



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ISBN 978-85-99559-14-7

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11

# Normatividade Jurídica

**CURSO DE CONSTITUCIONAL  
NORMATIVIDADE JURÍDICA  
2, 5, 9 E 12 DE MARÇO DE 2012**



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11

# Normatividade Jurídica

CURSO DE CONSTITUCIONAL - NORMATIVIDADE JURÍDICA  
RIO DE JANEIRO, 02, 05, 09 E 12 DE MARÇO DE 2012

Rio de Janeiro  
EMERJ  
2013

© 2013 EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ**

Trabalhos de magistrados participantes do Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica, realizado em 02, 05, 09 e 12 de março de 2012, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ, em cumprimento a exigência da ENFAM.

**Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.**

**Editor:** Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rafaelle Neves;  
**Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

CURSO DE CONSTITUCIONAL: normatividade jurídica, 2012,

Rio de Janeiro.

Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

308 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 11)

ISBN 978-85-99559-14-7

1. Direito Constitucional. 2. Norma Jurídica. I. EMERJ.

II. Série. III. Título.

CDD 342.1

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 obra, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ  
Rua Dom Manoel, 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090  
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365  
**www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br**

# *Diretoria da EMERJ*

## ◆ DIRETORA-GERAL

Des<sup>a</sup>. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

## ◆ CONSELHO CONSULTIVO

Des<sup>a</sup>. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

## ◆ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

## ◆ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des<sup>a</sup>. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

## ◆ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

## ◆ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

## ◆ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Donatila Arruda Câmara do Vale



# Sumário

<b>Apresentação .....</b>	<b>9</b>
<b>A Necessidade de Adequar a Formação dos Magistrados como Agentes de Aplicação das Normas Jurídicas, no Mundo em Permanente Mudança</b>	
<i>Andréa Maciel Pachá .....</i>	<b>11</b>
<b>Direito Constitucional</b>	
<i>Belmiro Fontoura Ferreira Gonçalves .....</i>	<b>25</b>
<b>Não Autorização para Transfusão de Sangue por Convicção Religiosa</b>	
<i>Carlos Elias Silveiras Gonçalves .....</i>	<b>37</b>
<b>Normatividade Jurídica</b>	
<i>Cláudio Ferreira Rodrigues .....</i>	<b>46</b>
<b>Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais</b>	
<i>Eduardo de Azevedo Paiva .....</i>	<b>51</b>
<b>Liberdade de Comunicação. Proibição de Censura e Limites</b>	
<i>Fábio Costa Soares .....</i>	<b>60</b>
<b>Normatividade Jurídica e Relativização da Coisa Julgada</b>	
<i>Fernando Antonio de Souza e Silva .....</i>	<b>72</b>
<b>As Partes na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Direta de Constitucionalidade</b>	
<i>Gustavo Quintanilha Telles de Menezes .....</i>	<b>78</b>
<b>A Criança e o Adolescente Refugiados - Direitos Fundamentais</b>	
<i>Ivone Ferreira Caetano .....</i>	<b>92</b>
<b>Conflitos entre o Direito à Intimidade e à Vida Privada e o Direito à Informação, Liberdade de Expressão e de Comunicação</b>	
<i>Juliana Grillo El-Jaick .....</i>	<b>109</b>

<b>A Força Normativa dos Princípios Fundamentais como Vetores da Formação do Estado Ideal</b>	
<i>Leonardo Alves Barroso</i> .....	118
<b>Algumas Considerações sobre a Normatividade Jurídica</b>	
<i>Luiz Eduardo de Castro Neves</i> .....	137
<b>O Impacto Socioeconômico das Sentenças</b>	
<i>Luiz Roberto Ayoub</i> .....	143
<b>O Superendividamento do Consumidor de Crédito</b>	
<i>Marcello Alvarenga Leite</i> .....	150
<b>Algumas Considerações sobre a Lei dos Juizados Fazendários</b>	
<i>Marcelo Mondego de Carvalho Lima</i> .....	160
<b>Intervenção Judicial na Taxa de Juros Aplicável aos Contratos de Cartão de Crédito</b>	
<i>Maria Aparecida Silveira de Abreu</i> .....	165
<b>Dever Judicial de Aplicação da Teoria da Causa Madura e o Princípio da Duração Razoável do Processo</b>	
<i>Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi</i> .....	178
<b>Hermenêutica Constitucional</b>	
<i>Maria Daniella Binato de Castro</i> .....	189
<b>Os Princípios e a Normatividade Jurídica</b>	
<i>Mauro Pereira Martins</i> .....	197
<b>Normatividade Jurídica e a Internet, o Direito de Imprensa e de Informação. Possibilidade de Ponderação e Limitação pelo Poder Judiciário</b>	
<i>Mirella Correia de Miranda Alcântara Pereira</i> .....	208
<b>O Papel dos Princípios Diante da Lacuna Legislativa</b>	
<i>Patricia Rodriguez Whately</i> .....	223

