, a filiação sociativa se sobrepõe a filiação biológica.

Maria Berenice Dias, em seu artigo “Paternidade Homoparental”<sup>6</sup>, cita o autor Sergio Resende de Barros em “A ideologia do Afeto”<sup>7</sup>, e, entende que “o afeto é que conjuga”, pois esse sentimento une muito mais que corpos, une almas e dessa junção há

---

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.159.242/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 05. abril. 2015.

<sup>6</sup>DIAS, Maria Berenice. *Paternidade Homoparental*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5\\_-\\_paternidade\\_homoparental.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_paternidade_homoparental.pdf)>. p. 2>. Acesso em: 04. abril. 2015.

<sup>7</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, V. 14, p. 9.



constituição de responsabilidades e compromissos mútuos, do qual a proteção jurídica se impõe.

Segundo Maria Berenice Dias “os vínculos de filiação não podem ser buscados nem na verdade jurídica nem na realidade biológica. A definição da paternidade está condicionada à identificação da posse do estado de filho, reconhecida como a relação afetiva, íntima e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar: cria, ama, educa e protege.”<sup>8</sup>

O afeto, portanto, passou a ter valor jurídico. Tal fato decorreu da nova visão do direito das famílias, em que no contexto atual novos tipos de famílias se constituem. Através desta mudança de paradigma o poder familiar se amoldou, e diante dessa nova concepção se extrai o dever de cuidar que encontra amparo Constitucional, e, nesse sentido o afeto por estar atrelado a esse direito-dever.

## **2. DOS NOVOS CONTORNOS DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL.**

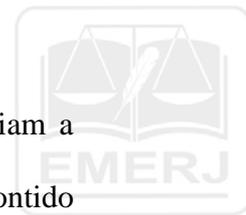
A Constituição da República Federativa do Brasil ao tratar da Família em seu Capítulo VII traz em seu bojo os princípios da paternidade responsável e o da dignidade da pessoa humana. Estes princípios possuem a sua previsão no parágrafo 7º do artigo 226<sup>9</sup>, o qual fez inserir no âmbito privado valores inculpidos pelo legislador constitucional ordinário.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

---

<sup>8</sup> DIAS, op. cit., p. 3.

<sup>9</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em 20 de julho de 2015.



Tais princípios possuem grande carga normativa, uma vez que esses guiam a interpretação de todo ordenamento jurídico a fim de que o preceito normativo contido no seio da constituição possa se irradiar por todo o sistema jurídico, abrindo espaço à interpretação das normas privadas à luz do direito civil-constitucional. Como diz Maria Berenice Dias<sup>10</sup>:

Os princípios constitucionais - considerados leis das leis - deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. Agora, na expressão de Paulo Lôbo, são conformadores da lei. Tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, não dispondo exclusivamente de força supletiva. Adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados.

O princípio que interessa neste trabalho é o da paternidade responsável, o qual trata da responsabilidade dos pais perante a prole constituída de forma livre, trazendo o fato de que a convivência dos filhos com os pais é um direito-dever, uma vez que a distância entre a prole e seu genitor pode ocasionar sequelas irreparáveis na vida da pessoa em desenvolvimento, a fim de que essa possa crescer de forma sadia. É importante ressaltar que o princípio da paternidade responsável conjugada com planejamento familiar visa à formação de famílias aptas a sustentar sua prole.

Deve-se, no entanto, buscar apoio nos preceitos trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual preconiza a doutrina da proteção integral e do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, visando à constituição da pessoa de forma plena, propiciando ambiente saudável, a fim de que possam ser no futuro pessoas seguras, equilibradas e capazes de realizar a condução da sua própria história, conforme leciona Maria Berenice Dias<sup>11</sup>:

O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 39.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 50.



É de se notar que no âmbito familiar, em que se aplicam normas de direito privado, o papel do Estado se dá de forma restrita, diante do respeito à privacidade.

Explicando sobre esse tema Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves asseveram que “a vida privada é o refúgio impenetrável da pessoa, protegido em face da coletividade e merecendo especial proteção”<sup>12</sup>. Cabe ressaltar que, a atuação estatal nesse contexto se dá de forma mínima, incumbindo, no entanto, o dever de proteger a família, a fim de que ela se constitua e desenvolva livremente. Contudo, por se tratar de relações de direito privado, essas devem ser respeitadas a fim de que prevaleça a autonomia da vontade. Ocorre que, por se tratar de pessoas em desenvolvimento, a proteção estatal se faz necessária a fim de dar a máxima efetividade às normas protetivas, garantindo o direito à filiação, visto que o mais importante na relação materna e paterna é a criação de vínculos sólidos e permanentes, os quais devem ser protegidos de forma eficaz.

Nesse sentido, Caio Mário<sup>13</sup> citando Sumaya Saady, explica o novo perfil da família perante a Constituição de 1988:

O novo perfil da família no ordenamento constitucional brasileiro afasta a ideia de um organismo autônomo e independente, mas, também, não apresenta a família passiva e dependente, exclusivamente, do protecionismo estatal. Sua função instrumental implica o reconhecimento de responsabilidades dos seus membros de tal forma que o sistema constitucional de proteção à família não pode ser compreendido no âmbito isolado dos deveres de proteção do Estado.

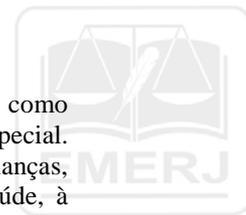
Percebe-se que essa ingerência mínima do Estado no âmbito familiar é quebrada a fim de proteger e assegurar aos sujeitos integrantes que tenham seus direitos violados, como por exemplo, as crianças e adolescentes, diante da vulnerabilidade destes, devendo ter a tutela dos seus direitos assegurados pelo Estado. Neste sentido assevera Maria Berenice Dias<sup>14</sup>:

---

<sup>12</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 6. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas. 2015, p. 25.

<sup>13</sup> SILVA, Caio Mário Pereira da apud PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Instituições de Direito Civil*. V. 5. 21. ed. rev e atual Rio de Janeiro: Forense. 2013, p. 55.

<sup>14</sup> DIAS. op. cit., p. 50.



A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração constitucional do princípio que assegura a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, 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. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão ( CF 22 7 ).

Assim, o Código Civil<sup>15</sup> no seu artigo 1.513 e o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>16</sup> no seu artigo 100, § único, inciso VII trazem a ideia da ingerência mínima do estado no que tocam as relações privadas/familiares, a seguir:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

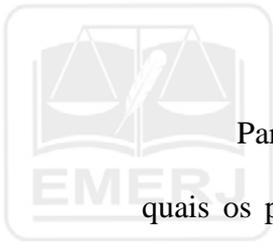
VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente.

Diante do que já foi exposto, tem-se a conclusão de que mesmo em se tratando de relação privada, o Estado em determinadas situações pode adentrar a esse campo visto que a proteção que exerce nessa área é mínima, ou seja, mesmo diante dessa restrição ainda há o poder de atuar diante de situações extremas.

No que diz respeito ao princípio da paternidade responsável, este conduz a um dever parental, que, embora seja inerente a maternidade e paternidade, muitas vezes não é respeitado. Tal princípio visa tutelar algo que deveria ser natural nas relações entre pais e filhos, como o dever de cuidar, de dar amparo não só material, mas também psicológico e social, conduzindo a formação de pessoas saudáveis e seguras. Nesse sentido, o dever de cuidado como um direito da prole, pode-se pensar na sua tutela, podendo ser perseguido quando houver o seu descumprimento.

<sup>15</sup> BRASIL, Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 25 de julho de 2015.

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 25 de julho de 2015.



Para que haja a aplicação desse princípio, deve-se observar se os rumos pelos quais os pais estão conduzindo seus filhos não estão vilipendiando os direitos a que esses fazem jus. Portanto, nesse contexto, o Estado poderá atuar a fim de garantir os direitos e em especial a dignidade daqueles que estão inseridos no âmbito familiar. Conforme leciona Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves<sup>17</sup> a seguir:

Nas relações de família, a regra geral é a autonomia privada, com a liberdade de atuação do titular. A intervenção estatal somente será justificável quando for necessário para garantir os direitos (em especial, os direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional) de cada titular, que estejam periclitando.

Diante desse cenário de abandono configurado pela ausência paterna ou materna, abalos psicológicos poderão ser sentidos, principalmente quando a presença de um dos genitores não é suprida pela presença do outro e nem por outra pessoa existente no seio familiar, por se tratar de figura indispensável na vida dos filhos. Sabe-se que o abandono material poderá ser suprido por várias formas, mas o afetivo produzirá marcas profundas que nem o tempo curará. Com a prática de tal comportamento, os pais são chamados em sua responsabilidade para com aqueles que deram a vida. E, assim, o Estado atuará de forma atenta e cuidadosa, por se tratar de pessoas em situação especial, cuja figura materna ou paterna estava ausente no momento da formação de sua personalidade, quando necessitavam de atenção dobrada.

No contexto atual, muito diferente dos tempos passados em que o pai saía de casa para prover o sustento da família, e, por essa razão estava aparentemente “ausente”, restando apenas a figura materna para conduzir o crescimento da prole. Hoje se busca uma responsabilidade conjunta, em que pai e mãe possuem as mesmas obrigações, a fim de que o direito a Convivência Familiar e Comunitária preconizado pela Constituição seja efetivamente cumprido. E assim, os deveres parentais, principalmente o dever de

---

<sup>17</sup> ROSENVALD. op. cit., p. 125.



cuidado de onde emerge o princípio da afetividade deve ser obrigatoriamente respeitado.

Percebe-se, com base nessas premissas, que o princípio da paternidade hoje em dia se encontra amparado, em um direito-dever, cuja violação faz nascer o direito de requerê-lo ao Estado-Juiz. Assim, diante do caso em concreto, haverá a possibilidade de impor o cumprimento desse dever àqueles que deveriam ter observado esta norma moral existente no âmbito familiar. Diante desse cenário, o Poder Judiciário irá atuar, quando provocado, a fim de que as garantias dadas a prole sejam efetivamente cumpridas.

### **3. ABANDONO AFETIVO À LUZ DAS OBRIGAÇÕES RELATIVAS AO EQUILÍBRIO EMOCIONAL E PSICOLÓGICO DO INDIVÍDUO.**

O afeto é o elemento que une, agrega, sem a presença dele não há vontade nem sentido de se manter uma união, uma amizade, muito menos uma família. No que concerne as relações familiares, desde os primórdios, o laço que une pais e filhos é eterno, e por assim ser, a sua proteção deve ser efetivada pelo Estado, conforme assevera Maria Berenice Dias<sup>18</sup>:

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso ele assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil traz, como direito fundamental da criança e adolescente, a Convivência Familiar e Comunitária em seu artigo 227, o qual foi efetivado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo 19, em que se impõe a criação e o crescimento da criança no seio da sua família, sendo

---

<sup>18</sup> DIAS. op. cit. p. 52.



excepcional a colocação em família substituta. O que demonstra a intensão do legislador em tutelar e proteger os laços familiares em sua origem.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Em tempos passados as relações familiares se baseavam na força, na coerção moral exercida pela figura do pai, por ser quem comandava materialmente a família. Modernamente, muito mais que dar amparo material, a fim de garantir uma existência digna, é necessário que haja um estreitamento dos laços familiares, e, portanto, o afeto deve se fazer presente na educação e condução da prole.

Percebe-se, nesse contexto do direito à convivência familiar e comunitária a ligação tênue com o direito à busca da felicidade, o qual encontra amparo no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na solidariedade e afetividade existente nas relações familiares.

Neste sentido, preconiza Maria Berenice Dias<sup>19</sup> ao explicar a necessidade de o Estado criar mecanismos de proteção na tutela ao direito à Busca da Felicidade no âmbito do Direito das Famílias:

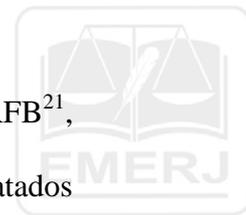
O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos racionais de realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos (políticas públicas) que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo.

Explicando sobre o princípio da afetividade, tratado como uma das grandes conquistas do mundo moderno, por ser um “receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades”, Caio Mário<sup>20</sup> defende a posição de que este princípio

---

<sup>19</sup> DIAS. op. cit. p. 52.

<sup>20</sup> SILVA. op. cit. p. 59.



estaria implícito no texto constitucional, mais precisamente no art. 5<sup>a</sup>, §2<sup>o</sup> da CRFB<sup>21</sup>, em que se abre espaço para adoção de direitos e garantias dispostos em Tratados Internacionais e Leis Infraconstitucionais.

Art. 5<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>. 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.

Percebe-se, portanto, a relevância jurídica que o princípio da afetividade possui, podendo, assim, ser requerido por aquele que se sentir violado no seu direito, visto que este agrega uma carga de responsabilidade aos pais, uma vez que diante da ausência do elemento integrador, qual seja o afeto, pode se ocasionar abalo psicológico a criança ou adolescente em formação.

Caio Mário<sup>22</sup> cita Paulo Lôbo para afirmar que “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue”. Este trecho nos reporta para atualidade, visto que muitas famílias são construídas com base no amor, no afeto, deixando-se de lado a primazia da consanguinidade, como forma de criação e desenvolvimento das famílias.

Assim, Maria Berenice<sup>23</sup> cita o mesmo autor trazendo quatro fundamentos ao princípio da afetividade:

- (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, §6<sup>o</sup>);
- (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227, §§5<sup>o</sup> e 6<sup>o</sup>);
- (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e sua descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226, §4<sup>o</sup>); e
- (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).

<sup>21</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 07 de setembro de 2015.

<sup>22</sup> SILVA, Caio Mário da. apud Lôbo. *Instituições de Direito Civil*. V. 5. 21. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p.60.

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice. apud Lôbo, Paulo. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52-53.



No contexto atual, em que há a busca pela felicidade, nas relações afetivas, na criação da prole, em que a afetividade como princípio se tornou um direito a ser cumprido, muito se discute sobre o fato de haver imposição de prestar afeto a um filho. Esse debate se baseia no fato de que o afeto pode ser visto como apenas um sentimento, mas no contexto jurídico de direitos e obrigações prestadas aos filhos em desenvolvimento, seria muito mais do que “gostar”, pois há um dever moral a ser perseguido.

Percebe-se que o princípio da afetividade como carga normativa nasce com a constituição da família, diante da responsabilidade que existe pela criação e condução das crianças e adolescentes e se extingue pela morte do membro familiar, ou mesmo pela perda do poder família e colocação em família substituta.

A família é, pois, lugar em que se espera ser propício ao desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes. Seria, pois, um ambiente em que nasceriam os direitos de solidariedade, cuidado e confiança recíproca. Portanto, o sentimento de dor e abandono experimentados por aqueles que necessitam de especial atenção devem ser tratados com especial cuidado.

Nessa esteira, muito se questiona sobre a possibilidade da incidência da responsabilidade civil nas relações familiares, e, principalmente no que concerne a aplicação de indenização, diante do comportamento que se espera daquele que possui o dever de cuidar, por violar a confiança inerente no âmbito familiar. Desse dever se extrai o sentido do princípio da afetividade, que possui conteúdo ético/moral a ser observado pelos detentores do poder familiar. Assim lecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>24</sup>:

[...] o afeto traduz a confiança de que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos. Em síntese, é a ética

---

<sup>24</sup> ROSENVALD, op. cit. p. 120.



exigida nos comportamentos humanos, inclusive familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos.

Esse tema na jurisprudência possui oscilação de entendimento, e, ainda hoje não há posição tranquila. Um caso paradigmático ocorreu em Minas Gerais em que um determinado menor, assistido por sua mãe, pleiteou indenização por abandono afetivo, sendo que o Tribunal mineiro se mostrou favorável a imposição de dano moral.

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que essa questão fora levada ao STJ que interpretou de forma diversa no Recurso Especial nº 757.411 – MG<sup>25</sup> (2005/0085464-3), uma vez que, naquele tempo, entendeu-se pela não aplicação da indenização, pois, para tanto, seria necessário à configuração de ato ilícito.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido.

Ocorre que em 2012 o Superior Tribunal de Justiça emitiu uma decisão emblemática no Recurso Especial nº 1.159.242 - SP<sup>26</sup> (2009/0193701-9) em que a Ministra Relatora Nancy Andrichi acolheu a tese da aplicação do abandono afetivo, uma vez que essa surgiu em decorrência de um ato ilícito, qual seja a violação dos deveres parentais, como o dever de cuidado, dever de não abandonar e a solidariedade familiar, que a ele subjaz. Em razão dessa decisão, passou a ser possível a indenização a título de dano moral, hodiernamente.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411 – MG. <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF)>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 - SP. <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF)>. Acesso em 09 de setembro de 2015.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.

A questão, como se percebe vai além de omissão patrimonial, uma vez que aos pais é dada a liberdade para constituir e conduzir a prole da melhor maneira que aprouver, sendo este um direito constitucional fundamental contido no art. 226, §7º da CRFB.

Ocorre que essa liberdade possui limites impostos pelo Estado, pois existem deveres parentais a serem cumpridos de forma obrigatória, principalmente em se tratando de crianças e adolescentes em desenvolvimento. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente ao adotar a doutrina do melhor interesse da criança e da proteção integral visa o crescimento saudável de forma a haver a constituição de pessoas felizes, saudáveis, seguras e equilibradas, sendo que só a família pode propiciar ambiente próprio para tanto.

Portanto, o princípio da afetividade, violado pela falta do dever de cuidado dos pais para com a sua prole faz surgir o ato ilícito capaz de ensejar a aplicação do dano



moral. Apresenta-se, portanto, como uma norma de conteúdo moral e cumprimento obrigatório, visto a vulnerabilidade dos sujeitos de proteção, os quais devem ter seus direitos preservados e resguardados sempre com todo cuidado e atenção que estas pessoas em situação especial exige.

## CONCLUSÃO

O desafio de falar sobre a afetividade como valor jurídico reside na controvérsia existente sobre a aplicação de dano moral em decorrência do chamado “abandono afetivo”. Visto que a complexidade do trabalho se extrai do fato de o Estado ter que adentrar no âmbito privado a fim de que os direitos a ele inerente sejam atendidos. Ocorre que ao dar conteúdo valorativo ao afeto esse passa a ser norma pela qual se impõe o seu cumprimento.

Diante isso, cabe enfatizar que em razão de os pais terem como direito constitucional decorrente do princípio do planejamento familiar, a livre constituição e formação da prole, cabendo a eles conduzi-la de forma livre, traz responsabilidades para com aqueles que demandam de especial cuidado, conforme preconiza o princípio da paternidade responsável.

Assim, a fim de garantir o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes em formação, é necessário que os seus direitos tenham a máxima eficácia, e, quando há o seu descumprimento, mesmo se tratando de relações privadas, a intervenção do Estado-Juiz se fará necessária a fim de apaziguar conflitos.

Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi ao proferir voto no REsp. nº 1.159.242/SP expôs a sua posição de forma paradigmática, no sentido de que se faz necessário a aplicação de indenização neste caso, em razão da violação do dever de cuidar, de melhor conduzir a prole no seu desenvolvimento sociopsicológico. E, assim,



corroborar com entendimento de que é, pois, uma imposição de norma constitucional que irradia pelo Direito Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente e como tal, diante de sua importância deve ser tutelada.

Conclui-se, portanto, que o princípio da afetividade está implícito na Constituição da República Federativa do Brasil, diante dos deveres que nascem do princípio da paternidade responsável. E, diante da importância de cuidar, educar, conduzir os filhos em desenvolvimento, o afeto está presente, visto que as relações se constroem em cima deste pilar. Assim, o princípio da afetividade se mostra como algo que vai além de um simples sentimento entre pessoas. É, pois, valor jurídico a ser perseguido e tutelado diante de sua violação, comprovado no caso concreto.

#### REFERÊNCIAS:

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002. V. 14, p. 9.

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

\_\_\_\_\_. Decreto nº 99.710/1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 25 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411 – MG. [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF). Acesso em 20 de novembro de 2015

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.159.242/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 05. abril. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Paternidade Homoparental*. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5\\_-\\_paternidade\\_homoparental.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_paternidade_homoparental.pdf). p. 2. Acesso em: 04. abril. 2015.



\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 6. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas. 2015.

SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*, V. 5. 21. ed. rev. r atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.



## **A IMPORTÂNCIA DA VISITA ÍNTIMA NOS PRESÍDIOS FEMININOS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO E RESTABELECIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA**

Sonia Hermont Jahara

Graduada pela Faculdade de Direito Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo:** Embora seja garantido às presas o direito à visita íntima na lei de Execuções Penais, esse direito não é plenamente exercido, por vários motivos, de modo que se rompem os laços familiares e afetivos das presidiárias, prejudicando o objetivo maior da execução penal, qual seja, a ressocialização.

**Palavras-Chave:** Direito Processual Penal. Visita íntima. LEP. Direitos fundamentais. Ressocialização.

**Sumário:** Introdução. 1. Visita Íntima. 2. Ressocialização da Presa. 3. Sistema penitenciário. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho versa sobre ao direito das presas de receberem visitas íntimas como forma de garantir a dignidade da pessoa e a ressocialização. A grande relevância deste direito na conjuntura atual do país, em que se luta por maior segurança pública, e na busca pela ressocialização das pessoas encarceradas, exerce fundamental papel para consecução desse objetivo. No Brasil o sistema prisional não atende ao fim previsto na Lei de Execuções Penais eis que não alcança proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Nesta perspectiva, a busca pela ressocialização das presas é fundamental e para tanto manutenção dos laços afetivos com sua família. Nota-se que não há regulamentação a respeito do tema mas tão somente recomendação do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária para que seja assegurado, além da visitação de parentes e amigos, também a visita íntima entendendo-a como direito constitucionalmente assegurado.

Muito embora o direito à visita íntima seja reconhecidamente importante para a ressocialização das presas, o tema pouco atrai a classe política e muito deve ser feito para implementá-lo com efetividade, como por exemplo, no que diz respeito a local apropriado, assegurando a inviolabilidade e privacidade.

O primeiro capítulo tratará da regulamentação existente e do resultado obtido com implementação das visitas íntimas em algumas penitenciárias femininas.

O segundo capítulo trará o tema das visitas íntimas sob o enfoque da realidade degradante dos estabelecimentos prisionais no Brasil que pouco proporcionam a reinserção social. De outro giro, se reconhece que as visitas íntimas seriam um elo de ligação e manutenção dos laços afetivos capazes de resgatar o ser humano e trazê-lo para o mundo fora das grades.

Por fim, o terceiro capítulo qualifica as visitas íntimas como fator que eleva autoestima e o autoconhecimento da pessoa privada de liberdade, além de manter os elos familiares e as relações sócio afetivas, capazes de criar maior expectativa de mudança de comportamento a favorecer a retorno a vida livre de forma plena e perfeitamente reintegrada.

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

## **1. VISITA ÍNTIMA**

O Direito à visita íntima foi instituído em 1987, no Brasil, e já no ano seguinte passou a vigorar nas cadeias masculinas. Todavia, somente após 14 anos, em 2001, as mulheres passaram a ter esse direito, e isto devido à insistência de grupos de defesa femininos.

Tal demora na implementação desse direito deu-se pelo poder de pressão dos presos homens, em número superior ao de presas, mulheres e, além disso, devido à solidariedade

feminina aos maridos, irmãos, filhos ou pais dos presos. Os homens muito pelo contrário, não são solidários e abandonam a mulher presa.

Nem todas as unidades prisionais possibilitam a visita íntima, isso porque nem todas possuem local apropriado para implementação desse direito.

Em alguns países ocidentais, a visita íntima há muito é permitida, em breve histórico, tem-se que o México foi um dos primeiros países a admiti-la. Em 1924 o Governador do Distrito Federal firmou-se acordo permitindo aos reclusos de boa conduta e que comprovassem o casamento civil receber a visita de seus cônjuges. Em 1929, suprimiu-se a exigência de vínculo matrimonial e finalmente, em 1923 estendeu-se a visita íntima aos presos provisórios. Cuba adotou a visita conjugal em 1938 (artigo 51, p.2º, do Código de Defesa Social)<sup>1</sup>. A Argentina começou a permitir a visita íntima de esposas e amantes na prisão de Tucúman em 1931. Em 1932, a prisão de Corrientes passou-se a admitir a visita íntima de prostitutas.<sup>2</sup> Nos Estados Unidos a experiência mais significativa ocorreu no Mississippi (Parchaman)<sup>3</sup>. Contudo, embora com resultados satisfatórios, a maioria das prisões americanas tem restrições a implementação desse direito diante dos valores que predominam na sociedade americana.

No Brasil, os requisitos para a visita íntima nas penitenciárias femininas são os mesmos que nas penitenciárias masculinas, quais sejam, provar o vínculo anterior à detenção ou ter relacionamento estável de no mínimo, seis meses. O casal deve fazer exames laboratoriais de saúde e inscrever-se na lista de habilitados.

---

1 CÁLON apud BITTENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217.

2 HOPPER apud BITTENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217

3 SHORT apud BITTENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217

As vistas íntimas nas penitenciárias evitam, de certo modo, as distorções e perversões sexuais dentro do cárcere. Certo, também, que diminui a tensão e a agressividade, controla carências favorece o equilíbrio psicológico entre os detentos de modo a estimular a disciplina dentro das prisões. As visitas íntimas reforçam os laços afetivos e familiares de forma a exercer papel fundamental na ressocialização dos detentos.

De fato, as condições em que as visitas íntimas ocorrem nada se aproximam do ideal, ou seja, o ambiente deveria ser capaz de proporcionar de forma digna a fruição deste momento. Entretanto o ideal está longe de ser alcançado, pois inúmeras objeções se interpõem as soluções até então propostas.