<b>Aspectos da Hermenêutica Constitucional</b>	
<i>Paulo Luciano de Souza Teixeira</i> .....	229
<b>A Hermenêutica do Artigo 50, § 13, Inciso III, do ECA, Frente à Equidade e aos Princípios Constitucionais da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta</b>	
<i>Pedro Henrique Alves</i> .....	238
<b>Interpretação e Aplicação do Ordenamento Jurídico pelo Magistrado à Luz dos Princípios e Critérios Socionormativos</b>	
<i>Raquel de Oliveira</i> .....	244
<b>Hermenêutica Constitucional</b>	
<i>Regina Lucia Chuquer de A. C. de Castro Lima</i> .....	259
<b>A Utilização de Escuta Telefônica como Prova Prestada no Processo Civil</b>	
<i>Ricardo Coimbra da Silva Starling Barcellos</i> .....	265
<b>Hermenêutica Constitucional</b>	
<i>Sheila Draxler Pereira de Souza</i> .....	275
<b>A Inconstitucionalidade da Criminalização do Usuário de Drogas</b>	
<i>Vinicius Marcondes de Araujo</i> .....	281
<b>Anexo 1 - Programação do Curso</b> .....	295
<b>Anexo 2 - Parecer da ENFAM</b> .....	299



## *Apresentação*

Nesta publicação da série “Aperfeiçoamento de Magistrados”, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro traz à baila o Curso “**Normatividade Jurídica**”, realizado em março de 2012, e que contou com a coordenação do Exmo. Desembargador Nagib Slaibi Filho.

Com conteúdo programático abrangente, foram abordados, ao longo dos quatro dias de curso, não só aspectos principiológicos do tema, mas também questões específicas acerca da regulação Econômica e Desportiva.

Seguindo a tradição, disponibilizamos o conteúdo dos profícuos trabalhos acadêmicos produzidos pelos Magistrados participantes acerca dos temas abordados nos painéis apresentados.

Assim, firme no compromisso de aperfeiçoamento dos operadores do direito e democratização do conhecimento advindo das explicações ministradas pelos ilustres palestrantes, reproduzimos o teor dos mencionados trabalhos.

**Desembargadora Leila Mariano**

*Diretora-Geral da EMERJ*



**EMERJ**

# A Necessidade de Adequar a Formação dos Magistrados como Agentes de Aplicação das Normas Jurídicas, no Mundo em Permanente Mudança

Andréa Maciel Pachá<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Em 1995, Eugenio Raul Zaffaroni publicou o livro **Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos**, obra na qual ele diagnostica, com profundidade, o cenário de mudanças e as alterações pelas quais os Judiciários de todo o mundo atravessavam no final dos anos 80 e início dos 90.

Seu estudo, dividido em duas partes, expõe as funções do Poder Judiciário nas Democracias Contemporâneas e discute os modelos de seleção e formação da magistratura.

Passados mais de quinze anos e implementadas algumas mudanças ali propostas, com a promulgação de textos constitucionais e infraconstitucionais, continua o Judiciário na vitrine, protagonista de políticas públicas, recebendo novas demandas resultantes de novos direitos e enfrentando grandes desafios, notadamente na atuação dos magistrados que ainda padecem de uma formação acadêmica adequada aos novos tempos.

Atribui-se a Pedro Nava, médico e memorialista mineiro de Juiz de Fora (1903/1984), a frase de que a experiência é como um farol voltado pra trás. É fácil identificar e olhar o passado com clareza, mas difícil projetar, com a experiência do passado o que ainda está por vir. A luz ofusca,

---

<sup>1</sup> Juíza Titular da 1ª. Vara de Família de Petrópolis.

algumas vezes cega e impede qualquer avanço ou condução segura. No entanto, sob a ótica da evolução humana e do tempo histórico e filosófico, sempre se pode tentar construir pontes seguras para uma travessia incerta.

Pretende-se, com este trabalho, refletir sobre as mudanças experimentadas pelo Judiciário brasileiro na contemporaneidade, notadamente no que diz respeito à aplicação da norma jurídica, compreender as profundas transformações diariamente experimentadas pelo ser humano e apontar para uma necessária formação multidisciplinar dos magistrados num mundo complexo e instável.