Por exemplo, o caráter discriminatório da exigência de vínculo de matrimônio ou união duradoura com parceiros estáveis para que o benefício seja concedido, resulta na impossibilidade de solteiros receberem visitas íntimas.

A visita íntima justifica-se constitucionalmente diante do princípio da dignidade da pessoa, contudo as condições em que as visitas são realizadas, atentam sobremaneira a dignidade, tanto de quem está preso como daquele que o visita, pois realizam-se em ambientes, muitas vezes, devassado e sem higiene.

Esta realidade viola outro princípio constitucional, o de que a pena não pode passar da pessoa do condenado. No que tange a esse princípio constitucional e a restrição as visitas íntimas, serve de reflexão para concluir que está a impor-se a castidade forçada, pois quando não é possível o contato íntimo, a pena acaba por ser mais grave que a restrição a liberdade de ir e vir. Além do que, ao manter contato com o mundo exterior, preserva-se as referências familiares e sociais, bem como atribui razão para a existência pessoal.

Outro enfoque merece ser mencionado, o mau uso do direito às visitas íntimas. Quando o intuito do direito é desviado, para servir de facilitador para a prática de novos delitos.

Ainda assim, em que pese o desvio de alguns, a visita íntima, no entender de majoritária doutrina, dentre eles Júlio Fabbrini Mirabete<sup>4</sup>, é imprescindível para a autoestima e fundamental na vida.

Um dos problemas mais discutidos hoje no direito penitenciário, a respeito do assunto é a denominada visita conjugal, sexual ou íntima ao preso. Tem-se realçado que a abstinência sexual imposta pode originar graves danos à pessoa humana. Não se pode negar a existência da necessidade sexual, isto é, dos impulsos do instinto sexual, que se fazem sentir numa pessoa adulta normal. Grande parte dos autores voltados ao tema conclui que a abstinência sexual por período prolongado contribui para desequilibrar a pessoa, favorece condutas inadequadas, conduz, em muitos casos, ao homossexualismo, pode tronar-se verdadeira obsessão para o preso e criar um clima no estabelecimento penitenciário, originando graves distúrbios na vida prisional. Um dos recursos que se tem proposto para solucionar tal problema é a visita conjugal, proposta que tem encontrado fervorosos adeptos e adversários, sem que se tenha concluído por uma solução ideal. Assinalaram os primeiros que o juiz tem apenas a faculdade de privar o delinquente de sua liberdade, porém não há lei que determine infligir a ele o castigo acessório da castidade forçada, temporária mutilação funcional do ardor erótico. Assim, vem ganhando corpo nas legislações a orientação de se conceder permissão de saída ou visita íntima como solução do problema sexual nas prisões.

A Constituição Federal<sup>5</sup>, em inúmeros artigos, dentre eles o artigo 5º, incisos XXVI, LXII e LXIII, artigo 7º, inciso IV, artigo 183, artigo 191, artigo 203 caput e inciso V, artigo 205 etc., asseguram ao preso, ainda que precariamente, a manutenção da família, considerando tal mister uma necessidade social.

No mesmo sentido a Lei 7210 de 11 de julho de 1982<sup>6</sup>, no artigo 41, inciso X, atribui ao preso o direito a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

Objetivando a efetivação e aplicabilidade do direito dos reeducandos, o Conselho Penitenciário Federal editou a resolução n. 01, de 30 de março de 1999<sup>7</sup>, recomendando aos

---

4 MIRABETE. Júlio Fabbrini. *Execução Penal*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.144.

5 Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 17 de outubro de 2015.

6 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em 17 de outubro de 2015.

7 Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, RESOLUÇÃO Nº 01, de 30 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes->



Departamentos Penitenciários Estaduais e órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais.

Resta reconhecida, portanto, a importância das vistas íntimas para a ressocialização nos presídios para a ressocialização e restabelecimento da dignidade humana.

## **2.RESSOCIALIZAÇÃO DA PRESA**

Ressocialização é a atribuição que permite ao indivíduo tornar-se útil a si mesmo, à sua família e a sociedade.

A Lei de Execuções penais, Lei 7210 de 11 de julho de 1984<sup>8</sup>, traz no artigo 1º como objetivo, além de efetivar as disposições da sentença penal condenatória, dar ao apenado condições para que se reinsira no seio da sociedade e ainda conscientizá-lo para não voltar a delinquir, *in verbis*:

Art 1º- Execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

A ressocialização visa a reinserção na sociedade de quem está afastado do convívio social, e deve ter como objetivo humanizar o período durante o qual o preso esteve na instituição carcerária. Busca passar uma orientação humanista colocando a pessoa que delinuiu como centro da reflexão.

---

arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-01-de-30-de-marco-de-1999.pdf >. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

8 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em 17 de outubro de 2015.



Por certo não adianta somente castigar o indivíduo, mas sim proporcionar aos encarcerados, condições para que possam ser reintegrados à sociedade de maneira efetiva.

As ações que objetivam a ressocialização dos apenados, devem procurar reduzir os níveis de reincidência. Tais ações, para obter sucesso, devem priorizar medidas que auxiliem na educação, em capacitação profissional e na busca da conscientização psicológica e social, da população em cárcere.

O sistema penitenciário brasileiro objetiva, com a pena privativa de liberdade, proteger a sociedade. Supostamente, deveria cuidar para que o condenado fosse preparado para a reinserção social. Contudo, contraditoriamente, afasta o condenado da sociedade com na intenção de ressocializá-lo. O nosso ordenamento jurídico, permite que a intenção ressocializadora da norma fique afastada e inatingível em considerável percentual dos casos, como no dizer de Mirabete<sup>9</sup>.

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação.

A pena por si só, não atinge o objetivo de reintegrar o indivíduo apenado, mas é necessária a reunião de outros meios como a participação da família para que se consigam caminhar para resultados mais favoráveis a essa reintegração do preso à sociedade.

Nesta linha, a família tem importância na ressocialização como mecanismo de resgate à dignidade e da autoestima do detento. É importante destacar que o aquele que teve conduta tipificada como crime, deve arcar com as consequências de seus atos, mas não pode ser

---

<sup>9</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Execução Penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.10.

esquecido. Todo ser humano deve ser tratado com humanidade e ao preso deve-se proporcionar condições para que voltando à sociedade não volte à vida que tinha, a vida de criminalidade.

Para tanto a legislação brasileira, trouxe a visita sexual como um direito e um instrumento a favor da ressocialização. Contudo, na visão de Mirabete<sup>10</sup>, não se trata de direito absoluto.

O preso tem direito a visita íntima do cônjuge ou companheiro art. 41 X e o contato íntimo está entre os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei ( art. 3º ), porém é limitado, já que pode ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do diretor do estabelecimento ( art. 41 paragrafo único).

Mirabete<sup>11</sup> menciona relatos de resultados da prática de visitas íntimas permitidas em estabelecimentos penais, citando que :

José Roberto Albertonini relata expressivamente os resultados da prática das visitas íntimas permitidas em estabelecimentos penais do estado de São Paulo: “ O resultado foi muito melhor do que esperado. Caiu intensamente o índice de violência sexual nos presídios e arrefeceu-se a tensão emocional dos presos”.

Importante salientar que as visitas íntimas atendem ao princípio constitucional de que a pena não deve passar do condenado, princípio da personalidade da sanção penal prevista no artigo 5º inciso XLV da CRFB.

As visitas íntimas de caráter homossexual e a visita íntima de prostitutas ainda são reprimidas. Todavia o Conselho Nacional de Política Criminal, mediante resolução nº 4<sup>12</sup>, recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que assegurem o direito a proteção e saúde aos presos de ambos os sexos sem discriminação quanto a opção sexual. Ressalva-se a hipótese de ambos os componentes do casal estejam recolhidos em regime

---

10 Ibid.

11 Ibid.

12 Disponível em:< <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/saude-mental/resolucoes/resolucao-cncpcp-n-4-de-2014>> acesso em 24 de novembro de 2015.



fechado, eis que o artigo 120 da Lei 7210<sup>13</sup> de 1984, não contempla esta hipótese de saída do estabelecimento prisional.

Em suma, ao condenado devem ser assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, conforme expressa previsão legal. Os efeitos nocivos da prisão perdurarão por toda a vida do condenado se não forem implementadas as garantias previstas em lei. Este entendimento extraído do item 65 da exposição de motivos da lei de execuções penais que reconhece ser inútil a luta contra os efeitos danosos da prisão sobre a pessoa se não houver respeito a dignidade humana. Tais garantias de direitos do condenado devem ser entendidas como todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Em respeito a estes direitos impõe-se a todas as autoridades zelo pela integridade física e moral, e a incluído a psicológica, dos condenados.

Por conseguinte, é grande a importância das visitas íntimas para a ressocialização das presas, como uma forma, porém não única, de atingir com eficiência o objetivo de efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, tendo como maior meta a ressocialização como fruto da harmônica integração social.

### **3.SISTEMA PENITENCIÁRIO**

O Sistema Penal Brasileiro, no artigo 59, caput, do Código Penal, traz a ideia central de retribuição jurídica da pena, que só se justifica enquanto necessária à proteção da sociedade. É uma retribuição que visa a prevenção geral e/ou especial de futuros delitos nos seguintes termos:

---

<sup>13</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> acesso em 24 de novembro de 2015.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Nos casos de pena privativa de liberdade, o sistema penitenciário acolhe as pessoas condenadas. A Lei 7210 de 1984,<sup>14</sup> normatiza a aplicação das penas e estabelece como objetivo da execução penal, efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal além de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Como se vê, a própria lei estabelece medidas que visem à reabilitação do condenado.

Contudo, a realidade mostra-se muito diferente do que, em tese, a lei determina e distancia-se do seu objetivo maior que é a recuperação e a ressocialização. As superlotação das penitenciárias, as condições degradantes as quais estão submetidas as pessoas presas, refletem um sistema penitenciário fracassado que somente com uma grande reforma estrutural pode no futuro se aproximar de seu ideal, hoje utópico.

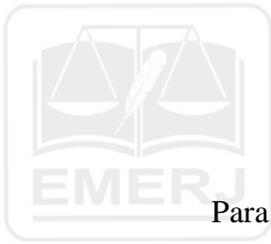
Enquanto não for implementada essa grande reforma capaz de mudar por completo a feição do sistema prisional algumas medidas podem ser tomadas para tirar do abandono completo estas pessoas.

Assim é fundamental para a recuperação que o presos, dentro do sistema penitenciário não fique alijado da realidade social e familiar. Sem dúvida, os laços mantidos, principalmente com a família, assim entendida na visão constitucional, ou seja, aí incluído, ascendentes, descendentes e cônjuge ou companheiro.

Tal orientação visa ao momento em que o preso for posto em liberdade e possa reinserir-se socialmente de forma natural, com mais facilidade.

---

14 ibid



Para tanto, é primordial que sejam permitidas e não dificultadas, as visitas de parentes amigos e as vistas íntimas com seu companheiro, cônjuge ou alguém que seja seu par sem qualquer discriminação.

Essa visita conjugal, sexual ou íntima aos presos é mais um problema difícil de compatibilizar com a lei e a realidade, por razões de regras de segurança que, muitas vezes, são burladas. Ocorre que durante as visitas, íntimas ou não, são passados aos presos, armas, drogas, objetos que comprometem a boa ordem, a disciplina e a segurança dos presídios.

É inegável dentre as necessidades humanas, a sexual faz parte do instinto vital, inerente a todo ser humano adulto, que em abstinência por períodos prologados podem reagir com desequilíbrio, de modo a favorecer condutas inadequadas, desestabilizando o frágil ambiente, já tenso no estabelecimento penitenciário a ensejar distúrbios na vida prisional.

A visita íntima mostra-se com recurso capaz de amenizar comportamentos agressivos dentro das cadeias, contudo, passíveis de críticas diante do panorama do sistema penitenciário nacional, carecedor de políticas eficazes em favor da ressocialização.

Alguns países encontraram, nas permissões de saída, uma forma de atenuar o problema sexual nas prisões conforme menciona Mirabete<sup>15</sup>

Assim vem ganhando corpo nas legislações a orientação de se conceder permissão de saída ou visita íntima como solução do problema sexual nas prisões. É o que ocorre, por exemplo, no México, Chile, Argentina, Estados Unidos, Espanha, Nicarágua, Venezuela e, em alguns presídios em nosso país.

No caso das penitenciárias femininas, o quantitativo de população prisional é bem inferior que a masculina e, por certo, os problemas apresentam aspectos próprios que realçam quão mais séria e grave é a condição duplamente vulnerável da mulher presa, frente a já complexa relação

---

15 MIRABETE, op. cit., p.119.

social de gênero, evidenciando a vulnerabilidade da condição de pessoa presa e condenada pela justiça criminal.

A mulher presa encontra-se em situação de exclusão que é agravada pelo tratamento que o aparelho jurídico-penal lhe oferece, acentuando sua discriminação no interior do sistema prisional que não atende, nem aos menos, suas necessidades básicas de higiene e saúde, menos ainda seus direitos sexuais e reprodutivos, dentre outros.

O sistema penitenciário brasileiro está fora do foco político e convive com graves problemas de abandono, pouco ou nada se faz para viabilizar este instrumento que deveria servir à ressocialização, ao contrário, funciona como escola do crime e dificilmente quem nele adentra, consegue a recuperação de modo que acaba a ele retornando.

A sociedade tampouco volta seu olhar para o interior das penitenciárias e adota postura crítica e desumana, refletindo a visão carrasca e impiedosa enxergando o preso como alguém que deve passar todas as privações, que não somente a da liberdade, e que tanto faz se for maltratado como se a dignidade humana fosse disponível ou que, a dessas pessoas fosse de menor valor. Não é possível tarifar a dignidade, nem criar diferenças ao invés de igualdades, de modo a atribuir valor ao que é absoluto.

## **CONCLUSÃO:**

O sistema penitenciário, no formato atual, não atende ao duplo objetivo da teoria da pena. O objetivo preventivo da pena, não se concretiza, e o objetivo repressivo se concretiza de forma falha, pois que ocorrem inúmeras violações aos direitos humanos e aos direitos fundamentais resguardados na Constituição de 1988.



O sistema carcerário colapsado, desrespeita direitos fundamentais, e tanto a classe política quanto a população não se interessam pelo problemas vividos dentro do cárcere. A falta de interesse da classe política e a descrença da população em um sistema que recupere o preso, leva ao desejo de um sistema de punição mais intenso. Direcionados por esse ponto de vista da população e por não ser conveniência para a promoção pessoal e política, os governantes se abstêm de se engajarem na recuperação do sistema prisional.

O sistema mais punitivo, com maiores violações de direitos fundamentais, acirra as dificuldades encontradas para concretização das propostas de ressocialização e inviabiliza a recuperação do condenado, que, frise-se, é o objeto maior da Lei 7210 de 1984.

Diante disso, cabe repúdio a toda e qualquer medida tendente a dificultar fórmulas encontradas para recuperar a dignidade das pessoas presas, como no caso das visitas íntimas. Nas penitenciárias femininas as dificuldades são ainda maiores, por conta da própria natureza feminina e pela situação de abandono em que se encontram, portanto merecem maior atenção.

Não há notícia de país que chegasse ao extremo, independentemente do regime político ou jurídico, de abolir a aplicação da pena por ser um mal ainda necessário considerando a natureza da sociedade humana. Assim se não é possível a total supressão da prisão em determinados casos como meio punitivo, é essencial a intervenção positiva e a melhoria das condições de vida dentro do cárcere.

## **REFERÊNCIAS:**

BRASIL. Constituição Federal de 1988 Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 17 de outubro de 2015

\_\_\_\_\_. Lei n. 7210 de 11 de julho de 1984 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em 17 de outubro de 2015.



CÁLON apud BITTENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

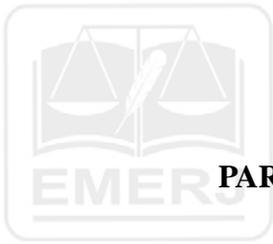
Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, RESOLUÇÃO Nº 01, de 30 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-01-de-30-de-marco-de-1999.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

HOPPER apud BITTENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Execução Penal*. 12. E d. São Paulo: Atlas, 2014.

SHORT apud BITTENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011,



## PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: ASPECTOS CONTROVERTIDOS QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.079/2004

Thaise Genuino de Souza

Graduada pela UCAM – Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Pós Graduanda em Direito *latu sensu* pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A Lei 11.079/2004 trouxe dois novos modelos de concessão de serviço público, são as chamadas Parcerias Público-Privadas. As parcerias visam a suprir o esgotamento de recursos financeiros do Estado, a sua ineficiência em arcar com altos custos em infraestrutura e serviços públicos. Em vista disso a lei de PPP trouxe as polêmicas garantias ao parceiro privado, com o intuito de estimular o seu interesse em contratar com o Estado, considerando o risco inerente a esses contratos, os quais envolvem vultosos investimentos.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Parcerias Público-Privadas. Concessão Administrativa. Constitucionalidade. Ponderação de Interesses.

**Sumário:** Introdução. 1. A possibilidade de vinculação de receitas como forma de violação da norma constitucional. 2. O Fundo Especial de Garantia em contrapartida ao Regime de Precatórios e impenhorabilidade dos bens públicos. 3. Da possibilidade de aplicação da arbitragem como forma de solucionar os litígios e a indisponibilidade do interesse público. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa a discutir os aspectos controvertidos na doutrina quanto à constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n. 11.079/2004, que disciplinou uma nova modalidade de concessão de serviço público. São as parcerias Público-Privadas, nas modalidades Patrocinada e Administrativa, por meio das quais se permite o investimento de recursos do setor privado na execução de serviços públicos nas quais os riscos serão compartilhados entre o particular e o poder público.



No primeiro capítulo, inicia-se a discussão quanto à possibilidade de vinculação de receitas públicas como forma de garantia do parceiro, em contrapartida ao artigo 167 da Constituição Federal que proíbe expressamente essa possibilidade. A finalidade será esclarecer que receitas seriam essas tratadas na lei, pois alguns doutrinadores defendem como sendo as originárias, e não as oriundas dos impostos.

Prossegue-se no segundo capítulo com outro ponto controvertido na lei que diz respeito ao fundo garantidor como forma de garantia nesses contratos. Tal previsão vai de encontro ao regime de precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal, que devem ser pagos segundo a ordem de sua apresentação. Essa garantia instiga a doutrina por ser constituída de bens públicos, o que violaria a impenhorabilidade de bens públicos.

O terceiro capítulo destina-se a tratar da problemática relativa à previsão de arbitragem como meio de solução de conflitos envolvendo o concessionário e o poder concedente. A doutrina irá questionar se esses direitos seriam ou não disponíveis, haja vista o princípio da indisponibilidade do interesse público.

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

## **1. A POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DE RECEITAS COMO FORMA DE VIOLAÇÃO À NORMA CONSTITUCIONAL**

Uma das diretrizes da Lei 11079/2009, insculpida em seu artigo 4º, IV, é o compartilhamento de riscos entre o Poder Público e o Parceiro Privado. Essa norma é justamente uma das diferenças cruciais entre esse novo modelo e a Concessão comum de serviços públicos, disciplinada pela Lei 8987/95, na qual o particular assume os riscos em contratar com a Administração Pública, já que remuneração se dará por meio da



tarifa cobrada aos usuários, seja pela execução de obra pública ou pela prestação de serviço público.

Nas Parcerias Público-Privadas, a remuneração do particular poderá se dar de duas maneiras, conforme a modalidade adotada. Na modalidade Concessão Patrocinada o parceiro será remunerado por meio de tarifa, mas além dessa contará com a remuneração do poder concedente de forma complementar. Já na modalidade Concessão Administrativa, o concessionário presta serviço público diretamente a população, e será remunerado pelo Poder Público, sem a cobrança de nenhuma tarifa dos usuários.

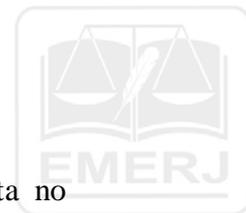
Diante disso, note-se que a parceria público-privada tem como característica a prestação pecuniária. A Lei 11.079 trouxe a possibilidade desse pagamento ser feito de forma direta, em dinheiro, ou de forma indireta. Essa última forma está prevista no artigo 6º da lei, e permite a satisfação da prestação por instrumentos jurídicos que posteriormente irão ser convertidos em dinheiro.

Nesse cenário, tendo em vista os vultosos investimentos que são feitos pelo parceiro privados nesse tipo de contrato, a lei trouxe mecanismos para a sua proteção. Isso porque, diante de eventual inadimplemento por parte do Poder Público ou de fatos imprevisíveis, a lei estabelece um rol de garantias em seu artigo 8º, as quais poderão ser contratadas pelo parceiro, como bem destaca Gustavo Binjenbojm<sup>1</sup> :

A lógica econômica das garantias especiais das PPPs é a de proporcionar, aos parceiros privados, a possibilidade de obtenção de financiamentos no mercado em condições mais favoráveis, por conta da redução de riscos que elas oferecem. A garantia reforçada é a contrapartida das maiores exigências feitas ao parceiro privado, em contratos de PPP.

---

<sup>1</sup> BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico, Salvador, Bahia, n.º. 2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2015.



Uma dessas garantia é possibilidade de vinculação de receitas, prevista no inciso I do art. 8º, o que gera controvérsia na doutrina quanto à constitucionalidade dessa previsão. Tal controvérsia cinge-se no artigo 167, IV, da Constituição Federal, o qual veda a vinculação de receitas de impostos, a órgão fundo ou despesa <sup>2</sup>, a saber:

Art. 167. São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

Jose dos Santos Carvalho Filho defende a constitucionalidade do dispositivo. Segundo ele o próprio artigo 167, IV, da CRFB, prevê algumas hipóteses em que a vinculação é admitida, sendo uma delas a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, matéria passível de se prevista na lei orçamentária anual, nos termos do artigo 165, § 8º da CRFB.<sup>3</sup>

Em contrapartida, Celso Antônio Bandeira de Mello, entende que a vinculação de receitas públicas a créditos particulares é inconstitucional, em virtude da vedação expressa contida no artigo supracitado. O autor rebate o argumento acima, pois entende que a exceção contida no artigo 167, IV da Constituição Federal não se refere à garantia prevista na Lei 11.079:<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2015.

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 442.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64, 2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 786.

A única remissão que nele se faz ao tema de prestação de garantias concerne a operações de créditos por antecipação de receita, ou a pagamento de créditos da União (§ 4º do mesmo artigo). Além disto, na primeira hipótese, sempre conforme observado pelo citado jurista, a prestação de garantias suposta naquele dispositivo nem ao menos tem o mesmo sentido que lhe é próprio no Direito Privado. Sua finalidade não é garantir algum credor, mas “preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecipada”, para prevenção de desequilíbrio orçamentário. Na segunda hipótese está claríssimo que o que entra em pauta são débitos de Estados ou Municípios para com a União.

No mesmo sentido, Kioshi Harada<sup>5</sup> também criticava a referida possibilidade de vinculação de receitas, quando ainda tramitava o projeto da Lei 11.079/2009. Em seu parecer exarado por solicitação da OAB de São Paulo, o jurista ressaltou a qualidade das receitas publicas como “bens indisponíveis, inegociáveis e irrenunciáveis, sob pena de responsabilidade do governante, porque receitas públicas existem para consecução das finalidades do Estado, que se resumem na realização do bem comum”.

## **2. O FUNDO ESPECIAL DE GARANTIA EM CONTRAPARTIDA AO REGIME DE PRECATÓRIOS E IMPENHORABILIDADE DOS BENS PÚBLICOS**

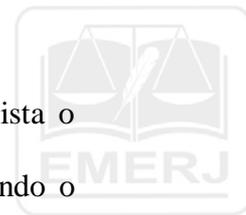
O fundo especial de garantia é uma das formas de garantia ao parceiro privado, prevista no inciso II do art. 8º da Lei 11.079/99<sup>6</sup>. Tal garantia visa a atrair o parceiro privado diante do alto risco que esse irá enfrentar ao contratar com a Administração Pública, considerando os investimentos vultosos que envolvem esse tipo de contrato.

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:  
(...)  
II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

---

<sup>5</sup> HARADA, Kioshi. Parcerias Público-Privadas – PPP. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/advocacia-publica/artigos/6.-parcerias-publico-privadas-ppps-kiyoshi-harada>>. Acesso em: 15 out.2015.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 119.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 15 out. 2015.



O fato é que tal dispositivo causa estranheza na doutrina, tendo em vista o regime de precatórios estabelecido no artigo 100 da Constituição Federal, segundo o qual os débitos da Fazenda Pública deverão ser pagos em ordem cronológica de apresentação. O fundo garantidor por ser formado por bens públicos violaria o referido dispositivo, eis que permitiria a execução direta da dívida pública. Outra questão apontada é que os bens públicos são impenhoráveis.

Assim, para alguns autores, dentro eles Celso Antônio Bandeira de Melo, o dispositivo em comento seria inconstitucional, pelos seguintes argumentos:

É que ditos fundos se constituiriam com bens públicos. Ora, bens públicos, como é sabido e ressabido, não são suscetíveis de penhora, nem de qualquer modalidade de apoderamento forçado, visto que a forma pela qual credores públicos se saciam, quando não hajam sido regularmente pagos, é a prevista no art. 100 da Constituição, isto é, com o atendimento dos precatórios, na ordem de sua apresentação, pelas correspondentes verbas consignadas no orçamento ou nos créditos adicionais para tal fim abertos, admitindo-se apenas, em caso de violação da precedência de algum credor, o sequestro da importância necessária, determinado pelo Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda (v. Capítulo XX, ns. 105 e 106).<sup>7</sup>

Já Gustavo Binbenbojm não vislumbra inconstitucionalidade nesse sentido, porque seria legítimo ao poder público desafetar um determinado bem imóvel de seu patrimônio e dá-lo em garantia de um contrato. A crítica do autor está na constituição desse fundo, a qual se dá por meio de uma entidade de direito privado, o que não é vedado pela Constituição, conforme o artigo 173, § 1º II, mas é que a lei não faz menção a que tipo de entidade seria.<sup>8</sup>

Outra questão que a doutrina questiona diz respeito ao previsto no artigo 165, § 9º, II da Constituição Federal, que exige lei complementar para a instituição de fundos, e o artigo 71 da lei 4.320/1964 – disposições gerais de direito financeiro- proíbe que os fundos possam ser objeto de garantia pecuniária.

<sup>7</sup> MELLO, op. cit., 2010, p. 787.

<sup>8</sup> BINENBOJM, op. cit., 2005, p. 12.



José dos Santos Carvalho Filho aborda essa questão, mas defende o dispositivo, pois segundo ele o dispositivo constitucional tem cunho genérico, e refere-se ao estabelecimentos de normas gerais sobre fundos, e não a instituição de um fundo específico, sendo legítima a instituição deste por lei ordinária. Já no que se refere a Lei 4.320/1964, ele esclarece o seguinte:<sup>9</sup>

O dispositivo da lei n. 4.320/1964 apenas impõe que as receitas dos fundos se vinculem a objetivos predeterminados, nada impedindo, portanto, que entre tais objetivos esteja o de garantir dívidas contraídas para a execução de parcerias público-privadas.

Especificamente, quanto à impenhorabilidade de bens públicos, é importante esclarecer que os bens públicos são classificados da seguinte forma: bens públicos de uso comum do povo, bens públicos de uso especial e bens públicos dominicais. Os primeiros são aqueles que estão à disposição da população de forma livre e geral, como rios, mares, estradas, ruas e praças.

Os de uso especial são os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias. Logo, esses são aqueles que possuem uma destinação.

Quanto aos dominicais, esses são aqueles bens que não possuem destinação específica. Eles constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.<sup>10</sup>

Em vista dessa conceituação, autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro entendem que os bens dominicais poderiam ser dados em garantia, já que os bens desafetados podem ser alienados. Tal entendimento se tem como fundamento o art. 100

---

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., 2014, p. 442.

<sup>10</sup> BRASIL. CIVIL, Código, Lei. 10.406, 10 de janeiro de 2002, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03 de setembro de 2015.



do Código Civil, que apenas prevê como inalienáveis os bens de uso comum do povo e os de uso especial, isto é, aqueles que possuem destinação.

Dentro dessa lógica, a autora conclui que seria possível a Administração dar um bem dominical em garantia sem infringência à lei, visto que esta pode se desfazer de um bem, alienando-o<sup>11</sup>, conforme se extrai do disposto no artigo 1420 do CC<sup>12</sup>:

Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.

Todavia, o argumento supra também esbarraria na imposição constitucional ao regime dos precatórios Assim, embora o bem possa ser dado em garantia, como seria feita a sua execução?

Maria Sylvia também rebate essa questão argumentando que os créditos tratados no art. 100 da Constituição possuem natureza distinta desses, pois aqueles não trazem nenhuma garantia, não havendo o que se falar em preterição e nem violação aos princípios da moralidade. Já que isonomia consiste em dar o mesmo tratamento aos credores que estejam na mesma situação, podendo tratar diferente aqueles que estejam em situação diversa.<sup>13</sup>

### **3. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO FORMA DE SOLUCIONAR OS LITÍGIOS E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO.**

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 277.

<sup>12</sup> BRASIL. CIVIL, Código, Lei. 10.406, 10 de janeiro de 2002, disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03 de setembro de 2015.

<sup>13</sup> DI PIETRO, op. cit., 2013, p.278.



A arbitragem é um mecanismo utilizado por pessoas capazes para resolverem direitos patrimoniais disponíveis, conforme o artigo 1º da lei 9307/96 – Lei de Arbitragem<sup>14</sup>. A arbitragem nasce sempre de uma convenção, sendo “seu objeto de atuação é o direito disponível, onde se pode destacar a opção de duas ou mais manifestações de vontades, com o intuito de ver seu conflito resolvido, com maior celeridade, menor custo e ainda sigilo absoluto”, como bem definiu Rozane da Rosa Cachapuz.<sup>15</sup>

Com efeito, o § 1º do artigo 1º da lei de arbitragem incluiu questões envolvendo o poder público, assim como a lei 11.079/04, em seu artigo 11, III, também trouxe a previsão de arbitragem como mecanismo privado na solução dos conflitos decorrentes dos contratos envolvendo a Parceria Público-Privada.

Ocorre que, em se tratando do poder público, a arbitragem gera controvérsia na doutrina, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do interesse público, já que a arbitragem é um mecanismo utilizado apenas para solução de conflitos envolvendo direitos disponíveis. O princípio em comento, em consonância com as lições de Luís Flávio Gomes, consiste em<sup>16</sup>:

A indisponibilidade do interesse público apresenta-se como a medida do princípio da supremacia do interesse público. Explica-se. Sendo a supremacia do interesse público a consagração de que os interesses coletivos devem prevalecer sobre o interesse do administrador ou da Administração Pública, o princípio da indisponibilidade do interesse público vem firmar a ideia de que o interesse público não se encontra à disposição do administrador ou de quem quer que seja.

<sup>14</sup> BRASIL.LEI Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm). Acesso em: 09 de setembro de 2015.

<sup>15</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1432](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1432). Acesso em set 2015.

<sup>16</sup> GOMES, Luís Flavio. O que se entende pela indisponibilidade do interesse público? Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922808/o-que-se-entende-pela-indisponibilidade-do-interesse-publico>. Acesso em: 09 de setembro de 2015.

Em vista disso, Celso Antônio Bandeira de Mello, mais uma vez faz críticas severas a lei das Parcerias Público-Privadas, defendendo a indisponibilidade do interesse público. Segundo ele, tudo que diz respeito a serviço público é matéria que ultrapassa a esfera decisória de particulares, conforme os seguintes argumentos:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no artigo 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mais indisponíveis, coisa extra commercium.

Já Gustavo Binjenbojm, no que se refere ao princípio da indisponibilidade do interesse público, se afilia ao entendimento de que não violação ao referido princípios, posto que não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.<sup>17</sup>

Ele sustenta que à disponibilidade dos direitos patrimoniais envolvidos em um contrato administrativo corresponde um poder da Administração de convencionar a cláusula de arbitragem, sem que isso importe disposição do interesse público, de forma que não se caracteriza como típico ato de disposição, “ao contrário, em muitos casos, a arbitragem poderá se apresentar como a melhor forma de resguardar o patrimônio público (interesse público secundário) e promover o interesse público (interesse público primário)”.<sup>18</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que a arbitragem pode servir como um instrumento muito importante para a pacificação social, colaborando com o desafogamento do Poder Judiciário. Todavia, ressalta sobre a necessidade da edição de uma lei para que possa estabelecer limites sobre o uso da arbitragem pela Administração

---

<sup>17</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 10.

<sup>18</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 11.



Pública, haja vista a complexidade da matéria e as peculiaridades envolvendo o poder público.<sup>19</sup>

## CONCLUSÃO

As Parcerias Público-Privadas revelam os dois novos modelos de concessão de serviço público, quais seja a particionada e a Administrativa, trazidos lei n. 11.079/2004. O objetivo da lei foi suprir a falência do Estado, haja vista a sua ausência de capacidade financeira para arcar gastos envolvendo infraestrutura e serviços-públicos.

Diante dessa escassez de recursos do Estado, o antigo modelo de concessão já não mais atendia a todos os contratos celebrados com administração, em especial aqueles que necessitam de vultosos investimentos. A razão disso consiste no fato das receitas obtidas com as tarifas cobradas dos usuários não cobrirem os custos e gastos do concessionário.

Nessa realidade, não se pode pensar no interesse privado em prol da Supremacia do interesse público. A finalidade de privilegiar o interesse privado nos contratos de parcerias visa a, tão somente, garantir uma maior eficiência na prestação de serviços públicos. As garantias ofertadas ao parceiro privada corroboram essa ideia.

A possibilidade de vinculação de receitas, tão criticada por parte da doutrina, deve ser analisada de acordo a interpretação do dispositivo constitucional. O dispositivo em questão é o art. 167, o qual apenas proíbe a vinculação de receitas oriundas dos

---

<sup>19</sup> DI PIETRO, op. cit., p 49.



impostos, prevendo a possibilidade de receitas originárias, para as quais não haveria nenhum óbice.

Quanto ao fundo garantidor, esse em razão de ser formado por bens públicos, em tese, iria contra a impenhorabilidade dos bens públicos, devendo a execução da dívida seguir o regime dos precatórios, conforme dispõe o artigo 100 da Constituição. Todavia, não haveria nenhuma violação à Constituição, desde que o fundo fosse composto apenas por bens dominicais, já que esses são bens públicos desafetados, não possuindo nenhuma destinação.

No que tange à arbitragem, a própria lei de trouxe a previsão de utilização desse mecanismo pelo poder público na solução de litígios. No entanto, a previsão de cláusula de arbitragem nos contratos de parceria somente poderá versar sobre interesse público secundário, consistindo esse em questões patrimoniais, haja vista ser indisponível o interesse primário da Administração Pública.



## REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição*. *Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico*, Salvador, Bahia, nº. 2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2015.

BRASIL. Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm).

BRASIL. CIVIL, Código, Lei. 10.406, 10 de janeiro de 2002, disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03 de setembro de 2015.

BRASIL. Lei n. 119.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 15 out. 2015.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1432](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1432)>. Acesso em set 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. p. 442. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

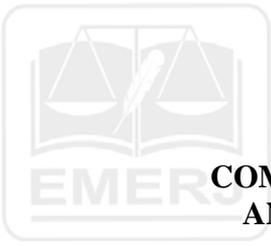
GOMES, Luís Flavio. *O que se entende pela indisponibilidade do interesse público?* Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922808/o-que-se-entende-pela-indisponibilidade-do-interesse-publico>>. Acesso em: 09 de setembro de 2015.

HARADA, Kioshi. *Parcerias Público-Privadas – PPP*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/advocacia-publica/artigos/6.-parcerias-publico-privadas-ppps-kiyoshi-harada>>. Acesso em: 15 out.2015.



MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 422010. São Paulo: Malheiros, 2010.



## COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DE PRISÕES EM FLAGRANTE: UMA ANÁLISE À LUZ DAS GARANTIAS DO PRESO E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Thiago Silva de Castro Tostes

Graduado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo:** cada vez mais o avanço tecnológico e a busca pela eficiência administrativa têm influenciado a atuação estatal, no tocante a seara penal e processual penal. As prisões em flagrante tem sido alvo de diversas mudanças estruturais e normativas, de forma a alcançar maior proteção aos direitos e garantias fundamentais do preso. A essência do trabalho é abordar de que forma as comunicações eletrônicas das prisões em flagrante alcançam maior efetividade da atuação administrativa e garantia dos direitos do preso, bem como a sua viabilidade frente o ordenamento jurídico atual.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Prisão. Celeridade. Efetividade. Juiz natural. Comunicação eletrônica.

**Sumário:** Introdução. 1. A comunicação de prisões em flagrante. 2. As garantias do preso relacionadas à prisão em flagrante. 3. A comunicação eletrônica de prisões em flagrante. 4. A eficiência administrativa aplicada ao tema. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de implementação, por parte do Poder Público, de um sistema de comunicações de prisões em flagrante por meio eletrônico, tema que não encontra legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro.

A modernização dos meios de comunicação e a tecnologia empregada, cada vez mais, no dia a dia do Poder Judiciário, trouxeram inúmeras alterações nos procedimentos adotados por esse, influenciando deveras os atos praticados especialmente no âmbito do Processo Penal.



Não se pode olvidar que o Processo Penal, antes de instituir um sistema de regras procedimentais, constitui inafastável garantia ao indivíduo, uma vez que ao Estado cumpre observá-las, sob pena de violação aos princípios insculpidos na Constituição Federal.

Com relação aos princípios constitucionais, ganha especial relevo ao presente artigo o princípio do devido processo legal, que garante ao indivíduo preso que o seu encarceramento será imediatamente comunicado ao juiz competente, bem como à sua família ou pessoa por aquele indicada.

O presente trabalho, portanto, enfoca a temática da comunicação eletrônica de prisões em flagrante, e a sua relação com princípios constitucionais, sob duas vertentes: (a) a primeira diz respeito às garantias constitucionais do preso; e (b) a segunda se refere à eficiência administrativa, e a contenção de gastos, ante o notório quadro de crise econômica, enfrentado por nosso país, nos dias atuais.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os aspectos inerentes à comunicação de prisões em flagrante atualmente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e avaliar a possibilidade de criação de um sistema eletrônico para a prática de tal ato. Pretende-se, ainda, analisar eventuais impedimentos para a criação do referido sistema eletrônico, bem como as vantagens que dele poderão ocorrer.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a apresentação dos aspectos gerais da comunicação de prisão em flagrante.

No segundo capítulo serão abordadas as principais características das garantias do preso, em especial, aquelas relacionadas à comunicação de prisão em flagrante.



Segue-se ponderando, no terceiro capítulo, possibilidade de implementação do sistema eletrônico de comunicação de flagrantes, à luz dos direitos e princípios constitucionais processuais penais.

No quarto capítulo, a abordagem será em torno das vantagens de eventual criação do sistema eletrônico de comunicação de prisão em flagrante à luz do estudo da eficiência administrativa.

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

## 1. A COMUNICAÇÃO DE PRISÕES EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante é a modalidade de prisão provisória cabível contra o delito que ainda “queima”<sup>1</sup>, ou seja, que está sendo ou acabou de ser cometido.

Tal modalidade está disciplinada<sup>2</sup> nos artigos 301 a 316<sup>3</sup>, todos do Código de Processo Penal (“CPP”). Dentre esses dispositivos, especial destaque merece o art. 306, *in verbis*:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

<sup>1</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8 ed. Salvador: Jus Podvim, 2013. p. 561.

<sup>2</sup> Ainda com relação à prisão em flagrante, podemos destacar os seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º (...): [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado [...]. Informações retiradas em: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 de abril de 214.

<sup>3</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 07 outubro de 2015.



§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

É de se constatar, da leitura do dispositivo acima citado, que a prisão de qualquer pessoa deverá ser comunicada imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada<sup>4</sup>. Tal regramento é corolário do princípio do devido processo legal, além de constituir-se em garantia fundamental prevista em nossa Carta Política de 1988.

O objetivo expresso do dispositivo do CPP é garantir o controle judicial da prisão. Nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>5</sup>, ao comentarem o disposto no art. 306, do CPP, asseveram que:

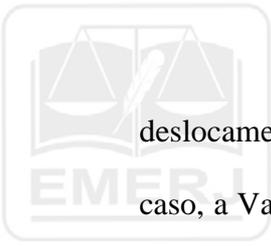
[...] De todo modo, o objetivo do dispositivo é que se estabeleça o controle judicial da prisão (art. 5º, LXII, CF), cabendo ao magistrado, em sendo o caso, relaxá-la, ou conceder liberdade provisória, sem prejuízo da evolução do competente inquérito policial (...) Desse modo, recebendo o auto de prisão, apresentam-se ao magistrado as seguintes hipóteses: deve relaxar a prisão, se eivada de ilegalidade; se presentes os requisitos do art. 312, CPP, deve converter a prisão em flagrante, fundamentadamente (art. 315, CPP), em prisão preventiva, se insuficiente ou inadequada outra medida cautelar menos gravosa ao agente (art. 319, CPP); deve conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, atendidos os respectivos requisitos legais. Nada impede a concessão de liberdade provisória sem qualquer vinculação, quando desnecessária a aplicação de medida cautelar cumulativa (art. 319, CPP).

Nesse diapasão, é possível afirmar que a comunicação imediata da prisão em flagrante constitui verdadeira garantia constitucional do cidadão em conflito com a lei, preso em situação de flagrante delito. Assim, revela-se de assaz importância o estudo da possibilidade de tal comunicação ser realizada por meio eletrônico, de forma a propiciar o controle judicial mais célere de medida constritiva da liberdade do indivíduo.

É cediço que as comunicações de prisões em flagrantes são efetuadas por órgãos policiais, especialmente Agentes de Polícia, lotados na unidade de Delegacia Policial que efetuou a referida prisão. Tal fato, muitas das vezes, impõe dispendioso

<sup>4</sup> Conforme expressa previsão do §1º do art. 306 do CPP, a Defensoria Pública também deverá ser comunicada da prisão, nas hipóteses em que o preso não informe o nome de seu advogado.

<sup>5</sup> TÁVORA, op. cit., p. 578.



deslocamento até a autoridade competente para receber as referidas comunicações (no caso, a Vara Criminal, do Fórum Central da Capital, designada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para receber as comunicações ou, quando a comunicação tiver que ser realizada fora do horário de expediente forense, pelo Juízo do Plantão Judiciário).

É bem verdade que a despeito da prática de outros Tribunais de Justiça do país<sup>6</sup>, e de recomendações do Conselho Nacional de Justiça<sup>7</sup>, a comunicação de prisões em flagrante, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, ainda ocorre in loco, com a apresentação dos respectivos autos de prisão em flagrante ao Juízo competente para o seu recebimento.

Posta assim a questão, serão analisados, nos capítulos a seguir apresentados, a viabilidade de implementação de um sistema eletrônico de comunicações de prisões em flagrante, a partir de uma análise das garantias do indivíduo submetido ao cárcere, assim como da eficiência administrativa, ante o cenário de crise econômica que assola o Estado brasileiro.

Registre-se, por fim, que o presente trabalho não tem por escopo apresentar medida concreta de criação ou de implementação de um sistema eletrônico de comunicação de prisões em flagrante, mas apenas o de analisar a viabilidade do mesmo, à luz das normas legais e constitucionais relacionadas com o tema em destaque.

## **2. AS GARANTIAS DO PRESO RELACIONADAS À PRISÃO EM FLAGRANTE:**

---

<sup>6</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE; SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE. Convênio n. 09/2014.

<sup>7</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal*: Elaborado de acordo com o plano de gestão para o funcionamento das varas criminais e de execução penal. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/manual-rotina-varas-criminais-cnj.pdf>>. Acesso em 10 de abril de 2015.



A Constituição Federal de 1988 foi promulgada de forma a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.

Ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais a serem assegurados, determina a CRFB/88, em seu art. 5º, inciso LXII, que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”<sup>8</sup>.

O dispositivo constitucional em destaque expressa verdadeiro controle judicial das prisões efetivadas, garantindo ao preso a sua incolumidade físico-psíquica nos casos de ilegalidade/abusividade cometidas pelo Poder Público.

Por oportuno, ao receber o comunicado de prisão em flagrante, que deverá ser feito em até 24h, o juiz deverá verificar se a prisão é legal ou não. Se a prisão revelar-se ilegal, deverá o magistrado relaxá-la; se legal, deverá, por força do art. 310, do CPP convertê-la em preventiva, se presentes os requisitos do art. 312, e não se revelarem adequadas ou suficientes uma das medidas cautelares diversas da prisão, ou ainda conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Essa nova sistemática se deu em virtude das próprias garantias constitucionais, que impedem que o indivíduo em conflito com a lei permaneça segregado, apenas, com base em prisão em flagrante. Ademais, a prisão em flagrante é uma exceção à regra da necessidade de existência de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária para a detenção de alguém.

---

<sup>8</sup> Informações retiradas em: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 24 de agosto de 2015.



Convém destacar a posição de Guilherme Nucci<sup>9</sup>, acerca do controle de legalidade a ser exercido pelo magistrado, *in verbis*:

Controle da legalidade da prisão: é impositivo constitucional que toda prisão seja fielmente fiscalizada por juiz de direito. Estipula o art. 5.º, LXV, que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Além disso, não se pode olvidar que mesmo a prisão decretada por magistrado fica sob o crivo de autoridade judiciária superior, através da utilização dos instrumentos cabíveis, entre eles o habeas corpus: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.º, LXVIII, CF). Constitui abuso de autoridade efetuar prisão ilegal, deixar de relaxar – nesse caso, como regra, válido apenas para o juiz – prisão ilegalmente realizada, bem como deixar de comunicar ao magistrado a prisão efetivada, ainda que legal. Quando a prisão for indevidamente concretizada, por pessoa não considerada autoridade, trata-se de crime comum (constrangimento ilegal e/ou sequestro ou cárcere privado).

Nesse diapasão, por ser medida extrema e estar submetida a diversas formalidades, a prisão em flagrante do indivíduo em conflito com a lei deverá observar as diversas garantias constitucionalmente previstas. Dentre essas, podemos destacar a comunicação imediata da prisão ao juiz de direito e à família ou pessoa que o preso indicar; a assistência de família e de advogado; e o direito ao silêncio.

Assim, é de se dizer que para a consecução do controle judicial da prisão em flagrante, com a análise de todos os trâmites e garantias fundamentais do preso, inafastável a existência de um eficiente sistema de comunicação de tais atos de segregação.

Oportuno destacar que o prazo de comunicação da prisão em flagrante, conforme preceitua a melhor doutrina, deverá ocorrer dentro de 24h do ato de recolhimento do indivíduo em conflito com a lei.

A prisão em flagrante deve ser vista como verdadeira medida pré-cautelares, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particular ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o

---

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.451.



imperioso dever de análise judicial em até 24 h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão, agora como preventiva, ou não.

Ainda com relação ao prazo, Renato Marcão<sup>10</sup> faz referência ao próprio art. 310, do CPP, e afirma que esse prazo sistematizou o art. 5º, LXII, da CRFB/88, no tocante à fixação do prazo máximo de duração da prisão em flagrante.

Assevera o referido autor que o art. 310, do CPP, determina que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, que lhe será encaminhado em até 24h após a realização da prisão, não sendo caso de relaxamento ou decretação de prisão preventiva, deverá conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com medidas cautelares diversas da prisão.

Arremata o mesmo autor<sup>11</sup> que a combinação do art. 310, II, com o § 1º do art. 306, ambos do CPP, conclui-se que o prazo máximo da prisão por força de flagrante é de vinte e quatro horas.

Dentro desse interstício, deverá o AFP, devidamente formalizado, ser encaminhado ao juiz (que poderá receber cópia do mesmo), para a análise da legalidade da constrição da liberdade imposta.

Se a prisão persistir, assevera Renato Marcão<sup>12</sup>, tecnicamente, não será por força do flagrante, mas em razão de fundamento diverso. Mudará a natureza e os fundamentos do título da prisão cautelar, daí entendermos que a rigor não se trata de converter uma prisão em outra, mas de verdadeira decretação.

Defende ainda o renomado autor que não poderá o juiz converter a prisão em flagrante em preventiva *ex officio*, por força do disposto no § 2º do art. 282 e no art. 311, ambos do CPP.

---

<sup>10</sup> MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 321.

<sup>11</sup> MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 322.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 323



Diz o art. 5º, LXV, da CF, que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”, regra expressamente adotada no art. 310, I, do CPP.

Considerando o acima exposto, sem prejuízo de outras, é possível afirmar cabível o relaxamento da prisão em flagrante nas seguintes hipóteses: 1) Ausência de fato típico; 2) Presença de causas de exclusão da ilicitude; 3) Fato típico que não autoriza prisão em flagrante; 4) Ausência de situação que legitime flagrante; 5) Flagrante preparado ou provocado; 6) Flagrante forjado; 7) Vício formal na lavratura do auto; 8) Lavratura do auto de prisão fora do prazo; 9) Auto de prisão em flagrante formalizado por quem não seja autoridade competente; 10) Ausência ou demora injustificada nas comunicações da prisão em flagrante; 11) Ausência de “nota de culpa” ou sua entrega tardia.

Em que pese o avanço no sistema de audiências por videoconferências, a comunicação de prisões em flagrante, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, ainda é realizada *in loco*, pelos agentes da Polícia Civil do Estado.

Posta assim a questão inerente às principais garantias do preso em flagrante, é de se analisar a implementação de um sistema eletrônico de comunicação prisões, à luz dos direitos e princípios constitucionais já analisados.

### **3. A COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DE PRISÕES EM FLAGRANTE:**

Vem ganhando força nos Tribunais Superiores do país a aplicação da doutrina do “Estado de Coisas Inconstitucionais” (ECI).

A origem do referido instituto remonta à Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997 [5], quando a Corte Constitucional da Colômbia declarou, em primeira oportunidade, o ECI.

O ECI nada mais é do que a declaração de inconstitucionalidade de certo estado de coisas, que violam ininterruptamente direitos e garantias constitucionais.



Para a configuração do referido instituto, três pressupostos<sup>13</sup> são necessários. O primeiro é o da “constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas”. O segundo é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. O terceiro tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades.

A invocação dessa nova doutrina é essencial ao presente artigo, pois é flagrante a violação aos direitos do preso em flagrante de ver analisada sua prisão pelo prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas.

A comunicação eletrônica das prisões em flagrante viria para corrigir essa falha estrutural do sistema penal do Estado do Rio de Janeiro, cujos efeitos abrangeriam não só os a materialização dos direitos do preso, mas também o próprio sistema carcerário estadual, que sofre com superlotações e grande quantidade de presos provisórios.