Reconhecendo o acesso à justiça como um dos mais básicos direitos humanos<sup>2</sup>, qualquer movimento de mudança que se pretenda realizar no Judiciário precisa focar, obrigatoriamente na ampliação e garantia desse acesso, e não apenas na estabilidade econômica, como pretendem alguns.

## CONTEXTO HISTÓRICO E SOCIAL

Em novembro de 1989, na esteira da globalização, realizou-se, em Washington, no *Internacional Institute for Economy* uma reunião, com a participação de funcionários norte-americanos, economistas latino-americanos, representantes de Organismos Internacionais para discutir e debater um conjunto de mudanças essenciais para que a América Latina e Caribe fossem incluídos na agenda do crescimento econômico mundial.

As conclusões desse Encontro passaram a ser denominadas “Consenso de Washington”<sup>3</sup> e, em síntese, resumiam as receitas preconizadas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento para estabilizar e ajustar as economias dos países periféricos a fim de adaptá-los à nova realidade do capitalismo mundial pós-globalização.

---

2 Cappelletti Mauro - **Acesso à Justiça**, Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 1988 – p. 12 – “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

---

3 Expressão cunhada por John Williamson, economista, nascido em 1937 na Inglaterra, Conselheiro do Fundo Monetário Internacional de 1972/74 e Economista-Chefe do Banco Mundial para o Sul da Ásia de 1996/99.

Para alcançar tal mister, listaram dez reformas que seriam essenciais: disciplina fiscal, mudança nas prioridades das despesas públicas, reforma tributária, liberalização do sistema financeiro, taxa de câmbio competitiva, liberalização comercial, liberalização da entrada do investimento direto, privatização das empresas estatais, desregulamentação e segurança dos direitos de propriedade.

Essas reformas chamadas de primeira geração foram experimentadas no Brasil, com as privatizações, desregulamentações, flexibilização de direitos e, também, a reforma da previdência.

Passada esta fase, impunha-se a implementação de reformas de segunda geração para complementar as primeiras alterações e a Reforma do Judiciário passou a integrar esse cardápio.

Bancos Internacionais, interessados na estabilidade necessária para o regular funcionamento do mercado, passaram a financiar a Reforma do Judiciário em alguns países, quer através de investimentos diretos, quer através de estímulos com empréstimos condicionados às mudanças.

Um dos documentos mais nítidos sobre essa interferência é o Documento Técnico 319, de junho de 1996, intitulado “O Setor Judicial na América Latina e no Caribe – Elementos para a Reforma”<sup>4</sup>. Esse documento estabelece diretrizes para uma reforma global do Judiciário e, embora com adaptações às condições de cada país, deixa claro os seus objetivos principais, quais sejam, a quebra do monopólio do Poder, a garantia mais eficiente ao direito de propriedade e o desenvolvimento econômico e do setor privado.

Estabelece-se, aqui, um paradoxo de difícil solução a ser enfrentado pelos países latino-americanos e especialmente pelo Brasil: - como equacionar a necessidade dessas reformas para inserção no mercado global e garantir a efetividade dos direitos individuais e sociais que emergiam nessa ocasião?

---

<sup>4</sup> <http://www.worldbank.org/>.

## A DEMOCRATIZAÇÃO E AS NOVAS ORDENS CONSTITUCIONAIS

Alguns países latinos, dentre eles o Brasil, experimentavam, na época, os novos ares da democratização que por aqui sopravam. Décadas de ditadura militar foram suficientes para aniquilar o pensamento crítico e excluir a população, sobretudo a mais pobre, das decisões quanto aos rumos do país.

Com o liberalismo se consolidando como pensamento hegemônico no mundo Ocidental, notadamente após a queda do muro de Berlim, renascia, no Brasil, a demanda social adormecida por mais de duas décadas de total autoritarismo. Assim é que a população, esperançosa com o fim do regime militar, participou ativamente da construção do novo texto constitucional que emergia com a eleição de um Congresso constituinte.

Direitos individuais, sociais e coletivos adormecidos durante a ditadura, passaram a integrar a Constituição Federal que garantindo o total e irrestrito acesso à justiça, escancarou as portas do Poder Judiciário à sociedade.