É de se destacar que o Judiciário Fluminense, em parceria com a Polícia Civil, poder-se-iam se valer de toda a estrutura do processo eletrônico já existente no Estado, de forma a criar mecanismos para a apresentação dos Autos de Prisão em Flagrante, para que a autoridade judiciária possa conhecê-lo e analisá-lo, dentro do prazo que a CRFB/88 determina.

Esse sistema poderia abranger não apenas a Comarca da Capital do Estado, mas todas as Comarcas existentes, cabendo a cada magistrado de plantão analisar as prisões efetuadas nas regiões sob sua jurisdição.

---

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundoestadodecoisasinconstitucional>> Acesso em 01 de outubro de 2015.



Trata-se de um tema tão atual e relevante, que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 347, determinou que juízes e tribunais realizem as chamadas audiências de custódia.

As audiências de custódia nada mais são do que a apresentação imediata do preso à autoridade judiciária competente, para que possa ser analisada a sua prisão captura e, por conseguinte, determina a conversão ou não em prisão preventiva.

A comunicação eletrônica de prisões em flagrante poderá auxiliar inexoravelmente a determinação do STF, especialmente nos casos em que não possa ser possível a apresentação do preso.

#### **4. A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA APLICADA AO TEMA:**

De início, importante apresentar as principais características do princípio da eficiência, expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse princípio está positivado no *caput* do artigo 37 da CRFB/88. Trata-se de um postulado de difícil definição, uma vez que sofre influência de diversas ciências humanas. Para a economia, por exemplo, ser eficiente é fazer mais por menos. Já para a ciência da administração, é fazer o que de melhor puder ser feito.

Nesse diapasão, pode-se conceituar o princípio da eficiência como a melhor entrega da prestação, cujos efeitos se manifestam na celeridade dos procedimentos, na economia de recursos, no aprimoramento dos serviços, etc.

Na doutrina, Alexandre Guimarães Gavião Pinto<sup>14</sup> assevera que eficiência impõe a necessidade de adoção, pelo administrador, de critérios técnicos e profissionais, que assegurem o melhor resultado possível, rechaçando-se qualquer forma de atuação amadorística e ineficiente do Poder Público.

Ainda acerca das características desse princípio, continua o referido autor afirmando que o princípio da eficiência “censura a atuação amadorística do agente

---

<sup>14</sup> PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, n. 42, p.130-141, v. 11 – 2008.



público, que, no exercício de sua função, deve imprimir incansável esforço pela consecução do melhor resultado possível e o máximo proveito com o mínimo de recursos humanos e financeiros<sup>15</sup>”.

Por fim, conclui o referido autor no sentido de que o princípio da eficiência exige, também, que “a Administração Pública seja organizada em permanente atenção aos padrões modernos de gestão, no fito de vencer o peso burocrático, para lograr os melhores resultados na prestação dos serviços públicos postos à disposição dos cidadãos”.

Nesse cenário, é evidente que a comunicação eletrônica de prisões em flagrante está em total consonância com os mandamentos do princípio da eficiência.

Convém destacar que esse importante instrumento, se implementado, observará os padrões modernos de gestão do Judiciário, diminuindo o peso burocrático e logrando melhores resultados na prestação dos serviços públicos, no caso, a prestação jurisdicional.

Ademais, a comunicação eletrônica busca alcançar o máximo proveito com o mínimo de recursos humanos e financeiros possíveis, evitando grandes deslocamentos de agentes policiais para os Fóruns de Plantão, evitando-se, assim, gastos com deslocamento e que a própria unidade policial fique desguarnecida.

### **CONCLUSÃO:**

Como foi visto, o estabelecer os direitos e garantias fundamentais a serem assegurados, determina a CRFB/88, em seu art. 5º, inciso LXII, que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. Assim, a comunicação

---

<sup>15</sup> Op. cit. p.13.



imediate da prisão em flagrante constitui verdadeira garantia constitucional do cidadão em conflito com a lei, preso em situação de flagrante delito.

O dispositivo constitucional expressa verdadeiro controle judicial das prisões efetivadas, garantindo ao preso a sua incolumidade físico-psíquica nos casos de ilegalidade/abusividade cometidas pelo Poder Público.

Dentre essas garantias constitucionais, o prazo de envio das prisões em flagrante (24 horas) deve ser estritamente observado pelos órgãos de polícia judiciária, sob pena de violação direta da CRFB/88.

A comunicação eletrônica das prisões em flagrantes é um instrumento que, se instituído, poderá otimizar o cumprimento das garantias constitucional previstas, em especial a de comunicação imediata à autoridade judicial da constrição flagrantial ocorrida.

Além disso, a dita comunicação busca dar primazia aos ditames do princípio da eficiência administrativa, observando os padrões modernos de gestão do Judiciário, diminuindo o peso burocrático e logrando melhores resultados na prestação dos serviços públicos, no caso, a prestação jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal: Elaborado de acordo com o plano de gestão para o funcionamento das varas criminais e de execução penal. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/manual-rotina-varas-criminais-cnj.pdf>>. Acesso em 10 de abril de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. São Paulo. Saraiva. 2014.



NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, n. 42, p.130-141, v. 11 – 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: Jus Podvim, 2013



## VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS REDES SOCIAIS

Vanessa Amorim Lacerda Duarte Dias

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Gama Filho.

**Resumo:** As redes sociais manifestam cultura, ideias e pensamentos de indivíduos integrantes de um grupo, mais restrito ou mais amplo, a depender do alcance da rede utilizada. Isso coloca as realizações humanas diante de novos desafios e possibilidades no ambiente digital de interação, uma vez que as violações de direitos se tornaram comuns nessa esfera. A essência deste trabalho é abordar a problemática do conflito de direitos envolvidos e apresentar um novo olhar sobre o tema.

**Palavras-chave:** Direitos da Personalidade. Violações. Redes Sociais. Internet. Eficácia dos Direitos Fundamentais.

**Sumário:** Introdução. 1. O Surgimento das Redes Sociais e seu Estabelecimento como Nova Forma de Acesso à Informação. 2. Utilização do Direito à Liberdade de Expressão como Fundamento para Violações de Direitos nas Redes Sociais. 3. A Aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas Hipóteses de Violações de Direitos da Personalidade diante da Ausência Normativa. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata sobre as violações dos direitos da personalidade no contexto digital, especificamente nas redes sociais, espaço virtual em que a interação ampla e incessante de pessoas é campo propício para a prática de ilícitos. Tendo a internet alcance mundial, as violações de direitos da personalidade têm maiores proporções do que aquelas verificadas fora desse âmbito, exigindo atenção dos legisladores na proteção de tais direitos.

Ao longo dos anos, a internet se transformou no principal meio de comunicação e fonte de informação. Nesse contexto, surgiram as redes sociais como meio de



comunicação virtual entre as pessoas, desempenhando um importante meio de formação de grupos e de influência no comportamento da sociedade.

A despeito de todas as vantagens que a tecnologia proporciona, no espaço virtual de interação entre pessoas, surgem situações que não são acolhidas pelo ordenamento jurídico, em especial, no campo dos direitos da personalidade.

Isso porque a sociedade se modifica e evolui numa velocidade maior do que os legisladores pátrios conseguem acompanhar, deixando à margem da proteção estatal situações que não eram imaginadas à época da elaboração das regras em vigor e permitindo que as violações de direitos sejam fatos comuns na esfera digital.

Para melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo do trabalho analisa a evolução do uso da internet e da forma como as pessoas se relacionam nas redes sociais, considerando que a internet deixou de ser apenas um meio de acesso à informação para ser o espaço de compartilhamento de ideias.

Em sequência, no segundo capítulo, defende-se que o direito de liberdade de expressão está sendo usado como fundamento para violações de direitos da personalidade, que alcançam maior repercussão em razão da difusão da informação proporcionada pelas redes sociais, merecendo atenção dos estudiosos e legisladores.

O terceiro capítulo sustenta que a forma como as pessoas interagem nos modernos meios de comunicação não é alcançada pela atual legislação infraconstitucional, devendo essa ser aplicada à luz da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, considerando ainda a eficácia horizontal de tais direitos, numa tentativa de suprir a ausência normativa sobre o tema.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica - em auxílio aos conceitos utilizados -, parcialmente exploratória e qualitativa.



## 1. O SURGIMENTO DAS REDES SOCIAIS E SEU ESTABELECIMENTO COMO NOVA FORMA DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Entre o final do Século XX e início do Século XXI, a humanidade experimentou uma transição na forma como a informação era difundida: de televisão, rádio e telefone para a moderna rede mundial de computadores - a *internet*.

Isso porque a *internet*, criada originalmente para fins militares, foi liberada para fins comerciais na década de 80, o que permitiu um rápido processo de expansão aos longos dos anos, tornando-se cada vez mais acessível a um maior número de pessoas.

Tal fato foi fundamental para garantir a velocidade da transmissão da informação e descentralizar a fonte do conteúdo, pulverizando a disponibilização de notícias, de ideias, de fatos, de cultura etc.

As pessoas passaram a se conectar a uma única rede mundial, formando um espaço de diversidade cultural que gerou uma quebra de paradigmas na forma de se relacionar e adquirir conhecimento. O conhecimento passou a estar disponível em um clique. A informação, que antes tinha sua fonte concentrada em grandes veículos de comunicação, passou a ser disponibilizada em inúmeros pontos de acesso.

Como formas de relacionamento interpessoal na *internet*, inicialmente, surgiram os serviços de correio eletrônico (*e-mail*) para troca de mensagens entre os usuários. Entretanto, com o tempo, sentiu-se a necessidade de uma ferramenta de comunicação mais ampla, para que as mensagens não ficassem limitadas aos usuários de correios eletrônicos.

Formaram-se, então, na década de 90, as redes sociais como estrutura social de comunicação entre pessoas, que compartilham valores e interesses comuns. Tida como



embrião das redes sociais conhecidas atualmente, a rede ClassMates<sup>1</sup> surgiu, em 1995, com o objetivo de reunir amigos dos ambientes escolar e acadêmico, levando as relações sociais criadas no mundo real para o espaço digital.

No Brasil, a primeira rede a fazer grande sucesso foi o Orkut, que, de 2004 a 2014, reuniu pessoas espalhadas pelo mundo para discutir interesses comuns em várias comunidades virtuais, recurso muito popular na época. Tal rede teve participação significativa de brasileiros, que corresponderam a mais de 30 milhões de usuários<sup>2</sup>.

Tal marca de usuários foi, mais tarde, ultrapassada por outra rede social: o Facebook. Por meio dessa rede, o usuário compartilha informações, interesses, fotos, links e vídeos. Também criada em 2004, atingiu seu auge entre os usuários brasileiros pouco depois. Em 2013, ultrapassou a marca dos 76 milhões de usuários<sup>3</sup>.

Outra grande rede social é o Twitter, que também se tornou popular no Brasil. Criada em 2006, permite aos usuários enviar e receber atualizações pessoais de outros contatos em textos de até 140 caracteres (*tweets*). Tal rede proporciona velocidade no envio da informação, com a exibição no perfil do usuário em tempo real, assim como no perfil de outros usuários seguidores que tenham assinado o serviço para recebê-las.

Atualmente, as redes sociais estão também na plataforma móvel, assumindo o aspecto da mobilidade, por acompanharem os usuários em seus aparelhos telefônicos, fato este possibilitado pela instalação de aplicativos em *smartphones*.

Um exemplo disso é o Instagram, aplicativo lançado em 2010, que permite que o usuário aplique filtros em suas fotos, personalizando-as conforme seu gosto pessoal, e as publique na rede social, com campo de comentários aberto a seus seguidores (de forma privada) ou a todos, se público o perfil.

---

<sup>1</sup> ClassMates. Disponível em: < <http://en.wikipedia.org/wiki/Classmates.com> > Acesso em: 06 abr. 2015.

<sup>2</sup> Orkut. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Orkut> >. Acesso em: 04 abr. 2015.

<sup>3</sup> Folha de São Paulo. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2013/08/1326267-brasil-chega-a-76-milhoes-de-usuarios-no-facebook-mais-da-metade-acessa-do-celular.shtml> >. Acesso em: 04 abr. 2015.



Também popular na atualidade, o WhatsApp surgiu como uma alternativa a mensagens de texto instantâneas e multimídia, sem os custos de serviços como o SMS (*short message service*) e o MMS (*multimedia messaging service*). Rapidamente caiu no gosto popular, pois, além das mensagens de texto, os usuários do aplicativo podem criar grupos e enviar mensagens ilimitadas com imagens, vídeos e áudio.

Assim, no caminho dos predecessores serviços de e-mail e mensagens instantâneas dos computadores, os aplicativos permitem a comunicação rápida e a difusão de informação, fotos, áudios e vídeos de forma ampla. Sendo integrantes dessas redes, em qualquer hora do dia, os usuários podem ser surpreendidos com notícias “de primeira mão” disponibilizadas por seus contatos.

O Brasil está se mostrando como um dos maiores públicos das redes sociais, com crescimento expressivo do número de usuários. Segundo o IBOPE<sup>4</sup>, em 2013, 86% dos internautas ativos possuíam perfis pessoais em redes sociais.

O brasileiro se adaptou de tal forma às redes sociais que o ato de conferir as atualizações de *status* e *feed*<sup>5</sup> de notícias passou a fazer parte de sua rotina diária. Muitos atribuem essa vocação do brasileiro para usuário de redes sociais à sua característica social inerente, à expansão da classe média e ao crescente acesso à internet.

Hoje, já não existem barreiras físicas e limites territoriais na difusão da informação. Basta que alguém divulgue uma informação em algum lugar do mundo para que, em questão de instantes, o seu conteúdo seja compartilhado por outros, o que frequentemente ocorre em redes sociais. Diante disso, a informação está cada vez mais fácil de ser obtida, mais fácil de ser divulgada e mais difícil de ser controlada.

---

<sup>4</sup> IBOPE. Disponível em: < <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/numero-de-usuarios-de-redes-sociais-ultrapassa-46-milhoes-de-brasileiros.aspx>>. Acesso em 06 abr. 2015.

<sup>5</sup> O *feed* de notícias é uma lista atualizada constantemente com histórias de pessoas e páginas seguidas pelos usuários.



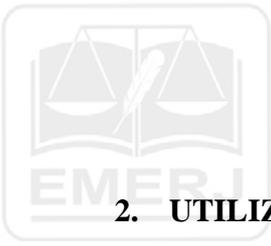
A força de mobilização das redes sociais foi demonstrada na onda de manifestações que atingiu o Brasil em 2013. Milhões de pessoas se organizaram por meio das redes sociais e foram às ruas protestar contra os mais variados assuntos, como o aumento da tarifa de transporte público, as grandes quantias de dinheiro investidas nos estádios na preparação para os jogos da Copa do Mundo e a indignação com a corrupção em geral.

Passado o modismo que toda novidade ocasiona, as redes sociais deixaram de ser vistas como algo efêmero para serem vistas como ferramenta fundamental de comunicação em tempo real. A dimensão alcançada pelas redes sociais colocou esse veículo de comunicação como um dos mais importantes da atualidade.

Na Antiguidade Clássica, a praça principal da polis grega era a ágora, em que os gregos podiam se manifestar sobre os assuntos da *polis*. Agora, o principal espaço de discussão é digital, onde acontecem debates políticos, convivência e visibilidade, sendo, também, o espaço em que se exerce a cidadania.

Assim, pode-se chegar à ideia de que as redes sociais, quando consideradas em suas ferramentas disponibilizadas e sua tecnologia, são neutras, ou seja, têm finalidade benéfica ou nociva a depender do tipo de uso dado. Poderão ser utilizadas para usufruir de todas as vantagens que proporcionam, como unir pessoas com interesses comuns, ou poderão ser usadas de forma danosa, ultrapassando os limites da intimidade e privacidade, denegrindo a imagem e a honra de algum usuário.

E nem todos aprenderam a usá-las da melhor maneira.



## 2. UTILIZAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO FUNDAMENTO PARA VIOLAÇÕES DE DIREITOS NAS REDES SOCIAIS

Os direitos fundamentais são frutos do pensamento liberal-burguês do Século XVIII, mas, desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições da História, esses direitos passaram por diversas transformações em seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação.

Fala-se em três dimensões de direitos, entre as quais a liberdade ocupa a primeira delas. Na primeira dimensão, estão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, a que se juntaram outras liberdades, como as liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião e associação <sup>6</sup>.

Há muito tempo a História registra o quão tormentoso é o caminho para assegurar o direito de livre manifestação do pensamento.

No Brasil, já na Constituição do Império havia previsão à liberdade de expressão, que se manteve até a Constituição de 1937. Contudo, no Estado Novo de Getúlio Vargas, a liberdade de pensamento sofreu grandes restrições com a censura à liberdade de imprensa. No segundo governo Vargas, a Lei da Imprensa regulamentou tais crimes, com forte repressão à liberdade de imprensa. Com a Constituição militar de 1967, a liberdade de pensamento foi condicionada aos parâmetros da ordem pública e dos bons costumes compatíveis com o governo.

Na atual Constituição Federal, vigente desde 1988, deu-se maior amplitude ao rol de direitos e garantias individuais. A liberdade de expressão se consolidou como um direito fundamental e requisito para uma sociedade democrática, que se verifica no artigo 1º, no artigo 5º, incisos IV, VIII e IX e artigo 220, por exemplo.

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12.ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 45-47.



A Declaração Universal dos Direitos Humanos também prevê este direito. Em seu artigo XIX, prevê: “Todos têm o direito à liberdade de opinião e de expressão. Este direito inclui a liberdade para ter opiniões sem interferência e para procurar, receber e dar informação e ideias através de qualquer meio de comunicação e sem importar as fronteiras”<sup>7</sup>.

Como aliada do direito à livre manifestação do pensamento e à liberdade de expressão, a Internet funciona como a grande fonte de distribuição de informações e dá ao usuário o poder de difundir diversos dados, de autoria própria ou não, por meio de um ou poucos comandos. Isso demonstra a mudança qualitativa e quantitativa das informações, com rápida propagação na rede.

O mundo tecnológico traz ambientes com conteúdos complexos e cooperativos em que as pessoas podem interagir e construir conhecimentos conjuntamente. Nesse contexto, o ambiente digital facilita a cooperação e a formação de grupos e parcerias para experiências de compartilhamento novas.

Diante de tal circunstância, a rede mundial de computadores mostra-se como uma via de mão dupla: ao mesmo tempo em que é espaço livre de discussão e informação, é espaço de excessos, de conteúdos impróprios e de ilícitos.

Isso porque a possibilidade de se expressar livremente, em espaço não dominado pelo Estado, pode permitir certo grau de anonimato aos interlocutores por meio de apelidos, “nicks”, ou nome de usuários, que podem ser verdadeiros ou falsos. Tal fato ocorre em diversos ambientes de cooperação, como as listas de discussão, os fóruns e as redes sociais – ou seja, qualquer campo aberto para comentários.

Ainda que sejam verdadeiros os nomes de usuários utilizados, a proximidade entre os interlocutores é relativa, já que os dados fornecidos não são aptos a localizar fisicamente

---

<sup>7</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> > Acesso em: 21 jul. 2015.



alguém de forma usual. Com isso, a troca de comentários em um ambiente digital proporciona uma proximidade de ideias entre pessoas que, na maioria dos casos, jamais se encontrarão.

É esse distanciamento que parece dar a coragem para exceder os limites sociais e jurídicos de respeito à personalidade de outrem. É o que se verifica nos comentários desrespeitosos e preconceituosos frequentemente vistos nas redes sociais, especialmente em perfis públicos de personalidades da mídia.

Os crimes contra a honra, que são penalmente combatidos e punidos no ordenamento pátrio, são algo visto cotidianamente na Internet. Mesmo comentários que não são feitos diretamente às pessoas, por conta de regras de condutas moralmente vigentes na sociedade, aparecem constantemente em redes sociais. Os freios morais ficam mais fracos no mundo digital.

Nessa onda, os modernos meios de comunicação permitiram a disseminação de um *Hate Speech*, também denominado Discurso do Ódio, sendo todo ato que, de alguma forma, discrimine ou incite à discriminação, normalmente, destinada às minorias.

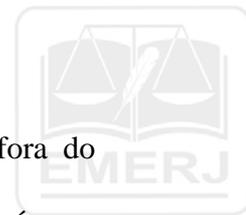
O discurso do ódio é tema ligado ao limite da liberdade de expressão, podendo ser considerado uma apologia abstrata ao ódio, já que resume o desprezo e discriminação a determinados grupos. Pode se exteriorizar em manifestações de ódio, desprezo, ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores.

Segundo Manuel Castells<sup>8</sup>:

[...] na co-evolução da Internet e da sociedade, a dimensão política de nossas vidas está sendo profundamente transformada. O poder é exercido antes de tudo em torno da produção e difusão de nós culturais e conteúdos de informação. O controle sobre redes de comunicação torna-se a alavanca pela qual interesses e valores são transformados em normas condutoras de comportamento humano. Esse movimento se processa, como em contextos históricos anteriores, de maneira contraditória. A Internet não é um instrumento de liberdade, nem tampouco a arma de dominação unilateral.

---

<sup>8</sup> CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.



Em que pese violações a direitos da personalidade já sejam perpetradas fora do mundo digital, com o crescente uso das redes sociais, também crescente se tornou o número de tais violações.

Cabe ressaltar que os direitos da personalidade são emanções da própria dignidade humana, funcionando como “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano”.<sup>9</sup> Esses direitos são atribuídos a todo ser humano e oponíveis a toda a coletividade e ao Estado. A sua violação pode produzir prejuízos econômicos - o que ensejará reparação, como o “direito de resposta”, a divulgação de desmentidos de caráter geral – e a indenização pelo dano moral.

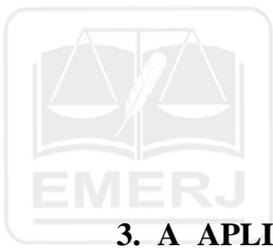
Os direitos da personalidade se dividem em dois grupos: a) direitos à integridade física, que alcança o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e b) direitos à integridade moral, em que estão inseridos os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.

As violações aos direitos das personalidades verificadas nas redes sociais se destacam das demais pelo elemento da maior propagação da informação, que faz com que um comentário ofensivo seja rapidamente visualizado por um número indefinido de pessoas. Em alguns minutos, a ofensa se propaga e pode ser compartilhada por outras pessoas.

Travestidas de comentários jocosos ou até mesmo explicitamente preconceituosas, as violações provocam danos irreparáveis aos ofendidos, com exposições públicas constrangedoras e ofensas irreparáveis à honra.

---

<sup>9</sup> TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil: a tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004. p. 33.



### **3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS DA PERSONALIDADE DIANTE DA AUSÊNCIA NORMATIVA**

A Constituição de 1988 foi um marco para o Direito Brasileiro na medida em que nasceu com valores advindos do Estado Social de Direito, trouxe novas diretrizes sociais e estabeleceu novos critérios de interpretação e aplicação do direito positivo.

Com a importância dos princípios e valores constitucionais, o Código Civil e a Constituição passaram a interagir de uma forma aproximada, criando espaço para um Direito Civil Constitucional. Isso porque as normas garantidoras de direitos fundamentais afirmam valores incidentes sobre todo o ordenamento jurídico, caracterizando a eficácia irradiante das normas constitucionais.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso afirma que a eficácia irradiante desempenha os papéis de princípio hermenêutico e de mecanismo de controle de constitucionalidade, por meio da interpretação conforme a Constituição<sup>10</sup>.

Foi na segunda metade do século XX que o estudo da eficácia dos direitos fundamentais ganhou relevo, especialmente na Alemanha, rompendo os obstáculos que inviabilizavam a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Nesse contexto, diz-se vertical a eficácia dos direitos fundamentais que vincula os entes estatais e horizontal aquela pertinente à incidência das normas sobre direitos fundamentais às relações privadas. No entanto, o tema não é pacífico, havendo discussão sobre se a eficácia horizontal de tais direitos seria mediata ou imediata, isto é, se as normas de

---

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.174-181.



direito fundamental atingiriam todos os particulares, seja nos casos em que uma das partes ostenta poder econômico ou social, seja nas relações jurídicas entre iguais.

Para os defensores da eficácia mediata (indireta), teoria com origem na obra de Günther Dürig, os direitos fundamentais somente poderiam ser aplicados no âmbito das relações particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais.

Essa teoria sustenta que tais direitos são protegidos, no campo privado, não por meio de instrumentos do Direito Constitucional, mas sim por meio de mecanismos típicos do Direito Privado. A força jurídica dos preceitos fundamentais estender-se-ia aos particulares apenas de forma mediata, por da atuação do legislador.

Para os adeptos da eficácia imediata (direta), com origem na obra de Hans Carl Nipperdey, os direitos fundamentais são normas de valor válidas para toda a ordem jurídica, em respeito ao Princípio da Unidade da Ordem Jurídica e, por essa razão, o direito privado não pode ficar à margem da ordem constitucional<sup>11</sup>.

Assim, havendo ou não normas infraconstitucionais numa decisão, as normas constitucionais devem ser aplicadas como razões primárias e justificadoras, mas não necessariamente como as únicas, sendo normas de comportamento aptas para incidir no conteúdo das relações particulares, ainda que se reconheçam especificidades na incidência dos direitos fundamentais nesse caso.

Segundo Canotilho<sup>12</sup>, é necessária a criação de soluções diferenciadas, para harmonizar a tutela de tais direitos com a proteção da autonomia privada, pois, embora a vinculação direta dos direitos fundamentais atinja a todos os particulares e não apenas aos

---

<sup>11</sup> SARLET, op. cit., p. 397.