O resultado pode ser rapidamente constatado. Embora não houvesse fonte confiável de pesquisa, estima-se que até 1988, a cada ano, ingressavam no Judiciário brasileiro, cerca de 350.000 novos processos. Passados dez anos da promulgação da Constituição, esse número saltou para 1.500.000. No ano de 2009, já com dados consolidados pelo Conselho Nacional de Justiça, foram 25,5 milhões de processos ajuizados<sup>5</sup>.

Assistia-se, também, por óbvio, à constitucionalização do Direito no Brasil. Em denso trabalho de pesquisa, Luís Roberto Barroso traça a evolu-

---

<sup>5</sup> **Justiça em Números/2009** - <http://www.cnj.jus.br/dpj/seer/index.php/JN/article/view/27/55>, foram 25,5 milhões processos ajuizados. Estima-se que, no ano de 2009, tramitaram pela Justiça 86,6 milhões de processos. Ingressaram, durante o ano de 2009, 25,5 milhões de processos nas três esferas da Justiça (18,7 milhões na Justiça Estadual, 3,4 milhões na Justiça Federal e 3,4 milhões na Justiça trabalhista). Ao final de 2009, também existiam 61,1 milhões de processos pendentes. É importante esclarecer que foi modificado o critério adotado na apuração do total de processos pendentes para 2009. Além do total de processos pendentes de julgamento, foram calculados os processos pendentes de baixa (remessa para outros órgãos judiciais competentes ou outra instância, assim como arquivamento definitivo). Tramitaram, nos três ramos da Justiça, cerca de 86,6 milhões de processos em 2009, com a soma dos casos novos e dos processos pendentes de baixa. Vale destacar que, do total de processos em tramitação, mais de 70% ingressaram antes de 2009 (ou seja, já se encontravam pendentes no início de 2009).

ção do direito constitucional no Brasil<sup>6</sup> e aponta as necessárias mudanças de compreensão geradas a partir de um novo paradigma de interpretação constitucional, indicando, ainda, a necessidade de um novo olhar para todos os ramos do direito a partir do texto constitucional.

Instaurou-se, aqui, um momento crucial para os rumos no Poder Judiciário brasileiro. Externamente, impunham-se as reformas conduzidas pelo Banco Mundial. Internamente, as pressões dos movimentos sociais e o amadurecimento dos conceitos de cidadania e justiça social tomavam corpo e a sociedade exigia do Poder a efetividade dos direitos contemplados no rico texto constitucional.

A reforma pretendida e imposta pela ordem mundial, ainda que travestida de gestão eficiente objetivava, claramente, garantir as previsibilidades das decisões. Assim é que se propunha a aprovação das súmulas vinculantes e a maior coerção no cumprimento dos contratos. Nenhuma teoria sobre imprevisão, nenhuma consideração sobre boa-fé contratual, nada sobre onerosidade excessiva, fim das cláusulas *rebus sic stantibus*. Retorno ao *pleno pacta sunt servanda*. Esses eram os princípios que os ideólogos chamavam de “respeito aos contratos”.

O foco da discussão sobre a reforma do Judiciário fixou-se na gestão, administração, eficiência e celeridade. Pouco se discutiu sobre as funções do Poder e a Seleção e Formação dos Magistrados, questões cruciais apontadas por Zaffaroni para uma mudança necessária.

### OS JUÍZES E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Não era difícil a constatação, na época, de que o Judiciário atravessava uma crise. Não era difícil, também, a percepção de que um poder hermético, moroso e ineficiente não era exatamente o modelo que enfrentaria o crescimento das demandas alavancadas pela consciência da cidadania e da ampliação dos novos direitos.

A pergunta inicial a ser enfrentada para a escolha de qualquer mode-

---

<sup>6</sup> In Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, p. 351/394.

lo dizia respeito à delimitação das funções do Poder Judiciário. Este debate nunca foi, de fato, aprofundado<sup>7</sup>.

Assim, sem clareza quanto aos interesses que deveriam ser amparados com um novo desenho constitucional para o Poder Judiciário, multiplicava-se a dificuldade das reformas. Tudo isso num quadro de nítida omissão teórica. No Brasil, e em toda a América latina, pouco se conhecia do funcionamento do Judiciário, das funções dos magistrados, da diversidade de pensamentos e opiniões.

Sob determinado aspecto, essa névoa que encobria o Poder foi resultado de uma cômoda preservação da autoridade de quem pouco ou nada se exigia de legitimidade. Cabe aqui, uma crítica ao funcionamento de Judiciário de então. Avaliava-se o bom magistrado como aquele que não se manifestava, senão nos autos, que mantinha uma distância segura da sociedade, que tinha orgulho de não se contaminar pelo clamor da opinião pública, enfim, um ser encastelado, distante e alheio aos movimentos da sociedade que integrava.