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed, Coimbra: Almedina, 1992, p. 602-612 apud SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 219.



poderes sociais, a desigualdade das partes em uma relação jurídica privada é um dado que não pode ser desconsiderado quando se observa a intensidade da eficácia horizontal de tais direitos.

A maior parte dos adeptos desta teoria reconhece que, diante da existência de lei disciplinando a questão subjacente ao conflito privado, deve o Judiciário aplicar a norma vigente - e não dar ao caso a resposta que pareça mais justa a cada magistrado -, podendo afastar-se da solução preconizada pelo legislador tão-somente quando concluir que esta se afigura incompatível com a Constituição.

Sarmiento<sup>13</sup> e Sarlet<sup>14</sup> defendem que, mesmo no caso de relações jurídicas paritárias, os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares, sob pena de proporcionar uma garantia incompleta e insuficiente à dignidade da pessoa humana.

Nosso constituinte não previu expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, mas também não há no texto constitucional brasileiro nada que sugira a ideia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos.

Seja qual for a posição adotada, importante para o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é a constatação de que a sociedade ampliou suas atividades e funções no Estado Social de Direito.

A amplitude os valores trazidos pela Constituição gerou uma complexidade em sua aplicação, sendo necessária a utilização da técnica da ponderação dos princípios constitucionais para a solução de conflitos normativos em alguns casos.

Luís Roberto Barroso<sup>15</sup> explica que, no processo ponderativo, devem ser observados os seguintes fatores: igualdade ou desigualdade material entre as partes; manifesta injustiça ou

---

<sup>13</sup> SARMENTO, ob. cit., p. 238.

<sup>14</sup> SARLET, ob. cit., p. 400-401.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, 2001, p. 28 apud SARMENTO, op. cit., p. 249.



falta de razoabilidade de critério; preferência pelos valores existenciais em detrimento dos meramente patrimoniais; risco para a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a eficácia imediata é sustentada por autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Roberto Barroso, Gustavo Tepedino, Wilson Steinmetz e Jane Reis Gonçalves Pereira, entre outros.

## CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é suporte para qualquer democracia, protegendo o indivíduo e a sociedade das opressões políticas.

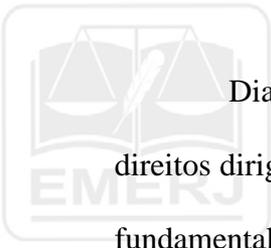
Surgindo como aliada desse direito, como fenômeno social, as redes sociais manifestam cultura, ideias e pensamentos de indivíduos integrantes de um grupo, mais restrito ou mais amplo, a depender do alcance da rede utilizada.

Tais espaços virtuais nasceram com as características da abertura e da porosidade, que possibilitaram a equiparação entre participantes e a dinâmica no compartilhamento de conteúdo.

Assim, é possível observar que as novas redes que se formam na sociedade não reinventaram os movimentos sociais, mas deram outras dimensões culturais, marcadas pela diversidade e amplitude das conexões tecnológicas de informação e de comunicação.

Em contraposição à ampla expressão valorizada pela sociedade moderna, o princípio da dignidade da pessoa humana protege a personalidade - como se pode verificar no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal - e todos os direitos que a viabilizam.

Contudo, é possível observar que as realizações humanas foram colocadas diante de novos desafios e possibilidades no ambiente digital de interação e nas novas interfaces.



Diante disso, deve ser afastada a ideia de direitos dirigidos apenas ao Estado e direitos dirigidos apenas aos particulares, visto que a constitucionalização de um direito como fundamental reclama uma resposta aplicável a todos.

Nesse ponto, a Constituição assume papel importante para a reconstrução do direito privado mais voltado para os vulneráveis: o papel de garantia e de limite do direito privado. Dessa forma, não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

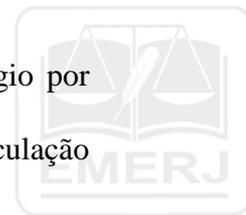
Os direitos fundamentais não mais são considerados absolutos, sendo restringidos essencialmente por seu caráter universal, diante de um mundo plural e democrático no qual os direitos precisam ser compatibilizados com os interesses dos demais, respeitando-se os limites de cada um.

Por isso, a liberdade de expressão, como direito fundamental, não pode ter primazia absoluta em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Ao contrário: o exercício do direito fundamental entre particulares deve ser respeitar a dignidade humana e conviver harmoniosamente com ela.

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da Constituição Federal promove pessoa a valor máximo. Todo ser humano é um fim em si mesmo, o que leva a um único argumento: a pessoa humana é um ser de dignidade.

Todos têm responsabilidade no exercício de suas liberdades individuais, de forma a respeitar os valores constitucionais. Isso decorre da existência de deveres jurídicos e morais, ainda que tal liberdade seja limitada por outro direito fundamental.

Caso ocorram violações, o lesado deverá buscar remédios jurídicos que protejam eficazmente seus direitos fundamentais, oponíveis não só em relação ao Estado, mas também aos particulares. Na solução desse conflito, o magistrado, ao aplicar uma norma de direito privado, também estará aplicando a própria Constituição e seus valores.



Diante de eventual ausência de norma, o magistrado deve solucionar o litígio por meio da invocação direta da Constituição, tendo em vista a supremacia desta e a vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais nela positivados.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, 2001.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2015.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). *Direito Digital*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PINHEIRO, Patrícia. *Direito Digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: a tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

ZANIOLO, Pedro Augusto. *Crimes Modernos: o impacto da tecnologia no direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.



## A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTOS GRATUITOS

Vanessa Nogueira Fuscaldo

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A atual Constituição efetivou o direito à saúde como direito fundamental, norma dotada de máxima efetividade com aplicabilidade imediata, sendo passível de pretensão judicial, caso descumprida. Nesse contexto, inclui-se a prestação de medicamentos gratuitos como desdobramento do direito à saúde. O presente trabalho visa a apresentar a interferência do Poder Judiciário na Administração quanto à prestação de medicamentos gratuitos: uma judicialização proveniente da opção legislativa constitucional.

**Palavras-chaves:** Interferência. Poder Judiciário. Administração Pública. Medicamentos gratuitos.

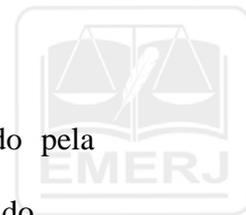
**Sumário:** Introdução. 1. O avanço da justiça constitucional no espaço da política majoritária. 2. Princípios norteadores do direito constitucional à saúde. 3. A interferência judicial na saúde pública e suas implicações. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar alguns princípios e fundamentos jurídicos, com base na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, a fim de concretizar o direito à saúde, mas especificamente o direito à prestação de medicamentos gratuitos.

Para a análise do tema, será utilizada a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, além da histórica. O conteúdo será abordado em três capítulos e uma conclusão.

No primeiro capítulo, pretende-se demonstrar a evolução das normas constitucionais, que passam a ter aplicabilidade imediata e máxima efetividade com a Constituição da



República Federativa do Brasil de 1988. Em especial, o direito à saúde, trazido pela Constituição como direito fundamental, passível de pretensão jurídica, caso desrespeitado.

Já no segundo capítulo, procura-se apontar os princípios norteadores da interpretação constitucional, que devem ser observados como fundamentação na efetivação do direito à prestação de medicamentos gratuitos.

No terceiro capítulo, objetiva-se demonstrar que o número de demandas judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos vem crescendo e as possíveis consequências que podem gerar essa interferência.

Por fim, conclui-se pela necessidade de dar máxima efetividade ao direito à vida previsto constitucionalmente, através de imposições de deveres ao Poder Público, ainda que resulte em ônus financeiro.

## **1. O AVANÇO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL SOBRE O ESPAÇO DA POLÍTICA MAJORITÁRIA**

O direito constitucional sofreu drástica mudança ao longo dos anos, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial<sup>1</sup>. A Constituição de 1988 foi o ápice da redemocratização do Brasil e fez do Judiciário um poder político: guardião da carta magna, que faz valer a efetividade de suas normas, ainda que perante o Executivo e o Judiciário.

Devido ao poder de uma plutocracia ancestral, pouco preocupada em ter um país de inclusão, com educação e saúde, as Constituições anteriores a de 1988, não gozaram de aplicabilidade imediata, ou sequer de eficácia, já que não havia interesse político. Verifica-se um marco na história do direito Brasileiro dar *status* de norma jurídica à Constituição, isso é a aplicação imperativa dos direitos que essa abarca.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luiz Roberto .Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: [www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf](http://www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf).>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 1.



Desde então, houve a constitucionalização do ordenamento jurídico<sup>2</sup>: as normas infraconstitucionais passaram a ser interpretadas pelo filtro constitucional e denotaram novo significado. Nesse diapasão, o método de subsunção da norma ao caso concreto e o uso da hermenêutica, antes realizados dando único sentido à norma, não se mostrou mais suficientes sendo necessário fazer uma análise do caso concreto e os princípios ali aplicáveis.

Além da redemocratização do país, o conteúdo abrangente da atual Constituição, transformou entre outras matérias, a saúde em direito fundamental<sup>3</sup>. Com isso, passou a ser possível ajuizar ações com a pretensão jurídica de satisfazer tal direito.

O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro atribui ao STF a competência para resolver assuntos políticos. A judicialização, no Brasil, decorre da opção constitucional adotada: a norma trazida na Carta Democrática, quando não atendida, é passível de ajuizar uma ação para se fazer cumprir, cabendo ao juiz conhecê-la e decidir a matéria.

O direito à saúde pública, antes da Constituição de 1988, não era universal, sendo oferecida assistência pelo INAMPS apenas para os cidadãos com registro na carteira de trabalho e previdência social. O Estado apenas atuava em caso de moléstia grave quanto ao resto da população.

A Carta Magna atual acompanhando a evolução constitucional contemporânea e as principais declarações internacionais, de direitos humanos, não só resguardou a saúde como bem digno de tutela constitucional, mas foi além, consagrando-a como direito fundamental do homem.

São cinco artigos (art. 196 a 200)<sup>4</sup>, na Constituição, referentes à saúde, e nesses encontra-se a proposta de integração dos serviços de forma regionalizada e hierarquizada, constituindo-se num Sistema Único de Saúde (SUS), em todo o país.

---

<sup>2</sup> Ibid., p. 3.

<sup>3</sup> 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: [www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf](http://www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf). Acesso em: 15 out. 2015. p. 14.



Nesse sentido, a Constituição estabeleceu no art. 196 o compromisso do Estado de garantir a todos os cidadãos o pleno direito à saúde, dispondo que: a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Esse dever que a Constituição impõe ao Estado implicará a instituição de entidades públicas, que poderão pertencer à Administração direta ou à Administração indireta, bem como criar mecanismos de cooperação entre essas entidades e entre entidades do setor privado, de modo que a execução das políticas públicas de saúde se efetive de forma universal, sendo dirigida a todos os brasileiros e também a estrangeiros residentes com isonomia, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, observando as peculiaridades regionais e sociais da população que atende e dessa forma garantir a todos o direito à saúde.

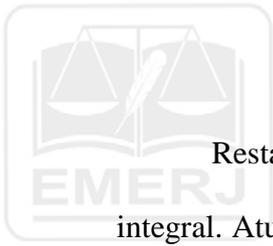
O direito à saúde possui dupla natureza<sup>5</sup>: direito difuso, a ser satisfeito através de políticas públicas, e também a de direito subjetivo individual, que pode ser exigido pelo Estado, inclusive mediante ação judicial.

O dever de prover o pleno gozo do direito à saúde é responsabilidade dos entes federativos, que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta. Nenhum ente federativo está excluído dessa responsabilidade que é solidária. A Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios (art. 23,II, CRFB/88) para formular e realizar políticas públicas de saúde. Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional”, forma do artigo 23, parágrafo único da Carta Política de 1988.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 dez 2015.

<sup>5</sup> LIMA. Kristiane Ferreira da Silva. *Responsabilidade Civil do Estado no Fornecimento de Medicamentos*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-civil-do-estado-no-fornecimento-de-medicamentos,29293.html>. Acesso em: 15 mar. 2016.



Resta claro, que o direito à saúde inclui a assistência terapêutica e farmacêutica integral. Atualmente, a distribuição de medicamentos deve acontecer segundo o artigo 198 da CRFB/88 e os princípios elencados pela Lei Orgânica de Saúde nº 8080/90: universalidade, equidade e integralidade.

A execução de ações e formulação de política nacional de medicamentos exigiu a elaboração de novas leis e regulamentação complementar. Desse modo, foi editada a Portaria GM nº 3.916, 30 de Outubro de 1998 do Ministério da Saúde<sup>6</sup>, que aprovou a Política Nacional de Medicamentos, tornando-se o instrumento norteador para a distribuição de medicamentos gratuitos. Foi criada, ainda, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), levando em consideração a demonstração da eficácia e segurança do medicamento, além da vantagem em relação à opção terapêutica já disponibilizada.

## 2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

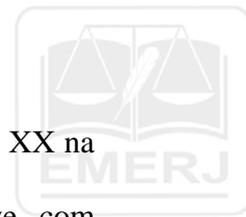
O direito constitucional à saúde está previsto como um direito social no art. 6<sup>o</sup><sup>7</sup> da Constituição Federal e possui alguns princípios norteadores para a sua aplicação e eficácia, que serão explorados individualmente a seguir.

### 2.1 Princípio do Mínimo Existencial

---

<sup>6</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria GM no 3.916, 30 de outubro de 1998*. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 nov. 1998b. s. 1, n.215-E, p.18.

<sup>7</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 dez 2015.



O princípio do mínimo existencial surgiu a partir da segunda metade do século XX na Alemanha e ganhou forças nas decisões da Corte constitucional Alemã e, inclusive, com repercussões no Direito comparado.

Os direitos sociais estão abalizados no conceito de dignidade da pessoa humana, pesquisar o mínimo existencial é estabelecer os limites atribuídos pela Constituição como garantias sociais mínimas aos indivíduos para que tenham alcançada a sua própria dignidade.

Dentro desse contexto, pode-se conceituar como um conjunto de direitos básicos que integram o núcleo da dignidade humana formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais, entre os quais a necessidade de ter saúde.

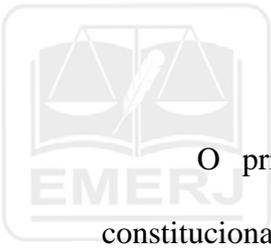
A vida humana não pode ser reduzida à mera existência, o indivíduo necessita desenvolver-se dignamente, foco esse que pode ser dado primeiramente pelas condições básicas de vida como moradia, saúde e complementado pela educação.

O Estado deve garantir as condições mínimas para que as pessoas possam se desenvolver e ter chances reais de assegurar por si próprias sua dignidade.

O Judiciário deve determinar o fornecimento do mínimo existencial em razão da força normativa constitucional sob o valor axiológico do princípio da dignidade humana, como também no fito de zelar por exegese vedativa de retrocesso do dever estatal de cumprimento ao núcleo essencial.

Diante do exposto, pode-se concluir que o direito à prestação de medicamentos está compreendido no denominado mínimo existencial, ou seja, o Estado tem o dever de garantir direitos básicos, o que significa possibilidade de satisfação das necessidades essenciais, entre as quais a necessidade de ter saúde.

## **2.2 Princípio da Máxima Efetividade**



O princípio da máxima efetividade é orientador da interpretação das normas constitucionais para delas extrair todas as suas potencialidades. Ultimamente, esse princípio é empregado no âmbito dos direitos fundamentais, de forma a reconhecê-los a maior eficácia possível. Entre esses direitos fundamentais está o direito social à saúde e conseqüentemente, o direito à prestação de medicamentos.

Em contrapartida, o debate em torno da efetividade dos direitos sociais prestacionais não poderá escapar da análise dos elementos e condições financeiras do Estado para que se atenda aos preceitos fundamentais da Constituição Federal. Porém, a escassez de recursos orçamentários jamais poderá se tornar óbice à garantia das condições mínimas de existência humana, sob pena de sacrifício do princípio basilar do constitucionalismo moderno, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

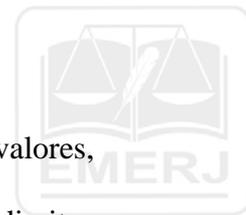
### **2.3 Princípio Da Proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade aparece justamente com a intenção de solucionar o choque entre princípios fundamentais<sup>8</sup>, a ser utilizado pelo operador do direito na ponderação de valores que deverão prevalecer no caso concreto. Serve como critério de aferição da validade de limitação de um direito fundamental, visando dar maior efetividade a outro direito fundamental buscando precipuamente a justiça.

A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade, revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luiz Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: [www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf](http://www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf). Acesso em: 10 dez. 2015.



A ponderação entre os bens que estão em jogo é feita através da aferição dos valores, conforme o peso a eles atribuídos, que é a técnica correta no caso de colisão entre direitos fundamentais. Dessa forma, encontra-se a solução que trará mais benefícios ou prejuízos, oferecendo ao caso concreto uma medida ajustadora de coordenação e cominação dos bens em colisão.

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República no artigo 5º, *caput*<sup>9</sup>, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro do Estado.

O princípio da proporcionalidade é utilizado para verificar a validade material de atos do Poder legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, além de verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite à atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que a sua ordem deve ser adequada, necessária e proporcional.

O direito à saúde é um direito social que pressupõe prestações estatais no sentido de fornecer medicamentos gratuitos, e essa prestação implica custos economicamente relevantes para serem efetivados. Por isso, a prestação de medicamentos gratuitos possui um limite fático: a real existência de meios por parte dos cofres públicos do Estado para cumprir com as suas obrigações.

Além desse limite fático, existe também limitação quanto à possibilidade jurídica do Estado de dispor desses recursos, quando existentes.

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha na década de 70<sup>10</sup>, fruto da experiência jurisprudencial que acatou a alegação da existência de limites econômicos para a

---

<sup>9</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 dez 2015.

<sup>10</sup> PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia*. Disponível em:



efetivação das políticas sociais diante das necessidades quase sempre infinitas a serem supridas. O tribunal alemão entendeu que uma prestação reclamada deve corresponder à possibilidade financeira e a disponibilidade de recursos materiais por parte do Estado.

Não se pode descartar as dificuldades administrativas na implementação de ordens judiciais, pois a obrigação de prestação de medicamentos exige procedimentos administrativos para a compra desses medicamentos.

A reserva do possível pode contribuir para uma maior racionalidade nas decisões judiciais, tendo em vista que exige do intérprete a observância das circunstâncias e dos efeitos das decisões, evitando sentenças de impossível execução. É necessário, contanto, que haja articulação entre o judiciário e os Poderes Públicos para conciliar o respeito às ordens judiciais com às exigências da burocracia administrativa.

A teoria da reserva do possível em sua origem não tinha a intenção de servir como manobra contra o interessado, mas sim como meio de ponderar e contrabalancear necessidades distintas que não poderiam ser atendidas ao mesmo tempo.

### 3. A INTERFERÊNCIA JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA E SUAS IMPLICAÇÕES

Diante da falta ou da negativa por parte do administrador público, em fornecer medicamentos a quem necessita, cresce o número de pessoas que vêm buscando o judiciário<sup>11</sup>, a fim de concretizar o direito à saúde, que como já foi dito, é um direito fundamental.

Contudo, não se pode deixar de observar que pelo princípio da igualdade não se poderia priorizar o direito fundamental de um em relação a outro, pois não se justifica o tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem na mesma situação. Nesse contexto, se

---

<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/18234/Dissertacao%20DESPOSITO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 mar. 2016. p. 6.

<sup>11</sup> D'ESPINDULA, Thereza Cristina de Arruda Salomé. *Judicialização da Medicina no Aceso Medicamentos: reflexões bioéticas*. Revista de Bioética, Curitiba, 2013; n. 21, p. 438-447. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a08v21n3.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016. p. 438.



sustenta que o direito à saúde, ainda que fundamental, não poderia ser absoluto. Portanto, uma das implicações da intervenção judicial seria a violação ao princípio da igualdade.

Outra implicação seria o desrespeito aos princípios da Administração Pública, especificamente o princípio da legalidade, contrariando o orçamento público positivado pela lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei Orçamentária Anual e pelo Plano Plurianual. O orçamento contém a previsão de receitas, autorização de despesas, busca o equilíbrio financeiro e publica o demonstrativos de custos, a avaliação dos exercícios anteriores e a estratégia para os próximos exercícios. Diante disso, não poderia o órgão julgador escolher a destinação dos recursos já especificados na lei.

O propósito precípua do Poder Judiciário de verificação do preenchimento dos ditames constitucionais nas atividades dos demais Poderes foi opção do legislador constitucional.

O princípio da separação dos poderes, como um sistema de freios e contrapesos, tende a cumprir o papel de sustentáculo da democracia e da convivência ordenada entre os diversos grupos na sociedade política. Esse mecanismo se desenvolve no sentido de equilibrar o exercício do poder, evitando que o abuso ou desvio ocorra em função da ausência de controle e fiscalização dos atos de quem toma decisões políticas.

O judiciário deve garantir ao maior número de pessoas o bem da vida a que têm direito, não podendo excluí-lo de apreciar lesão a direito, além garantir que o seja feito em tempo hábil de ser fruído, de acordo com o art. 5º da Carta Política.

Porém, quando o julgador determina que um ente federado forneça um medicamento que não faz parte de sua responsabilidade, ele sobrecarrega esse ente. Além disso, deve ser comprovado que o medicamento pleiteado possui eficácia terapêutica confirmada, e o mais importante: se de fato fora negado pela via administrativa.



## CONCLUSÃO

A questão do direito ao fornecimento de medicamentos é bastante controversa, porque nem sempre o fornecimento implementado pelo Poder Público atende às necessidades da população, ora porque as peculiaridades da doença exigem medicamentos especiais e/ou tornaram ineficazes os medicamentos que constam na listagem, ora porque houve erro, falha na atualização na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename).

O fornecimento de medicamentos também falha por questões administrativas, tal como problemas no procedimento de obtenção e distribuição.

A falha ou deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado, abrangidos nessa prestação o fornecimento ao medicamento e o de insumos terapêuticos, ameaça o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de produzir lesão irreparável ao direito à saúde.

Com isso, não tendo o seu direito devidamente assegurado pelo Poder Público, muitos cidadãos, individual ou coletivamente, se veem obrigados a buscar a satisfação desse direito constitucional jurisdicionalmente.

Sendo o direito à saúde, um dos preceitos constitucionais fundamentais, não pode o judiciário se posicionar de forma passiva, devendo dar máxima efetividade, através de imposições de deveres aos Poderes Públicos, mesmo que isso resulte em ônus financeiro, em supressão de vazios legislativos ou em implementação de políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

BARCELOS. Ana Paula. *A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 1996.



BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1996.

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: [www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf](http://www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf). Acesso em: 15 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: [www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf](http://www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf). Acesso em: 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf](http://www.conjur.estadão.com.br/pdf/estudobarroso.pdf). Acesso em: 15 dez. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm). Acesso em 15 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços de saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 1990.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Central de Medicamentos – CEME. *Manual de procedimentos para a programação de medicamentos*. Brasília, 1997a.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Portaria GM no 3.916, 30 de outubro de 1998*. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 nov. 1998b. s. 1, n.215-E, p.18.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Resolução CNS nº338, de 06 de maio de 2004*. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 maio 2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 18 out. 2015.

D'ESPINDULA, Thereza Cristina de Arruda Salomé. *Judicialização da Medicina no Acesso a Medicamentos: reflexões bioéticas*. Revista de Bioética, Curitiba, 2013; n. 21, p. 438-447. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a08v21n3.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

LIMA. Kristiane Ferreira da Silva. Responsabilidade Civil do Estado no Fornecimento de Medicamentos. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-civil-do-estado-no-fornecimento-de-medicamentos,29293.html>. Acesso em: 15 mar. 2016.



PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia.* Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/18234/Dissertacao%20DESPOSITO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 mar. 2016.



## A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS E PATRIMONIAIS COMO EVIDÊNCIA DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Vanessa Siqueira Ribeiro

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Assistente Direto de Gabinete de Desembargador.

**Resumo:** A disparidade no regime jurídico aplicável aos crimes tributários e patrimoniais é intrigante e tem sido alvo de incontáveis críticas por parte da doutrina. Com o passar do tempo, a jurisprudência passou a aplicar o princípio da insignificância a patamares de até R\$ 20.000,00, na seara dos delitos tributários, postura diametralmente oposta à adotada no trato dos delitos patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça. A essência do trabalho é apontar a seletividade como pressuposto da falta de isonomia e proporcionalidade na abordagem dos indivíduos que cometem crimes tributários e patrimoniais, bem como propor uma solução juridicamente sustentável para o problema.

**Palavras-chaves:** Direito Penal. Princípio da Insignificância. Crimes Tributários e Patrimoniais. Seletividade.

**Sumário:** Introdução; 1. A seletividade como pressuposto da disparidade de tratamento entre o transgressor da ordem tributária e o do patrimônio; 2. A incongruência jurisprudencial na aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários e patrimoniais; 3. A necessária padronização na aplicação do princípio da bagatela e extensão analógica da reparação do dano como causa de extinção da punibilidade; Conclusão; Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende desenvolver uma análise crítica acerca da incongruência jurisprudencial na aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários e patrimoniais, como evidência da seletividade do Sistema Penal Brasileiro.

Constata-se que a jurisprudência do STJ considera insignificantes os crimes contra ordem tributária em que o montante do tributo sonegado seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00, com base no artigo 20 da Lei 10.522/02. Já o STF aumenta o valor considerado insignificante para R\$ 20.000,00, com esteio na Portaria 75 do Ministério da Fazenda.