Importante assinalar que no Brasil, como a transição da ditadura para o estado de direito foi realizada por consenso, a ruptura constitucional que se observou no Legislativo, com a eleição de uma Assembleia Constituinte (1982) e no Executivo, com a eleição direta para Presidente (1989), não se concretizou no Judiciário.

Os mesmos magistrados que exerciam suas funções durante os “anos de chumbo”, continuaram julgando após a promulgação da Constituição. O Brasil experimentava profundas rupturas em seu quadro político. A convocação de uma Assembleia Legislativa legitimava o Congresso Nacional. As eleições diretas para Presidente da República, ainda que tardias (apenas no ano de 1994 voltou-se a votar para Presidente da República), resgatavam o encontro do Executivo com seus legítimos mandatários. E o Judiciário? Os mesmos magistrados que integravam os Tribunais durante o regime militar continuaram a exercer suas funções.

---

<sup>7</sup> O certo é que nunca se estabeleceu um verdadeiro debate sobre o Judiciário e seu modelo. Nessas circunstâncias, os partidos da “ordem” não teriam qualquer interesse em propugná-lo, enquanto os críticos se ocupavam de outros temas” – Zaffaroni, p. 28.

Se é certo que o acesso ao Judiciário se fazia por concurso público, o que poderia, de alguma forma, legitimar formalmente a manutenção dos juízes nesse período, não é verdade que tal situação prevalecesse em todos os ramos da Justiça. Registre-se que, antes da Constituição de 88, a Justiça Federal contava com juízes nomeados diretamente pelo Executivo e permaneceram no quadro do Poder até a sua aposentadoria.

Não se pode afirmar, por óbvio, que a magistratura era composta por juízes comprometidos com o regime de exceção. Ressalte-se que, nesse odioso período na história do Brasil, em alguns casos, o Judiciário, notadamente a Justiça Militar, possuía alguma independência para garantir os mínimos direitos de liberdade, raros na ocasião.

O Poder, no entanto, tinha um perfil extremamente conservador. O bom juiz era aquele que só falava nos autos, que se orgulhava de uma distância segura dos reclamos sociais e que pouco interagia com a população para que sua independência fosse preservada.

Nada mais distante do que o modelo desejado pela nova Constituição Federal que exigia do magistrado uma atuação política efetiva a fim de garantir os direitos individuais e sociais previstos na Carta Magna. Passa, então, o juiz, de um ser encastelado, distante da sociedade, conservador, a protagonista de políticas sociais e com instrumentos efetivos para garantir a concretização dos direitos e garantias ali previstas.

## AS FUNÇÕES DO JUDICIÁRIO

Não se pode reduzir à jurisdição a função do Judiciário. Zaffaronni aponta para três aspectos que entende relevantes, quais sejam: garantir a efetividade dos novos direitos, estabelecer medidas estruturais para garantir idoneidade ao Poder e reverter o quadro de crise aprofundada pelo distanciamento das funções latentes do Judiciário<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> “As reclamações, nos termos em que expusemos, parecem orientar-se no sentido de três aspectos : A) concretizar as demandas constantes do papel atribuído ao Judiciário, determinando quais delas são razoáveis e quais constituem escaramuças políticas de deslocamento de conflitos sem solução, ou seja, definir de modo não ingênuo os limites da sua função manifesta; B) Estabelecer os possíveis modelos de reformas estruturais, particularmente quanto ao organismo dirigente, à seleção e à distribuição orgânica, que permitam dotar de idoneidade o Judiciário

Não se pode reduzir à jurisdição a função do Judiciário. Impossível, diante da complexidade das sociedades e do próprio Poder querer limitar suas funções. Assim é que, além de “dizer o direito”, constitui-se, também, em função do Poder Judiciário o controle da constitucionalidade das leis.

Mas não é só. A função de autogoverno é, a meu ver, a que mais bem define o que se espera de um Poder Judiciário num mundo em permanente mudança e que exige da sua funcionalidade e estrutura um funcionamento objetivo, claro e comprometido com as transformações.

Independentemente da escolha sobre o modelo de controle, não é a forma que define se o Poder é ou não um Poder democrático e comprometido com a nova realidade dos Estados<sup>9</sup>.

Em suma, pode-se afirmar que, hoje, são universalmente reconhecidas as três funções do Judiciário: decisão dos conflitos, controle de constitucionalidade e autogoverno.

As duas primeiras funções se completam e, mesmo nos países que não garantem o controle da constitucionalidade pelos juízes, afigura-se impossível o exercício interpretativo das leis sem uma repercussão constitucional, ainda que tenha outro nome.

Parece mais adequado, para se desenhar a moldura de um Judiciário contemporâneo, o aprofundamento da função de autogoverno dos Tribunais. Talvez aqui residam aspectos fundamentais de democratização, independência e legitimidade, aspectos esses sem os quais não se concebe um Poder afinado com os novos tempos e as necessidades sociais.

---

para que possa cumprir as suas funções manifestas; C) Conforme o item anterior, reverter o processo de progressivo distanciamento das funções manifestas e latentes do judiciário, o que emocionalmente costuma se chamar de “crise do Judiciário”.

---

9 “Pensamos que a legitimidade democrática não é julgada unicamente pela origem, senão também, e às vezes fundamentalmente, pela função. Segundo nosso ponto de vista, o prioritário no Judiciário é sua função democrática, ou seja, sua já mencionada utilidade para a estabilidade e continuidade democrática.” – p. 44.

## A QUESTÃO JUDICIÁRIA COMO QUESTÃO POLÍTICA

Entendido o quadro de complexidade que envolve qualquer escolha por mudanças no Judiciário, impõe-se que se respondam às seguintes questões: Qual a função do Judiciário e quais os objetivos de qualquer reforma?

Impossível, também, a reflexão o tema sem aprofundar a definição de um Poder democrático.

Nesse sentido, Zaffaroni cuida da questão judiciária como questão política e enfrenta a necessidade de preservação dos princípios de independência, imparcialidade e politização dos magistrados como ferramentas que garantem à sociedade o acesso a um sistema de justiça efetivo, democrático e garantidor da cidadania.

Quando se fala em independência, a análise deve observar três situações distintas.

A primeira refere-se às garantias constantes do texto constitucional: vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade. Tais garantias, somadas à imunidade do juiz ao proferir suas decisões, garantem à população um julgamento isento de pressão, seja da sociedade organizada, seja dos interesses de grupos políticos ou econômicos, seja dos próprios órgãos jurisdicionais.

Esta independência é limitada pela própria ordem jurídica e, nesse sentido, constitui-se em garantia da própria democracia.

Além desse aspecto, há, também a independência que atinge o magistrado na sua condição humana, na liberdade de decidir. E este é o segundo ângulo que deve ser apreciado.

A limitação a esta independência vem apenas da ordem jurídica, não se podendo determinar de que forma deve o juiz pensar. O convencimento racional é também um mecanismo de se garantir a independência. O limite da atuação do juiz é a necessidade de fundamentação de suas decisões; comando, aliás, com sede constitucional – artigo 93, IX.

Assim, atendido o princípio constitucional da fundamentação das decisões, a partir de argumentos jurídicos, nenhum juiz pode ser punido

por eventual equívoco. Opiniões e compreensões divergentes do direito fazem parte do regime democrático e, muitas vezes, impedem o arbítrio e a criação de tribunais de exceção.

Há, por último, um terceiro aspecto: a independência do magistrado, sob a ótica da organização interna dos Tribunais. Aqui, a independência do juiz transforma-se em uma garantia pessoal para que o juiz seja, efetivamente, livre de qualquer ingerência da própria estrutura judiciária.

Flávio Dino, ex-juiz federal e ex-presidente da Ajufe, já se manifestou no sentido de que, “A independência dos Juízes não é submetida somente a ameaças vindas de fora da instituição judiciária. Pressões internas, oriundas dos órgãos de cúpula do Poder, também podem comprometer a imparcialidade que se almeja como fator de legitimação das decisões judiciais. Esta possibilidade de subordinação pode concretizar-se por intermédio de interferências diretas no ato de julgar – invadindo-se a esfera competencial do Juiz de primeira instância – ou por métodos indiretos – como o mau uso do poder administrativo para impelir ao alinhamento, eventuais dissidentes dos padrões estabelecidos pelos órgãos de cúpula.”

E prossegue: “Atualmente no Brasil, a primeira hipótese é de difícil realização. Quanto à segunda, o mesmo não pode ser dito. Além da ‘natural’ tendência de todas as instituições de moldar consciências e comportamentos, as chances de ocorrerem tentativas de ‘enquadramento’ mediante desvio de poder administrativo são significativas, à vista da monopolização das competências desta natureza pelos Tribunais.”