Em contrapartida, quando o contexto são os crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça, dentre eles o furto e a apropriação indébita, as Cortes Superiores se digladiam quanto a aplicar ou não o princípio da bagatela a hipóteses nas quais o objeto do crime atinge a ordem de R\$ 500,00.

Tal conjuntura evidencia a seletividade do Sistema Penal Brasileiro, à medida que os operadores do direito atribuem maior reprimenda aos crimes que lhes são mais distantes, os denominados crimes de rua, sendo, no entanto, mais brandos com os delitos que lhes são mais próximos, alcunhados de colarinho branco, o que é capaz de gerar grave insegurança jurídica e injustiça social.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar, no primeiro capítulo, em que consiste a Seletividade, conceito extraído da Criminologia, a fim de lançar um olhar crítico sobre a falta de isonomia e proporcionalidade no tratamento dos indivíduos que cometem crimes tributários e patrimoniais.

Em seguida, objetiva-se analisar comparativamente a jurisprudência dos Tribunais Superiores na aplicação do princípio da insignificância aos delitos *sub examine*, denunciando a desproporção alarmante dos julgados.

O terceiro capítulo, por sua vez, sustenta a necessária padronização dos critérios para a aplicação do princípio da bagatela, em prol da segurança jurídica e justiça social. Alternativamente, propõe-se a aplicação analógica da mesma causa de extinção da punibilidade prevista para os crimes tributários, qual seja, o pagamento do tributo, aos crimes patrimoniais não violentos, mediante a devolução da *res furtiva*, no intuito de promover maior proporcionalidade e igualdade de tratamento.

A metodologia utilizada será do tipo pesquisa de jurisprudência, de forma comparativa, e bibliográfica, com enfoque em artigos relacionados ao tema, de forma



exploratória e qualitativa, adotando-se o método de abordagem dedutivo, visando à construção teórico-crítica do tema.

## 1. A SELETIVIDADE COMO PRESSUPOSTO DA DISPARIDADE DE TRATAMENTO ENTRE O TRANSGRESSOR DA ORDEM TRIBUTÁRIA E O DO PATRIMÔNIO

A criminalização é o resultado de processos de definição e seleção de determinados indivíduos aos quais se atribui *status* de criminoso. Tais processos se realizam por três fases distintas: a criminalização primária, a secundária e a terciária.<sup>1</sup>

A primária consiste na criação dos tipos penais em abstrato pelo legislador, a secundária relaciona-se com o funcionamento das instâncias de controle social, com enfoque na atuação da Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário; ao passo que a terciária aborda o ingresso de indivíduos no sistema prisional.

O presente trabalho dará mais relevância ao processo de criminalização secundária, pois é no momento de concretização da norma penal que o viés seletivo do sistema de justiça criminal fica mais evidente. Isso porque a delinquência secundária é aquela que resulta do processo causal desencadeado pela estigmatização<sup>2</sup>, a qual, por sua vez, decorre do processo de etiquetamento penal.

Segundo Alessandro Baratta<sup>3</sup>, o etiquetamento consiste na sustentação de um processo de interpretação, definição e tratamento, em que alguns indivíduos pertencentes à

---

<sup>1</sup> GROSNER, Marina Quezado. *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: O Tratamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus*. São Paulo: IBCCRIM, 2008. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/monografia/61-Monografia-n-45-A-Seletividade-do-Sistema-Penal-na-Jurisprudencia-do-Superior-Tribunal-de-Justia-O-Tratamento-da-Criminalizao-Secundria-por-Decises-em-Habeas-Corpus>> Acesso em: 05 abr. 2015.

<sup>2</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 251.

<sup>3</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 94-96.



determinada classe superior interpretam uma conduta como desviante, definem os sujeitos praticantes dessa mesma conduta como sendo desviantes e empregam tratamento que entendem apropriado a essas pessoas, acarretando sua dessocialização, embrutecimento e estigmatização.

Com efeito, a seletividade se encontra imbricada ao processo de etiquetamento penal ou *labelling approach*, o qual gera a estigmatização dos comportamentos que serão objeto de investigação e punição.

Paulo Queiroz<sup>4</sup>, ao comentar os postulados do *labelling approach*, assevera que o controle social é altamente discriminatório e seletivo. Para o autor:

Enquanto os estudos empíricos demonstram o caráter majoritário e ubíquo do comportamento delitivo, a etiqueta de delinquente, sem embargo, manifesta-se como fator negativo, que os mecanismos do controle social repartem com o mesmo critério de distribuição dos bens positivos (fama, riqueza, poder, etc.): levando em conta o status e o papel das pessoas. De modo que as chances ou riscos de o indivíduo ser etiquetado como delinquente não depende tanto da conduta executada (delito), senão da posição dele na pirâmide social (status). Os processos de criminalização, ademais, vinculam-se ao estímulo da visibilidade diferencial da conduta desviada em sociedade concreta, isto é, guiam-se mais pela sintomatologia do conflito que pela etiologia do mesmo (visibilidade versus latência).

No âmbito dos crimes tributários e econômicos, entretanto, sequer se cogita de estigmatização dos comportamentos ou processo de etiquetamento penal. Observa-se, a valer, notória diferença de tratamento por parte do Sistema Penal, o que evidencia seu caráter seletivo.

Em estudo realizado pelo sociólogo estadunidense Edwin H. Sutherland<sup>5</sup> na primeira metade do século passado, já fora identificada a disparidade de tratamento debitado aos crimes econômicos praticados por diretores de grandes corporações, o que, na opinião do autor, afetava de forma muito mais danosa as bases sobre as quais se estrutura uma sociedade, do que simples crimes patrimoniais sem violência.

<sup>4</sup> QUEIROZ, Paulo. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 45.

<sup>5</sup> SUTHERLAND, Edwin H. Apud OLIVEIRA, Ribeiro Faria de; Bottino, Thiago. *Seletividade do Sistema Penal nos Crimes Contra o Mercado de Capitais*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3244.pdf>> Acesso em: 05 abr. 2015, p. 911.

Shutherland<sup>6</sup> atribuía a aplicação diferenciada da lei a diversos fatores, dentre os quais:

- (1) *status*: o poder imuniza os “homens de negócio” em relação aos crimes, já que incriminá-los poderá trazer problemas para o incriminador no futuro;
- (2) homogeneidade cultural: juízes, administradores, legisladores e homens de negócios possuem a mesma formação cultural, muitas vezes partilham as mesmas origens sociais e essa homogeneidade faz com que não seja uma tarefa fácil caracterizar os criminosos econômicos dentro do estereótipo do criminoso comum;
- (3) a tendência ao abandono das sanções penais: as instituições tradicionais (Estado, igreja e família) tinham abandonado a prática dos castigos;
- (4) a relativa desorganização na reação aos crimes de colarinho branco: Sutherland destacava que as violações das leis pelos homens de negócios são complexas e produzem efeitos difusos. Não se tratam de agressões simples e diretas de um indivíduo contra outro. Além disso, podem permanecer por muitos anos sem serem descobertas; e,
- (5) a baixa reprovação social dessas condutas: as pessoas adotavam comportamentos semelhantes em suas práticas cotidianas e mesmo os veículos de comunicação de massa (normalmente acostumados a fiscalizar e denunciar às autoridades a prática de crimes) não exprimiriam uma expressiva reprovação moral da coletividade a respeito dos crimes do colarinho branco, em parte porque são fatos complexos, de difícil colocação jornalística, mas, sobretudo, porque também os jornais pertencem a homens de negócios, que às vezes são responsáveis por ilícitos análogos.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>7</sup>, o sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa, permitindo a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada e deixando de fora outros tipos de delinquentes, como o de colarinho branco.

É essa seletividade estrutural do sistema penal a maior prova da falsidade da legalidade processual infirmada pelo discurso jurídico-penal, na medida em que os órgãos que compõem o sistema penal exercem seu poder repressivo quando e contra quem decidem.

Prossegue o autor afirmando que “na América Latina, o estereótipo sempre se alimenta das características de homens jovens das classes mais carentes [...]”<sup>8</sup>. Dessa forma, o sistema penal operacionaliza uma atuação seletiva, com fulcro nos estigmas já

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 130.

<sup>8</sup> Ibid. p. 131.



estabelecidos, o que acaba por deixar inertes determinadas espécies de indivíduos que violam a legislação penal.<sup>9</sup>

Nesse contexto, exsurge a aplicação díspar do princípio da insignificância aos crimes tributários e patrimoniais sem violência ou grave ameaça. Conforme será abordado a seguir, o Poder Judiciário se mostra mais condescendente com o transgressor da ordem tributária que ilude tributos no montante de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), do que com o indivíduo que furta um par de chinelos de R\$ 16,00.

Ou seja, há maior reprimenda no trato de crimes praticados contra o patrimônio privado, normalmente cometidos por indivíduos pertencentes a classes subalternas, do que em relação aos crimes que atentam contra o patrimônio público, em regra praticado pelas elites. Tal conjuntura não chega a causar estranheza em um cenário de corrupção sistêmica nacional, em que o erário público é aviltado diuturnamente sem relevantes repercussões punitivas.

A seletividade do sistema penal é, pois, identificada no presente trabalho como um dos pressupostos da disparidade de tratamento entre o transgressor da ordem tributária e o do patrimônio. Trata-se de um mecanismo que visa a legitimar a seleção de pessoas, em vez de comportamentos, a serem submetidas à lei penal.

O processo de seleção é atávico, inerente a qualquer ser humano, que tende a ter mais empatia pelo que lhe é semelhante, repelindo o diferente. Daí as incontáveis evidências de intolerância ao redor do mundo.

Nesse passo, é inevitável que o operador do direito melhor se identifique com o transgressor da ordem tributária, porquanto pertencente a uma classe social que lhe é mais próxima, em detrimento daqueles indivíduos que praticam os denominados crimes de rua, normalmente pertencentes às classes sociais mais pobres.

---

<sup>9</sup> Ibid. p. 130.



Dessa forma, criam-se subterfúgios para elasticizar a incidência do princípio da insignificância, de modo a elidir a tipicidade material da conduta do sonegador de tributos. Já no tocante aos delitos patrimoniais não violentos, desenvolvem os julgadores uma série de requisitos, de caráter inequivocamente subjetivo, como será mais bem elucidado no capítulo subsequente.

De acordo com a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>, para que se considere o crime de bagatela, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Em relação, aos delitos tributários, basta que o valor do tributo não ultrapasse R\$ 10.000,00, para o STJ, ou R\$ 20.000,00, para o STF.

Nota-se, portanto, que a própria aplicação do princípio da insignificância, que deveria refletir uma orientação mais garantista do direito penal, afigura-se, todavia, seletiva, evidenciando a falta de isonomia e proporcionalidade no tratamento dos indivíduos que cometem crimes tributários e patrimoniais.

## **2. A INCONGRUÊNCIA JURISPRUDENCIAL NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS E PATRIMONIAIS**

O princípio da insignificância foi sistematizado com caráter científico, pela primeira vez, em 1964, por meio dos ensinamentos de Claus Roxin<sup>11</sup>, que o concebeu como causa supralegal excludente da tipicidade material, afastando a incidência da norma penal de

---

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.412. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>> Acesso em: 07 set. 2015.

<sup>11</sup> ROXIN, Claus. Apud. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro. Manaus: Dizer o Direito, 2014. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/01/ebook-princc3adpio-da-insignificc3a2ncia-vf.pdf>> Acesso em: 07 set. 2015.



condutas supérfluas. Esse princípio busca raízes no brocardo civil *minimis non curat praetor*<sup>12</sup> e é também chamado de princípio da bagatela ou infração bagatelar própria.

Conforme explica Zaffaroni<sup>13</sup>, observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma gravidade, haja vista que nem toda afetação mínima do bem jurídico é capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal, sendo, portanto, penalmente insignificante.

Nesse contexto, surgiu a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.<sup>14</sup>

No Brasil, contudo, o princípio somente passou a ser aceito na jurisprudência da Corte Suprema brasileira quarenta anos depois da sistematização feita por Roxin, a partir do julgamento realizado em 2004 do *Habeas Corpus* 84.412, de Relatoria do Ministro Celso de Melo, tornando-se o *leading case* sobre o tema.

Na prática, a aceitação do conceito pela jurisprudência decorreu da constatação de que o encarceramento em massa era inviável sob a perspectiva de seu elevado custo econômico e baixo benefício social.

Além disso, dados do Departamento Penitenciário Nacional elucidavam o crescimento carcerário no país, bem como apontavam que 30% das prisões definitivas originavam-se de crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça, menos traumáticos do ponto de vista da estabilização social, embora representativos de significativo percentual da população carcerária.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Tradução livre: o pretor – magistrado à época – não cuida de coisas sem importância.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. V. I. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 488.

<sup>14</sup> VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade penal*. Apud QUEIROZ, Paulo. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 125.

<sup>15</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. *A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 98, 2012, p. 117/148.



Nessa conjuntura, o STF delimitou os vetores para a aplicação do princípio da insignificância no *leading case* supramencionado, que versava sobre o furto de uma fita de *videogame*, avaliada pela perícia em R\$ 25,00, pelo qual o acusado tinha sido condenado por furto privilegiado. Os requisitos foram fixados nos seguintes termos:

O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.<sup>16</sup>

Como se observa, os parâmetros fixados pelo STF afiguram-se abertos e parecem se confundir, de sorte que foram alvo de duras críticas por boa parte da doutrina. Paulo Queiroz<sup>17</sup>, por exemplo, afirma que esses requisitos são claramente tautológicos, dizem a mesma coisa com palavras diferentes, argumentando em círculo. Assim, a aplicação do princípio fica ao alvedrio de cada juízo ou tribunal, o que conduz a um cenário de insegurança jurídica.

Em pesquisa conduzida pelos professores Pierpaolo Bottini e Maria Thereza Sadek, sobre a aplicação do princípio da insignificância na jurisprudência do STF, concluiu-se que, em 86% dos casos de crimes contra o patrimônio, entre 2005 a 2009, o valor do bem esteve na faixa de até R\$ 200,00, valendo registrar que 70% dos casos diziam respeito a bens avaliados em até R\$ 100,00. Revelação ainda mais significativa foi a de que tal instituto não é reconhecido pelas duas turmas do STF quando a *res* supera a importância de R\$ 700,00.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit.

<sup>17</sup> QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 10 ed. Salvador: Juspodivum, 2014, p. 89.

<sup>18</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SADEK, Maria Tereza et al. *O Princípio da Insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica*: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: FAPESP, 2011. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/ultimas/principio-da-insignificancia-nos-crimes-contra-o-patrimonio-e-ordem-publica/>> Acesso em: 07 set. 2015.



O Ministro do STJ Rogerio Schietti Cruz, ao analisar tais dados, observou que os crimes patrimoniais de rua têm recebido tratamento jurídico completamente diverso e bem mais rigoroso se comparado ao que se dispensa aos crimes tributários, em particular, o descaminho, não apenas em relação aos critérios para o reconhecimento da insignificância penal, como também quanto ao valor máximo a permitir a incidência do princípio bagatelar próprio.<sup>19</sup>

Isso porque, em relação aos delitos patrimoniais, não há um parâmetro definido quanto ao valor do bem subtraído, como há em relação aos crimes contra a ordem tributária, em que se adota o valor mínimo, previsto em norma jurídica, para que se promova a execução fiscal.

A justificativa para a adoção desse parâmetro repousa no princípio da subsidiariedade do direito penal, haja vista que, se até determinado valor o Fisco não considera viável a cobrança judicial do tributo, careceria de lógica aplicar ao contribuinte uma sanção penal.<sup>20</sup>

Tomando por base para o presente artigo a disciplina dos tributos federais, o valor mínimo para dar ensejo à execução fiscal iniciou no montante de R\$ 1.000,00 em débitos tributários, com fulcro na Lei 9.469/97, majorando-se para R\$ 2.500,00 com a promulgação da Lei 10.522/02.

Em 2004, o Ministério da Fazenda editou a Portaria nº 49, elevando a quantia para R\$ 10.000,00, o qual foi ratificado meses depois pela lei 11.033, que alterou o artigo 20 da Lei 10.522/02.

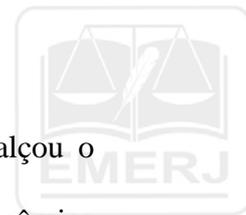
---

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.393.317. 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=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41463126&num_registro=201302576451&data=20141202&tipo=91&formato=PDF)> Acesso em: 07 set. 2015.

<sup>20</sup> GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. Apud OLIVEIRA, Jorge Falcão Marque de. *A Aplicabilidade do Princípio da Insignificância nos Crimes Tributários Federais e a disparidade relativa aos Crimes Patrimoniais*. 2014. 176 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014, p. 131/132. Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-29052015-151127/?&lang=br>> Acesso em: 09 set. 2015.



Por fim, a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, de março de 2013, alçou o patamar a R\$ 20.000,00, com espeque em estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que concluiu pela ineficiência da execução fiscal em reaver dívidas tributárias inferiores à referida soma.

Diante de tal cenário, o Supremo passou a aplicar o novo parâmetro de R\$ 20.000,00 para incidência do princípio da bagatela nos crimes tributários, inclusive retroativamente, por se tratar de norma mais benéfica aos réus. Cita-se, por todos, o HC 120.617, caso que envolvia o descaminho de mercadorias de origem estrangeira, havendo a elisão de tributos federais no montante de R\$ 11.789,90.<sup>21</sup>

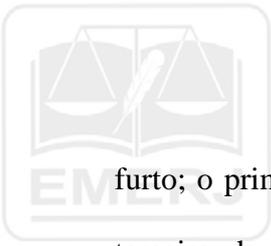
Ressalte-se que o STJ continua a aplicar o patamar anterior de R\$ 10.000,00, por entender que a Portaria vincula apenas os procuradores da Fazenda Nacional, sem obrigar o Poder Judiciário. Note-se que o critério adotado pelas Cortes Superiores e que acaba sendo seguido pelos Juízes e Tribunais locais é puramente objetivo, pautado no montante do tributo ilidido, sem se perquirir se o réu é um sonegador contumaz.

O mesmo tratamento não se observa no julgamento de delitos patrimoniais não violentos. A análise nesses casos é casuística e, na maioria das vezes, subjetiva, levando-se em conta as circunstâncias do fato, o reflexo da conduta do agente na sociedade, bem como os antecedentes do acusado.

Insta trazer à baila o recente julgamento conjunto dos *Habeas Corpus* 123.734, 123.533 e 123.108, todos de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, remetidos ao Plenário por deliberação da 1ª Turma, com vistas a uniformizar a jurisprudência do STF sobre a matéria. Na oportunidade, prevaleceu o voto do Ministro Teori Zavascki<sup>22</sup>, que negou a aplicação do princípio da insignificância. Os casos em análise versavam sobre o delito de

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 120.617. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>> Acesso em: 07 set. 2015.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123.734, 123.533 e 123.108. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Voto-vista: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc123108.pdf>> Acesso em: 07 set. 2015.



furto; o primeiro, de um par de chinelos da marca Ipanema; o segundo, de 15 bombons e o terceiro, de dois sabonetes.

Identificou o Ministro circunstâncias agravantes, como a qualificação do crime por rompimento de obstáculo ou reincidência dos agentes e considerou que a prática reiterada e contumaz de pequenos furtos não é socialmente aceitável, bem como que negar a tipicidade dessas condutas significa afirmar que do ponto de vista penal seriam condutas lícitas.

De fato não se pretende legitimar a reiteração no cometimento de pequenos delitos patrimoniais. Todavia, não se observa o mesmo rigor e investigação da vida pregressa do acusado quando o caso *sub judice* versa sobre delitos contra a ordem tributária ou descaminho. Não se estaria tornando lícita também a conduta de sonegar tributos até os referidos patamares (20 ou 10 mil reais)?

Sob outro prisma, afigura-se razoável considerar objetivamente que o montante de até R\$ 20.000,00 em sonegação de tributos faz jus ao manto da insignificância e em seguida negá-lo ao furto de um par de chinelos, avaliados em R\$ 16,00?

É imperioso propalar a desproporção alarmante no tratamento dispendido ao infrator da ordem tributária e o do patrimônio privado. Propor uma solução juridicamente sustentável para o problema é um dos objetivos do presente trabalho, como será mais bem desenvolvido no capítulo subsequente.

### **3. A NECESSÁRIA PADRONIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA E EXTENSÃO ANALÓGICA DA REPARAÇÃO DO DANO COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**

Após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *leading case* sobre o princípio da insignificância, abordado no capítulo anterior, o jurista alemão Claus Roxin foi consultado



sobre os vetores propostos pela Corte Suprema Brasileira. A resposta veio publicada na forma de artigo, oportunidade em que o mestre germânico revelou sua preferência pela positivação do instituto, como forma de possibilitar maior segurança jurídica.<sup>23</sup>

Com efeito, a promoção da segurança jurídica deve nortear a atuação do Poder Judiciário, daí a necessidade de se debater a padronização na aplicação do princípio da insignificância.

É indefensável que crimes patrimoniais comuns, cometidos sem violência ou grave ameaça, cuja lesividade restringe-se à vítima direta do delito, sejam punidos com maior rigor do que os crimes tributários, cujas consequências nefastas afetam os interesses de toda a sociedade.

Impende mencionar o fundamento constitucional dos delitos tributários, que exsurge do Estado Social preconizado pela Carta Magna, notadamente no artigo 170, *caput*, da CRFB<sup>24</sup>. O tributo destina-se ao custeio das atividades necessárias à coletividade, sendo instrumento de efetividade da Justiça Distributiva, corolário da Justiça Social<sup>25</sup>. Assim, torna-se ilícita a conduta do sonegador, que fraudava o dever de contribuir para o gasto público, usufruindo, contudo, das benesses de um Estado Social.

No atual cenário de crise econômica, em que se propõe o aumento na carga tributária com vistas a cobrir o rombo nas contas públicas resultante da malversação do erário, questiona-se se os patamares delimitados pelas Cortes Superiores para o reconhecimento da

---

<sup>23</sup> SOUZA, Fernando Antônio C. Alves de. Apud OLIVEIRA, Jorge Falcão Marque de. *A Aplicabilidade do Princípio da Insignificância nos Crimes Tributários Federais e a disparidade relativa aos Crimes Patrimoniais*. 2014. 176 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014, p. 131/132. Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-29052015-151127/?&lang=br>> Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em 21 set. 2015.

<sup>25</sup> PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 189.



insignificância no contexto dos delitos tributários não configuram um desserviço social, valendo-se de estímulo à sonegação.

O fundamento da subsidiariedade do direito penal em relação à esfera administrativa como pressuposto para aplicação do princípio bagatela próprio não deve prevalecer, tendo em vista a independência das instâncias. Não é porque o Fisco optou pelo não ajuizamento de execução fiscal, diante do custo-benefício desfavorável, que não poderá cobrar o débito por outros meios, a exemplo do protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa.

Para o professor José Maria de Castro Panoeiro<sup>26</sup>, há manifesto equívoco no critério do interesse na execução para aferir a insignificância. Observa o autor que o referencial legal é dotado de provisoriedade, pois possibilita reconhecer inicialmente a ausência de interesse fiscal para, com o decurso do tempo, tê-lo presente.

Isso porque o artigo 20, §1º, da Lei 10.522/02<sup>27</sup> prevê que os autos de execução serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados, com o incremento das multas e acréscimos legais pelo decurso do tempo. Tal circunstância cria a teratológica insignificância provisória.

Por outro lado, à luz do princípio da fragmentariedade, a proteção do direito penal é naturalmente subsidiária e somente deve ter lugar quando se utilizem, atuem e fracassem as instâncias primárias, formais e informais, de prevenção e controle sociais.<sup>28</sup>

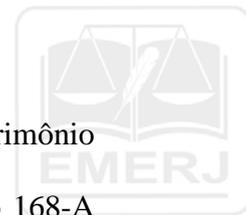
Sob essa ótica, é justamente porque a instância administrativa se mostra ineficiente na cobrança dos débitos tributários que se justifica a atuação do direito penal de sorte a inibir a conduta de sonegar tributos, a qual, não raramente, vem acompanhada de fraude fiscal e, em alguns casos, funciona como antecedente da lavagem de dinheiro.

---

<sup>26</sup> Ibid. p. 206.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei 10.522 de 19 de julho de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10522.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm)> Acesso em 21 set. 2015.

<sup>28</sup> QUEIROZ, op. cit., 1998, p. 120.



Insta salientar que, no que tange aos delitos tributários praticados contra o patrimônio da previdência social, dentre os quais a apropriação indébita previdenciária do artigo 168-A do CP<sup>29</sup>, a jurisprudência não tem admitido a aplicação do princípio da insignificância, sob o fundamento de que haveria alto grau de reprovabilidade da conduta, por atentar contra a subsistência financeira da previdência, cujas contas registraram um déficit no ano de 2009 acima de quarenta bilhões de reais.<sup>30</sup>

Na atual conjuntura econômica, propalam os jornais déficit de R\$ 30,5 bilhões no orçamento do Governo Federal em 2016<sup>31</sup>. Não seria então o momento oportuno de se rever a jurisprudência dos Tribunais Superiores, refutando-se a incidência do quarto requisito atinente à inexpressividade da lesão jurídica em relação aos demais delitos tributários?

Impende, portanto, reavaliar os patamares fixados pelo STJ e pelo STF para aplicação do princípio da insignificância aos delitos tributários, tanto em face das razões de atecnia mencionadas e dos reflexos socioeconômicos nocivos, quanto pela desproporção em relação ao tratamento dispendido aos crimes patrimoniais.