## A FORMAÇÃO DOS MAGISTRADOS

Para atuar de forma consistente e comprometido com as mudanças experimentadas pelo mundo, o magistrado, longe de um aplicador burocrático da norma jurídica, precisa de uma formação adequada, que permita o diálogo com os diversos grupos sociais, que descortine, para além dos autos, a preocupação com as suas decisões e que não perca a sensibilidade e a percepção sobre o contexto político e social em que atua.

Os limites para a sua atuação também devem ser objeto de formação

permanente. Ao ingressar na magistratura e, ao longo da carreira, o juiz não deve perder de vista a submissão à ordem constitucional e, ao dizer o direito e aplicá-lo, quando necessário, com fundamento na equidade, deve ter sempre a preocupação com os fundamentos da sua decisão, sob pena de transformar o exercício da jurisdição numa atitude salvacionista e incompatível com o estado democrático de direito.

O modelo democrático contemporâneo indica a necessidade de um magistrado dos novos tempos: “Conserva a seleção técnica do anterior, inclusive aperfeiçoada mediante um melhor controle sobre os mecanismos seletivos. A qualidade do serviço será mantida, ainda que melhore por efeito da redução da formalização através do impulso que lhe proporciona o controle permanente de constitucionalidade. O perfil do juiz tenderá para o de um técnico politizado (não partidarizado, nem burocratizado). A independência é melhor assegurada do que nos outros modelos, tanto externa quanto internamente.(...) A cultura jurídica se elevará(...) O Estado de Direito será fortalecido com a tendência da forma constitucional”<sup>10</sup>.

## CONCLUSÃO

Da queda do muro de Berlim à ascensão do neoliberalismo; da hegemonia do pensamento único neoliberal à crise sem precedentes em que mergulhou o mundo no ano passado e colocou em xeque justamente este pensamento até aqui hegemônico; da massificação da comunicação à mitigação dos valores éticos e morais; do fenômeno da globalização à falta de solução para as nefastas desigualdades sociais; nada permaneceu intacto, nessa era de incertezas. Oportuna e atual a constatação de Heráclito: “Nada é permanente, exceto a mudança”.

Óbvio que o Brasil e os Poderes da República não ficaram imunes a tantas transformações. Recém-saídos da odiosa ditadura que engessou o nosso amadurecimento institucional por quase vinte anos, assistíamos, esperançosos, a promulgação de uma nova Constituição, rica na garantia

10 ZAFFARONI, Eugenio Raúl *in* **Poder Judiciário Crise, Acertos e Desacertos**, ERT p. 103.

dos direitos individuais e sociais. O Executivo e o Legislativo passavam pela necessária transformação, com a Assembleia Constituinte instalada e as eleições diretas para os governantes.

O Judiciário, entretanto, apesar do novo desenho constitucional, com a responsabilidade de protagonizar políticas públicas, chamado a intervir diretamente na vida política e social do país, não sofreu, na ocasião, nenhuma mudança, quer na sua composição, quer na sua gestão.

O mesmo poder, historicamente pesado, burocrático, encastelado, viu-se, de uma hora para outra, chamado a protagonizar o cenário político nacional, num fenômeno diagnosticado por Werneck Viana, como a judicialização das políticas.

As mudanças necessárias, no entanto, precisam da participação efetiva dos juízes que integram o poder e para que este comprometimento se efetive é necessário que o modelo hierarquizado e vertical seja revisto.

É fundamental a transformação do Poder: para que o cidadão tenha acesso irrestrito às garantias legais, para que seus operadores sejam sensatos tradutores das demandas sociais e para que a própria definição de Lei seja valorizada como instrumento de cidadania.

Eis o entrave. Como promover, no Judiciário, mudanças consistentes, significativas, que busquem não só o aprimoramento e a adequação, mas também um razoável equilíbrio entre as diversas vertentes de pensamento? Como enfrentar resistências naturais dentro do próprio Poder, historicamente conservador, e que agora, experimenta profundas rupturas na sua estrutura, exigindo do juiz um grau de comprometimento muito maior com os novos ares que invadem o país e os Tribunais?

Investir num novo modelo de gestão sem dúvida é um bom caminho. Não se pode, contudo, imaginar um modelo que não passe pela participação dos magistrados, notadamente os que exercem a jurisdição em primeiro grau, em seu desenho.

A independência para aplicação da norma jurídica e a percepção dos limites constitucionais à sua atuação, bem como a formação adequada para que, com acesso a conhecimentos de outras áreas distintas da jurídica, possa o juiz melhor exercer a jurisdição, são demandas necessárias ao forta-

lecimento do Poder e à própria democracia.