Como visto no capítulo anterior, no julgamento conjunto dos *Habeas Corpus* 123.734, 123.533 e 123.108 pelo STF, prevaleceu a tese de que a aplicação do princípio da insignificância deve ser examinada caso a caso. Ora, se a análise deve ser casuística para os delitos contra o patrimônio, por que não o será para os delitos tributários?

De fato não se justifica desconsiderar os antecedentes criminais do sonegador e considerá-los em desfavor do delinquente patrimonial. A primeira sugestão de promoção da padronização consiste, portanto, na desvinculação da esfera administrativa como pressuposto

<sup>29</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 22 set. 2015.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98.021. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613349>> Acesso em 22 set. 2015.

<sup>31</sup> RESENDE, Thiago; LIMA, Vandson. *Governo prevê déficit de R\$ 30,5 bilhões no Orçamento 2016*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4203468/governo-preve-deficit-de-r-305-bilhoes-no-orcamento-2016>> Acesso em 22 set. 2015.



para deflagração da tutela penal da ordem tributária, analisando-se casuisticamente o valor sonogado, as consequências do crime e os antecedentes do delinquente tributário.

Dessa forma, seria possível ressuscitar a atuação penal nessa modalidade criminosa, desestimulando a reiteração delitiva, em prol da isonomia de tratamento no cotejo com os delitos patrimoniais.

Não se descarta que tal proposta teria o reflexo de assoberbar o volume de casos que chegam às Cortes Superiores, o que já ocorre em relação aos delitos patrimoniais. Repise-se o recente julgamento pelo STF do furto de um par de chinelos, 15 bombons e dois sabonetes.

Essa circunstância decorre da ausência de estabelecimento de critérios claros e objetivos a serem seguidos pelos Juízos e Tribunais inferiores. Somente com o estabelecimento de parâmetros exatos será possível não só diminuir o número de casos que chegam às Cortes superiores, como também uniformizar a aplicação do princípio da insignificância, possibilitando maior segurança jurídica, o que se coaduna com a preleção de Roxin.

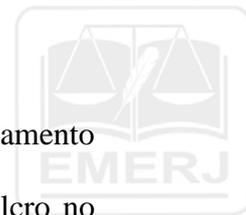
Nesse ponto reside a segunda sugestão para promoção da isonomia na aplicação do princípio da bagatela. Sem a pretensão de esgotar o tema, é imperioso que os Tribunais discutam e estabeleçam parâmetros norteadores a serem aplicados na mesma extensão, isto é, com igualdade, aos crimes tributários e patrimoniais.

Deixando o plano da tipicidade e adentrando no da punibilidade, é possível vislumbrar solução exequível e imediata rumo à paridade de tratamento, qual seja, a aplicação analógica *in bonam partem* ao delinquente patrimonial da causa extintiva de punibilidade prevista no artigo 34 da Lei 9.249/95<sup>32</sup>, destinada aos crimes contra a ordem tributária.

Trata-se da aplicação do princípio da irrelevância penal do fato, também denominado delito bagatelar impróprio, o qual objetiva extinguir a punibilidade de condutas que, apesar de

---

<sup>32</sup> BRASIL. Lei 9.249 de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L9249.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9249.htm)> Acesso em 22 set. 2015.



apresentarem certa relevância penal, prescindem da cominação de pena, cujo fundamento deve ser a necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, com fulcro no artigo 59 do Código Penal.<sup>33</sup>

De acordo com a legislação em vigor, a devolução da *res furtiva* ou reparação do dano apenas configura causa de diminuição de pena de um a dois terços, se realizada até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, na forma do artigo 16 do Código Penal<sup>34</sup>, ou circunstância atenuante, se for feita antes do julgamento, com base no artigo 65, III, b, do mesmo diploma<sup>35</sup>.

No âmbito dos delitos tributários, contudo, basta que haja o pagamento para que seja extinta a punibilidade, inclusive após o trânsito em julgado da condenação e início da execução, vide o julgamento pelo Supremo dos Embargos de Declaração na Ação Penal nº 516/DF<sup>36</sup> e da Questão de Ordem na Ação Penal nº 613/TO<sup>37</sup>, em que prevaleceu tal entendimento.

Tendo em vista as semelhanças fundamentais existentes entre os delitos contra a ordem tributária e os crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça, deixar de estender analogicamente a estes a mesma causa de extinção da punibilidade legalmente prevista para aqueles consubstanciaria flagrante afronta ao princípio da isonomia.

Ademais, a doutrina é pacífica em admitir o uso da analogia *in bonam partem* no Direito Penal. Conforme ensina Mirabete, a criativa utilização da analogia em benefício do réu é um modo eficaz de o juiz aplicar a lei abstrata de modo mais amplo e inteligente,

---

<sup>33</sup> GOMES, Luiz Flávio. Apud OLIVEIRA, Jorge Falcão Marque de. *A Aplicabilidade do Princípio da Insignificância nos Crimes Tributários Federais e a disparidade relativa aos Crimes Patrimoniais*. 2014. 176 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014. p. 131/132. Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-29052015-151127/?&lang=br>> Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 516 ED. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6392995>> Acesso em: 23 set. 2015.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 613 QO. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6017447>> Acesso em: 23 set. 2015.



interpretando com largueza formas estáticas, que, por sua rigidez, levam à ineficácia das instituições e ao desprestígio da justiça.<sup>38</sup>

Merece destaque ainda o fato de que a reparação do dano é uma circunstância objetiva, de modo que não permite a desigualdade de tratamento. Roxin<sup>39</sup> profetizou um grande futuro para ela no direito penal, considerando que, de um lado, tem a vantagem de oferecer à vítima uma reparação rápida e não burocrática, e por outro, orienta-se no sentido da ressocialização do réu, ensejando a reflexão sobre seu comportamento e o dano causado, ao produzir uma prestação construtiva.

Nada obstante, no âmbito dos Tribunais Superiores ainda não se admite a extensão analógica da mesma causa de extinção da punibilidade pela devolução da *res furtiva*. A título exemplificativo, cita-se o HC 92743<sup>40</sup>, da 2ª Turma do STF, no qual os bens subtraídos somavam a quantia de R\$ 100,90, todavia, mesmo havendo a reparação do dano antes do recebimento da denúncia, não prevaleceu o efeito de extinção da punibilidade, mas tão somente de atenuação da pena.

Em contrapartida, no emblemático caso do empresário Marcos Valério, que deixou de recolher nada menos que 6,82 milhões de reais aos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, reconheceu-se a extinção da punibilidade em razão do pagamento do tributo após o recebimento da denúncia, nos termos do julgamento do Recurso Especial 942.769<sup>41</sup>.

Causa perplexidade que se admita a extinção da punibilidade para sonegadores que desviam milhares de cifras dos cofres públicos e não se estenda a mesma benesse aos autores

<sup>38</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Apud ALMEIDA, Fernanda Afonso de. Sentença disponível em: <<http://blogsemjuizo.com.br/furto-e-sonogacao-analogia-para/>> Acesso em 23 set. 2015.

<sup>39</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24/26.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 92.743-2. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561163>> Acesso em: 23 set. 2015.

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 942.769. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=3606559&num\\_registro=2007004](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=3606559&num_registro=2007004)> Acesso em: 23 set. 2015.



de crimes patrimoniais, até mesmo nos casos mais insignificantes, cometidos sem violência ou grave ameaça.

Ao difundir a teoria da coculpabilidade, esclarece Zaffaroni<sup>42</sup> que o Estado é o responsável pela erradicação das desigualdades econômicas e sociais e, portanto, detém parcela de responsabilidade na prática delitiva por pessoas marginalizadas e menos favorecidas, o que justifica considerar como atenuantes as condições socioeconômicas do réu no momento da aplicação da pena.

Ao se cotejar o regime jurídico elaborado para os crimes tributários em confronto com o dos delitos patrimoniais, nota-se a existência da coculpabilidade às avessas, considerando o abrandamento na aplicação da pena os crimes praticados por pessoas de alto poder aquisitivo, em descompasso com a abordagem realizada nos crimes patrimoniais cometidos em geral pela parcela menos favorecida da população.

Dessa forma, no intuito de sanar a contradição normativa e a incoerência jurisprudencial existentes, propõe-se, por fim, a aplicação analógica da reparação do dano como causa de extinção da punibilidade, em prol da isonomia de tratamento e da segurança jurídica.

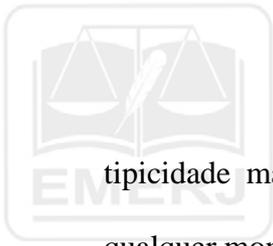
## CONCLUSÃO

Depreende-se, pelo exposto, que o viés seletivo do Sistema Penal Brasileiro é manifesto no trato anti-isonômico debitado ao transgressor da ordem tributária e o do patrimônio privado.

O regime jurídico aplicável aos crimes tributários é tão benevolente que chega a estimular a sonegação e o Poder Judiciário, ao invés de atuar de modo a corrigir as distorções, acaba por fomentá-las, ora ampliando a incidência do princípio da bagatela, a fim de excluir a

---

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Apud GONÇALLO, Eduardo Bernardini. Coculpabilidade às Aversas. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36869/coculpabilidade-as-avessas>> Acesso em: 23 set. 2015.



tipicidade material da conduta, ora extinguindo a punibilidade pela reparação do dano a qualquer momento.

No âmbito dos delitos patrimoniais, contudo, a resposta penal é muito mais contundente, seja no valor a ser considerado insignificante, seja nos inúmeros critérios subjetivos que precisam ser vencidos, seja ainda na recusa em se estender analogicamente a reparação do dano como causa de extinção da punibilidade.

Verifica-se, desse modo, a aplicação às avessas da teoria da coculpabilidade, haja vista o abrandamento do ordenamento jurídico no tratamento de pessoas que tiveram melhores oportunidades perante a sociedade e, portanto, maior âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, mas, ainda assim, optaram por delinquir.

Nesse contexto, deveriam sofrer maior rigor na aplicação da pena. Conforme analisado, contudo, não é o que ocorre, sendo a seletividade o pressuposto identificado para tal incongruência.

Como forma de amenizar as distorções, propõe-se a desvinculação da esfera administrativa como pressuposto para a deflagração da tutela penal da ordem tributária e a análise casuística para fins de aplicação do princípio da insignificância, considerando as consequências do crime e os antecedentes do delincente tributário.

Recomenda-se ainda o amplo debate e o estabelecimento de parâmetros norteadores precisos a serem aplicados indistintamente aos crimes tributários e patrimoniais. Por fim, sugere-se a aplicação analógica *in bonam partem* ao delincente patrimonial da reparação do dano ou devolução da *res furtiva* como causa extintiva de punibilidade.

Assim, possibilita-se o avanço no sentido da amenização das incongruências elucidadas, rumo à promoção da segurança jurídica e da justiça social, pilares de um sistema jurídico que se pretende legítimo.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renvan, 2002.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 22 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 9.249 de 26 de dezembro de 1995. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L9249.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9249.htm)> Acesso em 22 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 10.522 de 19 de julho de 2002. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10522.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm)> Acesso em 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 942.769. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=3606559&num\\_registro=2007004](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=3606559&num_registro=2007004)> Acesso em: 23 set. 2015.

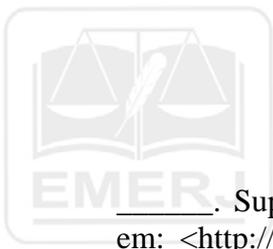
\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.393.317. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41463126&num\\_registro=201302576451&data=20141202&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41463126&num_registro=201302576451&data=20141202&tipo=91&formato=PDF)> Acesso em: 07 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.412. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>> Acesso em: 07 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 120.617. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>> Acesso em: 07 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 123.734, 123.533 e 123.108. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Voto-vista: Teori Zavascki. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc123108.pdf>> Acesso em: 07 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 98.021. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613349>> Acesso em: 22 set. 2015.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 92.743-2. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561163>> Acesso em: 23 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AP 516 ED. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6392995>> Acesso em: 23 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AP 613 QO. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6017447>> Acesso em: 23 set. 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. *A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 98, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SADEK, Maria Tereza et al. *O Princípio da Insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: FAPESP, 2011. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/ultimas/principio-da-insignificancia-nos-crimes-contrao-patrimonio-e-ordem-publica/>> Acesso em: 07 set. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Apud OLIVEIRA, Jorge Falcão Marque de. *A Aplicabilidade do Princípio da Insignificância nos Crimes Tributários Federais e a disparidade relativa aos Crimes Patrimoniais*. 2014. 176 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014. Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-29052015-151127/?&lang=br>> Acesso em: 21 set. 2015.

GROSNER, Marina Quezado. *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: O Tratamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus*. São Paulo: IBCCRIM, 2008. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/monografia/61-Monografia-n-45-A-Seletividade-do-Sistema-Penal-na-Jurisprudncia-do-Superior-Tribunal-de-Justia-O-Tratamento-da-Criminalizao-Secundria-por-Decises-em-Habeas-Corpus>> Acesso em: 05 abr. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Apud ALMEIDA, Fernanda Afonso de. Sentença disponível em: <<http://blogsemjuizo.com.br/furto-e-sonegacao-analogia-para/>> Acesso em 23 set. 2015.

PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 10 ed. Salvador: Juspodivum, 2014.

\_\_\_\_\_. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RESENDE, Thiago; LIMA, Vandson. *Governo prevê déficit de R\$ 30,5 bilhões no Orçamento 2016*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4203468/governo-preve-deficit-de-r-305-bilhoes-no-orcamento-2016>> Acesso em 22 set. 2015.



ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Apud. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro. Manaus: Dizer o Direito, 2014. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/01/ebook-prince3adpio-da-insignificc3a2ncia-vf.pdf>> Acesso em: 07 set. 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Fernando Antônio C. Alves de. Apud OLIVEIRA, Jorge Falcão Marque de. *A Aplicabilidade do Princípio da Insignificância nos Crimes Tributários Federais e a disparidade relativa aos Crimes Patrimoniais*. 2014. 176 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014. Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-29052015-151127/?&lang=br>> Acesso em: 21 set. 2015.

SUTHERLAND, Edwin H. Apud OLIVEIRA, Ribeiro Faria de; Bottino, Thiago. *Seletividade do Sistema Penal nos Crimes Contra o Mercado de Capitais*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3244.pdf>> Acesso em: 05 abr. 2015.

VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade penal*. Apud QUEIROZ, Paulo. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 125.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do Sistema Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renvan, 2001.

\_\_\_\_\_. Apud GONÇALLO, Eduardo Bernardini. Cocolpabilidade às Aversas. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36869/cocolpabilidade-as-aversas>> Acesso em: 23 set. 2015

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 9 ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



## **Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a Agentes Políticos e os Foros por Prerrogativa de Função no Estado Democrático de Direito**

Victor de Souza Miceli

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Oficial de Justiça Avaliador do TJERJ. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O artigo proposto tem por exame o instituto da improbidade administrativa, visto sob os aspectos gerais, com ênfase às categorias relacionadas à natureza da responsabilização por atos de improbidade e a aplicabilidade de suas sanções. No decorrer do trabalho, serão analisados, também, a extensão das prerrogativas de foro às ações de improbidade. Por fim, na temática em apreço, será abordada a existência de um dever geral de transparência, denominada como zona de luminosidade à qual sujeitar-se-ia todo agente público em razão da existência de um direito subjetivo à fiscalização e controle da gestão pública inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Direito do Constitucional. Direito Administrativo. Lei de Improbidade Administrativa. Aplicabilidade. Agentes Políticos. Foros Especiais por Prerrogativa de Função. Superação do Modelo Constitucional Vigente.

**Sumário:** Introdução. 1. Da Natureza da Responsabilização por Atos de Improbidade Administrativa e da Aplicabilidade de suas Sanções. 2. Da Inexistência de Foro Por Prerrogativas de Função nas Ações de Improbidade. 3. Fiscalização da Gestão Pública Como Pressuposto da Efetividade Democrática. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por objeto a análise do espectro de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

A pertinência do estudo extrai-se não apenas da relevância jurídico constitucional do tema, mas também das cada vez mais frequentes notícias de envolvimento de agentes políticos em esquemas institucionalizados de corrupção e desvio de recursos públicos.

O imaginário coletivo está habitado pela sensação de que os atos de improbidade não encontram repreensão adequada no ordenamento jurídico, o que serviria de estímulo para a reiteração das práticas de dilapidação do erário. O exame esmiuçado do principal diploma legal

de tutela da probidade administrativa tem a finalidade, portanto, de esclarecer se há ou não efetivamente lacunas no ordenamento jurídico pátrio na tutela eficaz do erário.

O primeiro capítulo do estudo destinar-se-á a analisar a natureza das sanções de improbidade e, por via de consequência da própria ação de improbidade administrativa como requisito para determinação da competência para processar e julgar tais demandas.

A questão da competência será pormenorizada no segundo capítulo, especialmente a controvérsia sobre a extensão do foro por prerrogativa de funções de agentes políticos para as ações de improbidade, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O terceiro e último capítulo por sua vez, irá adentrar a uma discussão ainda incipiente na doutrina brasileira, mas que, nitidamente traduz significativo anseio social: os foros privilegiados por prerrogativa de função são ainda hoje necessários à estabilização democrática ou tal instituto desvirtuou-se de seu escopo original?

Para tanto, o presente trabalho utilizar-se-á, notadamente, de metodologia expositiva para apresentar os principais pontos de controvérsia sobre a matéria, amparando-se em pesquisa bibliográfica ampla, a fim de embasar representar as teses sobre o tema, deduzindo, por fim aquilo que se propõe como a interpretação que mais se aproxima da concretização dos mandamentos democráticos constitucionais.

## **1 – DA NATUREZA DA RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DA APLICABILIDADE DE SUAS SANÇÕES**

Desde a sua promulgação a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei nº 8.429/92, é objeto de inúmeros questionamentos acerca de sua constitucionalidade e de sua posição dentro do sistema brasileiro de responsabilização de agente públicos. A natureza jurídica das sanções cominadas em seu artigo 12 até hoje ainda não é pacífica.



Os atos de improbidade dividem-se, em atos que importem em enriquecimento ilícito, atos lesivos ao erário e atos atentatórios contra os princípios constitucionais da administração pública, previstos nos artigos 09, 10 e 11, respectivamente da Lei de Improbidade.

Nesse sentido, a gradação de aplicabilidade das sanções legais denota que cada uma das modalidades de improbidade possui grau próprio de reprovabilidade opção legislativa legítima ante a diversidade de formas consumação do ato de improbidade.

Dentre as sanções comuns, aplicáveis a todas as formas de improbidade, há ainda uma margem de fixação da sanção, variável de acordo com a natureza do ato, sendo, indiscutível o desvalor mais severo ao ato de enriquecimento ilícito e o mais brando aos atos importem em inobservância aos Princípios Constitucionais da Administração Pública.

Como lei ordinária, a Lei de Improbidade busca seus fundamentos de validade e juridicidade diretamente na Constituição da República. Nesse sentido, a doutrina aponta o artigo 37, §4º, da Constituição da República<sup>1</sup>, como fundamente constitucional da Lei n. 8.429/92.

O cotejo da Lei de Improbidade com a sua fonte constitucional de validade traz de plano dois questionamentos: o rol de sanções previstas no texto constitucional seria taxativo? Preservada a responsabilidade penal cabível, por expressa previsão da Constituição da República, qual seria a natureza jurídica das sanções ali previstas?

Quanto ao primeiro questionamento, faz-se mister recorrer à tradicional classificação das normas constitucionais feita por José dos Afonso da Silva<sup>2</sup>. Na esteira da tradicional divisão das normas constitucionais, e, conforme expressamente definem Rogério Pacheco Alves e Emerson Garcia<sup>3</sup> em sua obra conjunta sobre o tema, o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição da República deve ser entendida como norma constitucional de eficácia limitada.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 10 out. 2015

<sup>2</sup> DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 152

<sup>3</sup> GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2011, p. 502



As normas constitucionais de eficácia limitada, por sua essência, contêm princípios programáticos, ou seja, objetivos a serem perseguidos pelo Estado brasileiro para concretização do Estado Democrático de Direito projetado pelo Poder Constituinte Originário.

No que tange à efetividade dessa espécie de norma constitucional, a doutrina tradicional <sup>4</sup> as entendia como proposições, desvinculadas de conteúdo compulsório. Modernamente, contudo, tem-se entendido <sup>5</sup> que, ainda quando não concretizadas no ordenamento infraconstitucional, as normas de eficácia limitada possuem, ao menos conteúdo vinculativo negativo, como parâmetros interpretativos da Constituição, o que, por sua vez, inviabiliza um afastamento do ordenamento infraconstitucional com o delineamento de Estado traçado na Carta Magna.

Frise-se, ainda que, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a admitir, em determinadas hipóteses, a atribuição de efeitos concretos ao mandado de injunção, dando concretude casuística aos princípios constitucionais programáticos quando a omissão legislativa constitua óbice à fruição de direitos fundamentais.

Como instrumento de concretização da norma constitucional programática, as sanções previstas na Lei de Improbidade não ultrapassaram o escopo mandamental da norma constitucional.

Nesse sentido, Emerson Garcia<sup>6</sup> compara o dispositivo constitucional em comento àquele que prevê que a prática de racismo seria considerada crime, sujeitando-a a pena de reclusão. Como saliente o autor, em ambas as hipóteses o conteúdo programático da norma traça níveis punitivos mínimos aquém dos quais o legislador infraconstitucional não poderia quedar-se, sob pena de violar o princípio da proporcionalidade sob seu aspecto negativo,

---

<sup>4</sup> Ibidem, p. 214

<sup>5</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 275

<sup>6</sup> Garcia, op. cit, p. 503



entendido como uma vedação a proteção insuficiente<sup>7</sup> da probidade administrativa. atos expressamente execrados eleitos pelo legislador constituinte originário.

A previsão no dispositivo constitucional em comento do cabimento da indisponibilidade de bens dos agentes ímprobos, medida de natureza eminentemente cautelar, sem previsão constitucional análoga de sanções pecuniárias nas mesmas hipóteses, evidencia que o constituinte objetivou legar ao legislador ordinário a adequada repreensão aos atos de improbidade.

Em verdade, o rol de sanções mínimas para atos ímprobos funda-se na preocupação fundada do constituinte originário de aqueles que exercem o poder político transitoriamente e que, naturalmente, são os potenciais praticantes de atos de improbidade, penalizassem tais condutas de forma excessivamente branda e insuficiente para a tutela do bem jurídico.

No que concerne à natureza das sanções previstas na lei de improbidade, a melhor forma de classificá-las é efetivamente por exclusão. O próprio dispositivo constitucional que prevê a responsabilização por atos de improbidade, distingue-a da persecução criminal eventualmente cabível se o ato ímprobo for igualmente tipificado em diploma penal. Dessa forma descartada, ainda no plano constitucional a eventual natureza penal das sanções por atos de improbidade administrativa.

Ante a garantia constitucional ao devido processo legal a competência para processar e julgar a imputação de improbidade é exclusiva de órgão investido de jurisdição. Dessa forma, por refugir à lógica da responsabilização fundada na hierarquia<sup>8</sup>, própria do direito administrativo, descarta-se igualmente a possível natureza administrativa da persecução pela prática de ato de improbidade administrativa.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 507

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 592



Portanto, por exclusão, chega-se à conclusão de que a natureza das punições previstas na Lei de Improbidade não é outra que não a cível. Essa definição é, por sua vez, requisito para se enfrentar outro questionamento recorrente, qual seja, a possível superposição de responsabilização pelos mesmos atos, ou seja, um suposto *bis in idem*.

O ordenamento jurídico brasileiro convive desde há muito com a interseção de esferas de responsabilização sem qualquer problemática. Nesse sentido, pode-se citar, além do já mencionado artigo 37, §4º, da CRFB, o disposto no artigo 52, parágrafo único da Constituição que atribui ao Senado Federal a competência para julgar o Presidente da República e outras autoridades por crimes de responsabilidade, não excluía as demais sanções judiciais cabíveis.

A Constituição sequer limita a responsabilização subsidiária do Presidente da República e demais autoridades às sanções previstas em estatutos criminais próprios<sup>9</sup>, abrindo as portas, inclusive para a responsabilização de tais agentes públicos na sistemática da lei de improbidade.

Quanto à responsabilização dos agentes públicos sujeitos à aplicação da Lei de Crime de Responsabilidade Lei 1.079/1950, imperioso distinguir a sistemática própria desse diploma legal dos demais. O artigo 4º, inciso V, da Lei n. 1.079/1950, tipifica como crime de responsabilidade os atos atentatórios contra a probidade da administração pública. Numa análise açodada parece óbvio que o bem jurídico tutelado pela Lei n. 8.249/92 seria o mesmo daquele tutelado pela Lei 1.079/1950, o que numa análise açodada poderia indicar coincidência de objeto e forma de tutela com a Lei Improbidade.

Conforme expressamente consignado no artigo 1º, da Lei 1.079/1950 as condutas nela elencadas são crimes de responsabilidade. Por se referirem a sanções penais, os crimes nela previstos sujeitam-se a todas as limitações e garantias próprias desse ramo do direito,

---

<sup>9</sup> GARCIA, op. cit. p. 356.



notadamente à garantia da anterioridade da lei penal incriminadora, e à função limitadora do tipo penal, que impõe a taxatividade das formas de incriminação.

A Lei 8.249/92, dispensada dos limites estreitos da legalidade penal, adota técnica diametralmente oposta, justamente. Os artigos 9º, 10 e 11 da LIA deixam claro que as ações descritas são apenas modalidades das espécies de improbidade administrativa descritas como enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios da administração pública<sup>10</sup>, essas sim suscetíveis de repreensão sob qualquer forma de concretização.

Do mesmo modo, os Prefeitos Municipais sujeitam-se a regime de responsabilização próprio, por força do Decreto Lei 201/1967, cujo preâmbulo faz expressa menção à sua fonte de legitimação, qual seja, o Ato Institucional nº 4, o que por si só já é motivo para questionar sua recepção pela Constituição de 1988, cujo preâmbulo expressamente dispõe que todo poder emana do povo e que, portanto, denota uma impossibilidade da convivência com atos de império oriundos de qualquer forma de poder opressora e despida de legitimação popular.

Admitindo-se, contudo, a vigência do referido Decreto Lei, é inegável seu caráter de norma penal<sup>11</sup>, especialmente quando, após o extenso rol de condutas tipificadoras do dito crime de responsabilidade, o artigo 1º, §1º, do Decreto Lei 201/1967, cominar penas variáveis de três meses de detenção a doze anos de reclusão.

Diante de sua natureza penal, eventual especialidade da normal em tela não há de obstar a aplicação da Lei de Improbidade aos alcaides. O conflito aparente de normas tem ensejo, isso sim, com os crimes contra a administração pública, previstos no Código Penal e que, dada a especialidade do Decreto Lei 201/1967, não seriam aplicáveis aos prefeitos.

---

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Método, 2013, p. 643

<sup>11</sup> DE FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Ação Civil Pública e Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa Pelos Órgãos de Advocacia Pública*. In: André da Silva Ordacy; Guilherme José Purvin de Figueiredo. *Advocacia de Estado e Defensoria: Funções Essenciais à Justiça*. Curitiba: Letra de Lei, 2009, p. 209



Dessa forma, assentada a ampla e irrestrita aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a todo e qualquer agente público<sup>12</sup>, e, por expressa disposição dos artigos 2º e 3º da Lei n. 8.429/92, inclusive àqueles que refogem à tradicional definição de agentes públicos, passar-se-á nos próximos capítulos à análise da competência para processar e julgar as ações de responsabilização por ato de improbidade.

## **2 – Da Aplicabilidade ou Não das Prerrogativas de Função Às Ações de Improbidade**

Fixada a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a agentes políticos, questão de elevado relevo a ser discutida é se tais agentes desfrutariam de qualquer tipo de foro pelas funções públicas que ocupam.

A Lei nº 10.638 de 2002 alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal<sup>13</sup> para acrescentar os parágrafos primeiro e segundo. A referida inovação legislativa dispunha sobre a competência para processar e julgar ações de improbidade administrativa eventualmente propostas em face de agentes políticas.

Com a redação publicada à época, o legislador tentou criar, por meio alteração no diploma processual penal, hipótese infra constitucional de foro privilegiado em razão do exercício de função pública para os atos de improbidade, além de prolongar o foro especial para crimes cometidos durante o mandato para além deste.

Para os defensores<sup>14</sup> do alargamento das hipóteses de foro especial, as prerrogativas de função seriam parte indispensável do sistema de freios e contra pesos estabelecidos pela Constituição da República de 1988. A garantia de que aqueles que ocupam funções públicas de relevância só poderiam ser julgados por magistrados de determinado grau, seria essencial para que aquelas funções pudessem ser exercidas de forma independente.

---

<sup>12</sup> GARCIA, op. cit. p. 458

<sup>13</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em 10 out. 2015

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 483.



Ainda segundo essa visão, a ausência de previsão constitucional expressa sobre prerrogativas de função para ato de improbidade, dever-se-ia apenas pela superveniência Lei de Improbidade à redação originária da Constituição da República.

Contraria a essa fundamentos, a Associação Nacional de Membros do Ministério Público, na tutela do interesse coletivo da classe, potencialmente afetada pela limitação de suas atribuições pelo diploma legislativo, convencida da inconstitucionalidade da Lei nº 10.628 de 2002, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797<sup>15</sup>, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão de relatoria do Ministro Menezes Direito.

O acórdão proferido na referida ação salientou que a alteração normativa consubstanciou uma reação a uma virada interpretada empreendida pela Suprema Corte em fevereiro de 2000, com o cancelamento do Enunciado Nº 394 de sua Súmula de Jurisprudência Preponderante, que anteriormente entendia estender-se para além do exercício dos mandados o foro para responsabilização por crimes cometidos no exercício funcional.

A tese de que a Lei nº 10.628 de 2002 versaria interpretação legislativa, supostamente autêntica, da Constituição foi explicitamente rechaçada pelo Supremo que classificou a inovação legal como malfada tentativa de positivizar interpretação constitucional divergente daquela conferida pelo seu guardião.

Baseado nas mesmas razões que tinham levado o Tribunal a cancelar sua Súmula nº 394, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a extensão do foro especial por prerrogativa de função além do exercício desta, prevista no parágrafo primeiro do artigo 84 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei nº 10.628 de 2002, transformaria garantia constitucional do cargo público em privilégio pessoal adquirido pelo seu exercício, o que contraria frontalmente os ideais republicanos estampados na Carta Magna.

---

<sup>15</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em 10 out. 2015



Ante a garantia fundamental à isonomia, prevista no artigo 5º, caput, da Constituição da República, a interpretação de toda e qualquer prerrogativa que confira a indivíduo tratamento diferente daquele dispensado à coletividade, somente pode ser considerado constitucional na medida em que tal diferenciação atenda ao interesse público envolvido.

Outro não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar a já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797/DF. A declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 84 do Código de Processo Penal, expressamente consignou em seu *obiter dictum* que as hipóteses constitucionalmente previstas de foro privilegiado constituem rol taxativo, insuscetível de ampliação interpretativa.

Dessa forma, inexistindo previsão constitucional em sentido contrário, a competência para apreciação e julgamento de ações de improbidade administrativa, independente do cargo eventualmente ocupado por aquele que figure no polo passivo da demanda, será sempre de um magistrado de primeira instância.

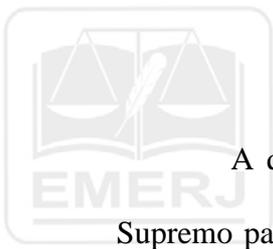
No bojo do julgamento da Petição 3211/DF<sup>16</sup> o Supremo teria reconhecido a existência de exceção à competência do juízo de primeiro grau para julgamento de ações de improbidade quando Ministro do Supremo Tribunal ou de Tribunal Superior figurasse como réu, o que de todo não restou consignado de forma expressa no dispositivo do acórdão.

A referida Petição, cuja Questão de Ordem deu ensejo ao debate, originou-se de ação de improbidade administrativa proposta na Seção Judiciária do Distrito Federal em face do Ministro Gilmar Mendes, então Advogado Geral da União, e outros réus.

Como muito bem salientado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, relator original da ação, em seu voto, a autuação perante o Supremo da ação cível de improbidade administrativa sob o nome de Petição, só demonstra a ausência de previsão dentre o rol taxativo de competências daquele Tribunal, sendo sintomática a sua incompetência.

---

<sup>16</sup>Id. Supremo Tribunal Federal. Petição 3211/DF. Relator para Acórdão Ministro Menezes Direito. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535803>. Consultado em 10 out. 2015



A questão de ordem, foi suscitada justamente para reconhecer a incompetência do Supremo para processar e julgar a referida ação, ainda que nela constasse outro Ministro da Corte como réu, e remetê-la ao Juízo de origem. Contudo, nos termos do voto do Ministro Menezes Direito, Relator para acórdão, prevaleceu a tese de que, em que pese a inexistência de hierarquia no exercício das funções típicas do Poder Judiciária, a hierarquia administrativa e funcional impediria que um magistrado de instância superior fosse julgado por magistrado de instância inferior por atos de improbidade administrativa.

Em que pese tal tese ter sido ventilada na fundamentação do referido voto, o Tribunal, acompanhando parecer do então Procurador Geral da República, decidiu pela extinção do feito em relação ao Ministro Gilmar Mendes, por entender que no exercício da função de Advogado Geral da União o mesmo sujeitar-se-ia tão somente ao regime de responsabilização por crimes políticos, não tendo consignado no dispositivo da decisão a suposto foro privilegiado para Ministros de Tribunais Superiores em ação de improbidade.

Desde então, a jurisprudência do Supremo no que tange à concorrência dos regimes de responsabilização de agentes políticos se alterou, conforme destacado no capítulo anterior, e o Tribunal hoje encampa o regime da ampla responsabilização de todo e qualquer agente público.

Recentemente, no bojo do julgamento da Reclamação 10037/MT<sup>17</sup>, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça igualmente fixou a jurisprudência daquele E. Tribunal pela inexistência foro especial por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa.

Considerado o histórico de tentativa legislativa de expansão das hipóteses de foro especial por prerrogativa de função, mostra-se pertinente consignar que eventual Emenda à Constituição com o fito de alargar a incidência de foros privilegiados padeceria de vício de constitucionalidade material, pro violação à garantia à isonomia ao Princípio Republicano.

---

<sup>17</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Reclamação 10037/MT. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/Destaques/Foro-privilegiado-nao-se-estende-as-acoes-de-improbidade-administrativa](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Destaques/Foro-privilegiado-nao-se-estende-as-acoes-de-improbidade-administrativa). Consultado em 26 out. 2015



Conforme salientado pelo Ministro Marco Aurélio Mello em diversos votos, o foro privilegiado não se afiança como evolução do sistema democrático. Pelo contrário, a dispensa de tratamento diferenciado a certos grupos sociais remete a regimes essencialmente discriminatórios e excludentes, nos quais determinados indivíduos, em razão de algum caractere pessoal fruam de privilégios.

Ainda que na visão do Constituinte Originário tal sistemática de foros se afiança-se como mal tolerável em prol da estabilização democrática, impõe-se reconhecer tal ponderação foi feita de forma exaustiva quando da promulgação da atual ordem democrática.

Portanto, qualquer alargamento das hipóteses eleitas pelo constituintes como justificáveis para dispensa de tratamento desigual a ocupantes de cargos públicos violaria o núcleo essencial do direito fundamental à igualdade e o sistema de responsabilização integral dos agente públicos, nos termos da reação do seu ao prever, em seu artigo 37, §4<sup>o</sup>18.

A sanção de suspensão dos direitos políticos, eventualmente imposta por decisão que reconheça a prática de atos de improbidade para muitos evidenciaria a imperiosidade de reconhecimento da extensão do foro por prerrogativa de funções para tais ações.

Contudo, mais uma vez, importa destacar que foi a própria Constituição da República, em sua redação original, que expressamente cominou tal sanção aos agentes ímprobos, sem qualquer ressalva quanto a garantias ou prerrogativas de eventuais agentes políticos.

Da análise do texto constitucional originários se apreende que, ao criar a sistemática que passaria a ser conhecida como plena responsabilidade dos agentes estatais o Constituinte Originário, imbuído de um ideal republicano e de legitimação das Instituições, optou por submeter todos os agentes públicos e os indivíduos a eles equiparados ao mesmo regime de responsabilização.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Consultado em 10 de out. 2015



Portanto, a expansão, por meio de Emenda Constitucional, das hipóteses de foro por prerrogativa de função originariamente previstas na Constituição da República implicaria na desconsideração da escolha discricionária feita pelo Poder Constituinte.

Mais do que isso, a expansão dos foros por prerrogativa de função, na esteira da doutrina do Ministro Marco Aurélio Mello, afiançar-se-ia como retrocesso democrático, incompatível com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988.

Em verdade, a sedimentação do democracia e a estabilidade das Instituições Públicas nos impele a ponderar se ainda hoje o regime de foros por prerrogativa de função ainda é necessário à contenção dos Poderes ou, se qualquer sorte, tais prerrogativas hoje afiançar-se-iam como empecilhos ao desenvolvimento pleno da democracia por meio da criação de redes de proteção político judiciais.

### **3 - FISCALIZAÇÃO DA GESTÃO PÚBLICA COMO PRESSUPOSTO DA EFETIVIDADE DEMOCRÁTICA**

A menção reiterada e em circunstâncias diversas ao Estado Democrático de direito acaba por esvaziar a importância inerente a esse conceito que de tal grandeza encontra-se insculpido no artigo inaugural da Constituição da República.

A interrelação entre direito e democracia é tão rica que, a partir da disposto no 1º, parágrafo único, da Constituição da República conclui-se que toda e qualquer forma de exercício do poder só se legitima enquanto representação da vontade popular. Não à toa, o exercício de cargos públicos eletivos recebe a denominação de mandato, instrumento jurídico de representação.

Por outro lado, importante ponderar que, ao lado dos instrumentos de representação popular, a Constituição de 1988 incentiva o exercício direto da democracia, seja através dos mecanismos de consulta popular, seja através da iniciativa legislativa popular e, principalmente, através dos mecanismos diretos de controle da Administração Pública, notadamente a ação popular.



Dessa forma, para a efetivação do Estado democrático não basta a democracia formal, atrelada ao sufrágio. A democracia precisa abranger um aspecto material, atrelado a politização da vida social<sup>19</sup>, entendida como formação de arenas públicas de debate, verdadeiras incubadoras de ideias e do sentimento de pertencimento, pressupostos da compreensão da relevância da atuação de cada indivíduo para o bem estar social.

Retrocedendo à idéia de mandato, como instrumento de representação política, relevante a referência à sua qualificação jurídica, nos termos do artigo 653 do Código Civil<sup>20</sup>:

Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

Em que pese instrumentalizados por meios distintos e com finalidades distintas, são os pontos comuns entre o mandato político e o civil que merecem destaque, especialmente no que concerne aos direitos dos mandantes e à relação de fidúcia entre estes e seus mandatários.

A obrigatoriedade do voto na forma atualmente prevista na Constituição da República mitiga a autonomia da vontade, de sorte que, mesmo aqueles que eventualmente não se sintam satisfatoriamente representados são compelidos a, ao menos, legitimar a instrumentalização do poder político pela presença sufrágio obrigatório e universal.

A relação de fidúcia, real ou ficta, inerentes ao exercício da representação, legitima, por sua vez o exercício permanente de um poder/dever fiscalizatório por parte daquele que se faz representar e se obriga pelos atos do mandatário. Sobre o tema, assim dispõe o Código Civil de 2002<sup>21</sup>:

Art. 668. O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.

<sup>19</sup> ALVES, Rogério Pacheco. Zona de Luminosidade dos Agentes Públicos. Revista do Ministério Pú do Estado do Rio de Janeiro, n. 38/2010, p. 91

<sup>20</sup> BRASIL. Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em 26 out. 2015

<sup>21</sup> BRASIL. Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em 26 out. 2015



O dever de prestar contas do mandatário correlaciona-se a um o direito subjetivo de o mandante exigi-las. Na seara política, contudo, o prazo certo dos mandatos eletivos e o regime diferenciado de responsabilização de alguns agentes políticos, em que pese representarem garantias ao exercício pleno do mandato, não podem implicar em excessiva limitação do controle de seu desempenho.

No atual sistema político constitucional, a perda de mandato jamais se relaciona à insubsistência de representatividade, mas sim a um juízo positivo do cometimento de faltas políticas, civis ou criminais no desempenho do mandato.

O direito à fiscalização efetiva do desempenho de todo e qualquer *múnus* publico, como premissa para uma democracia material, ganhou novo impulso com a consagração do direito de acesso à informação, com o advento da Lei de Acesso a Informação<sup>22</sup> (Lei nº 12.547/11), que deu efetividade aos Princípios Constitucionais da Publicidade e Moralidade da Administração Pública, instrumentais do Estado Democrático de Direito.

O amplo e quase irrestrito direito de acesso a informações da atuação administrativa do Estado insere-se no contexto de institucionalização da democracia e superação dos ranços ainda hoje sentidos de longo período de exceção vivenciado pelo Brasil. Nesse contexto, os até hoje subsistentes foros por prerrogativa de função cada dia mais despontam como institutos estranhos ao conceito de democracia hoje em desenvolvimento.

A dispensa de tratamento diferenciado a determinados atores sociais, ainda que eleitos pelo legislador constituinte constitui exceção cada dia mais insustentável em uma sociedade orientada pelo dever de igualdade decorrente do objetivo de construir-se uma sociedade livre de qualquer forma de discriminação, na formas do artigo 3º, IV, da Constituição.

Mais do que isso, ao prever que indivíduos que exercem cargos ou funções públicas determinadas se sujeitam a regimes de responsabilização muitas vezes mais complacentes que

---

<sup>22</sup> BRASIL. Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso a Informações). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm). Acesso em 26 out. 2015



o regime geral de persecução penal, a Constituição da República contribui para a manutenção do sentimento de existência de grupos sociais bem delimitados cuja origem remonta à Corte portuguesa que colonizou o Brasil.

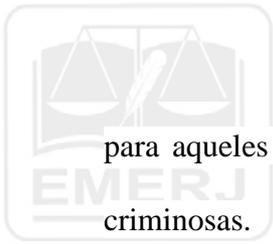
Correspondente ao direito de acesso a informações, vislumbra-se uma obrigação de transparência imposta a todo e qualquer agente público no desempenho de suas funções, extensível ainda a sua vida pessoa em aspectos de qualquer forma correlacionados à sua função, especialmente no que concerne à sua evolução patrimonial, espectros que se inserem naquilo que se passa a definir como zona de luminosidade dos agentes públicos.

Nesse sentido, a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça reconhecem que os indivíduos que desfrutam de vida pública gozam de menor autonomia para exercer o seus direitos a intimidade do que aqueles cujas atividades habituais refogem ao interesse público.

Uma releitura da ordem constitucional, à luz da mais ampla efetividade do princípio republicano, privilegia a credibilidade e estabilidade das próprias Instituições sedimentadas ao longo de quase três décadas de regimes democráticos, em detrimento de prerrogativas de foro.

O raciocínio que se aplica pressupõe que o devido processo legal, ampla defesa e o contraditório, aliados à independência e autonomia do Poder Judiciário, são garantias suficientes de que todo e qualquer cidadão só sancionado após transito em julgado de decisão proferida por agentes públicos empossados em cargos públicos em virtude de prévia aprovação em concurso público. Propõe-se, em suma, que as Instituições constitucionalmente previstas disfrutem de maior prestígio e credibilidade a fim que se supere a visão personalista do exercício do poder político.

As recentes crises políticas institucionais, tornaram pública a cultura de aparelhamento de cargos públicos como mecanismo de cooptação política e manutenção do poder. Dessa sorte, o poder conquistado por meios ilegítimos não pode servir de fonte de tratamento diferenciado



para aqueles que usam o Estado como base de financiamento de verdadeiras organizações criminosas.

A supressão progressiva dos foros por prerrogativa de funções que ora se defende não pode ser caracterizada como um rompimento com a atual ordem constitucional. O tratamento isonômico de todos já é garantia constitucional encampada no artigo 5º da Constituição da República, devendo-se interpretar os foros privilegiados como instrumentos transitórios de exceção à tal garantia e que, portanto, tendem a ser naturalmente suprimidos pelo enraizamento da cultura democrática.

O fenômeno da mutação constitucional, originalmente introduzido no direito brasileiro através da brilhante obra do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, é a base teórica do que ora se sustenta.

Da mesma forma que em sede da ADPF 132<sup>23</sup> o Supremo Tribunal Federal reinterpretou o artigo 226, caput e §3º da Constituição da República e o artigo 1723 do Código Civil, a fim de dar-lhes interpretação conforme a ordem jurídico social hoje vigente, e, dessa forma, impedir qualquer interpretação discriminatória dos direitos de casais homoafetivos, propõe-se que o mesmo seja feito com relação às prerrogativas de foro em geral.

Não se defenda a declaração de inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias que previram no atual sistema jurídico os foros por prerrogativa de função, a uma porque se conhece a jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal consagre a impossibilidade de controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias, a duas porque entende-se que tais normas não possuem qualquer vício de nulidade originária, especialmente por se reconhecer sua relevância para o processo de estabilização política democrática pós ditadura civil-militar.

---

<sup>23</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 26 out. 2015

Em suma, a tese ora defendida consiste no afastamento dos foros por prerrogativas de função sob o fundamento de que, em um regime democrático de direito tais privilégios só poderiam ter efeitos temporários, pelo prazo necessário a estabilização constitucional.

Atingida a maturidade social e institucional, o que se mostra absolutamente irrefutável, ante aos quase trinta anos de ordenamento jurídico democrático nos quais a autonomia e independência dos poderes foram sucessivamente reafirmados em sucessivos episódios de tentativa de subversão da democracia pela influência do poder econômico aliado a projetos autoritários de poder.

O afastamento de todo e qualquer foro especial em razão do exercício de função pública para apuração de atos de improbidade afiança-se, assim, como o primeiro passo de um caminho sem volta para a institucionalização da responsabilização de agentes públicos de qualquer natureza, em regime de igualdade com todo e qualquer cidadão, como representação da máxima eficácia do conceito de República, expressamente eleito como forma de governo pelo legislador constituinte originário.

## **CONCLUSÃO**

O pensamento construído ao longo da presente obra, a partir da interpretação da Lei de Improbidade à luz da Constituição da República, nos leva a conclusão de que o ordenamento jurídico democrático em vigor prima pela gestão profissional e responsável dos interesses públicos e pela responsabilização pessoal e integral de todos que atuam na personificação de tais interesses, tese essa encampada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A ampla extensão do rol de incidência da Lei de Improbidade Administrativa, previsto no artigo 1º, caput e parágrafo único, da Lei 8.429/92, densifica normativamente o mandamento contido no artigo 37, §4º da Constituição da República, sem qualquer exclusão daqueles que exercem função pública em razão de mandato eletivo transitório.

No que concerne aos Prefeitos municipais, o Decreto Lei 201/67, instrumento normativo elaborado pelo regime ditatorial civil-militar para limitar e intimidar o legítimo



exercício do Poder Local, disciplina de forma constitucionalmente duvidosa a responsabilização penal de Chefes do Poder Executivo Municipal.

Já o Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República sujeitam-se às sanções políticas encampadas pela Lei 1.079/50.

A natureza civil da ação de improbidade administrativa, que legitima sua incidência simultânea aos regimes próprios de responsabilização penal e política, igualmente afasta, na esteira da declaração de inconstitucionalidade, no bojo da ADI 2797, do artigo 84, §2º, do CPP, com a redação dada pela Lei 10.628/02, a aplicabilidade dos foros especiais por prerrogativa de função previstos na Constituição da República em sua redação originária.

Desde há muito as perseguições penais, políticas e disciplinares como forma de desestabilização de mandatos deixaram de ser a tônica do espaço público brasileiro. Nota-se, nas últimas décadas, que as prerrogativas funcionais tomaram a forma de privilégios pessoais de que gozam agentes políticos que delas se valem como meio de defesa ilegítima com o nítido intuito de furtar-se à apuração legítima de suas condutas desviantes

Permite-se, pois, concluir que os foros por prerrogativa de função e, o consequente condicionamento da responsabilização dos agentes políticos, representam hoje ameaça maior ao Estado Democrático de Direito do instauração de processos persecutórios abusivos, desvio esse facilmente constatado e rechaçado pelas garantias ao devido processo legal substancial e à ampla defesa, a todos inerentes.

As origens da República remontam à luta pelo fim de privilégios sectários e pela superação do regime de castas. Dessa forma, caracterizado o desvirtuamento do instituto dos foros privilegiados, chega-se a inevitável conclusão de que hoje a maior ameaça a estabilidade democrática reside na disseminada sensação de que as Instituições Públicas são incapazes de responsabilizar satisfatoriamente os ocupantes do Poder Político.



As linhas finais do presente estudo destinam-se a propor a reflexão além do que hoje está posto. Qual sistema de responsabilização goza de maior legitimidade democrática, na linha do que enuncia o artigo 1º da Constituição da República: o atual, no qual agentes políticos sujeitam-se ao julgamento por magistrados por eles nomeados com base em critérios políticos; ou a sujeição de todo e qualquer cidadão ao devido processo legal, com a amplitude de defesa a ele inerente, conduzido por julgadores previamente aprovados em certames públicos impessoais?



## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 05 mar. 2015

\_\_\_\_\_. Decreto Lei 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em 10 out. 2015

\_\_\_\_\_. Lei n. 1.079 de 10 de abril de 1950. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm). Acesso em 05 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei n. 201 de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm). Acesso em 05 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.249 de 02 de junho de 1992. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em 05 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 12.527 de 18 de novembro 2011. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm). Acesso em 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2138/DF. Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>. Consultado em 05 de março de 2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 26 out. 2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Petição 3211/DF. Relator para Acórdão Ministro Menezes Direito. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535803>. Consultado em 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 2790/SC. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7530819&num\\_registro=200800768899&data=20100304&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7530819&num_registro=200800768899&data=20100304&tipo=5&formato=PDF). Acessado em 05 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 10037/MT. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=COL&sequencial=53780318&formato=PDF&formato=undefined>. Consultado em 26 out. 2015.



ALVES, Rogério Pacheco. Zona de Luminosidade dos Agentes Públicos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 38/2010. P. 91.

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

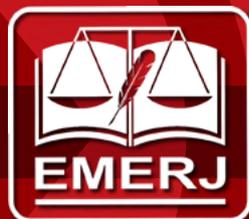
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DA SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DE FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Ação Civil Pública e Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa pelos Órgãos de Advocacia Pública. In: André da Silva Ordacgy; Guilherme José Purvin de Figueiredo (organizadores). *Advocacia de Estado e Defensoria: Funções Essenciais à Justiça*. Curitiba: Letra de Lei, 2009.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel, *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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



**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**  
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090  
[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)