Como bem salientou o Prof. Fabio Konder Comparato : “...dizem-se independentes os magistrados, quando não há subordinação hierárquica entre eles, não obstante a multiplicidade de instâncias e graus de jurisdição. Com efeito, ao contrário da forma como é estruturada a administração pública, os magistrados não dão nem recebem ordens uns dos outros.”

O funcionamento do Poder, assim como o funcionamento da humanidade, é sistêmico. A existência de ilhas de excelência, fora a vaidade pessoal de quem as comanda, tem contribuído muito pouco para um funcionamento adequado do todo.

As mudanças são necessárias, mas nem todos conseguem recebê-las com parcimônia, ou vê-las como parte de um futuro que se impõe de forma inapelável, o que é compreensível pela insegurança gerada com a imprevisibilidade das conseqüências daí advindas. Afinal, como bem disse o filósofo e poeta francês Paul Valéry, “o problema de nosso tempo é que o futuro não é mais o que costumava ser”.

É inevitável. Na Justiça, as transformações serão freqüentes, uma tendência natural. Mas, não raro, isso significa ruptura – e é aí que as tensões devem ser minimizadas com bom senso, por meio da discussão democrática. A reação de setores da magistratura às mudanças é até compreensível, mas a intransigência não deve nortear a conduta nem mesmo de uma minoria contrariada.

Quando essa reação acontece, é o caso de se refletir. No Estado Democrático de Direito, a voz da maioria deve ser sempre levada em conta, desde que orientada pela ética e pelo respeito às garantias constitucionais, pois já se disse que o monopólio da verdade é um princípio da intolerância, intolerância esta inadmissível em qualquer setor, notadamente na instituição que pretende solucionar conflitos e multiplicar justiça. ♦

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**.

CAPELLETI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Editora Fabris, 1988.

WERNECK VIANNA, Luiz. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Editora Revan, 1997.

SADEK, Maria Tereza, **Magistrados, uma imagem em movimento**, AMB, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário Crise, Acertos e Desacertos**. Editora Revista dos Tribunais. 1995.

**Diagnóstico do Poder Judiciário**, Ministério da Justiça, 2004.

**A Reforma do Poder Judiciário no Estado do Rio de Janeiro**, Editora FGV, 2005.

**Justiça em Números – variáveis e indicadores do Poder Judiciário**, CNJ, 2007 e 2009.

**Brasil – Fazendo com que a justiça conte**, Relatório 32.789-BR – Banco Mundial, 2004.

# Direito Constitucional

**Belmiro Fontoura Ferreira Gonçalves<sup>1</sup>**

## **OS PRINCÍPIOS REGENTES DO ORDENAMENTO PÁTRIO. COERCITIVIDADE E INTEGRAÇÃO**

Há muito se discute o papel dos princípios no ordenamento pátrio. Alguns o veem como forma de socorro quanto à resolução dos problemas a serem dirimidos na lide propriamente dita. Outros, como papel secundário, vistos como simples instrumento de interpretação e integração da lei, alçando-os em papel secundário no campo da hierarquia das normas em sentido lato.

Há ainda aqueles que reconhecem o seu papel regente, como direcionador do norte das demais normas, sua inspiração, sua concepção e seu nascedouro.

Filio-me àqueles que veem os princípios como principais centros irradiadores de fundamento às demais normas do ordenamento pátrio, fortes o suficiente para marginalizar o seu conteúdo quando eventualmente atentem para os fundamentos da Constituição, da Administração Pública, os direitos individuais, em especial a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a cidadania e o bem coletivo.

Não custa lembrar que o próprio Código Civil, em que pese comportar 2046 artigos, tem como regra cogente o respeito à boa-fé objetiva, à eticidade e à função social do contrato.

O incidente processual da arguição de inconstitucionalidade representa poderoso instrumento da Hermenêutica na prática forense, garantindo a aplicabilidade das normas que gozam de supremacia sobre as demais normas do sistema jurídico.

Quanto à aplicação dos princípios constitucionais na resolução de

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública - Capital.

um caso concreto, cabível exemplificar por meio de uma sentença por mim prolatada, que contou com a concordância do ilustre Desembargador Nágib Slaibi Filho em sede recursal.

### SENTENÇA

“JOSÉ CHLINDER ajuizou ação ordinária em face de SUL AMÉRICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S.A., alegando, em síntese, que é portador de um plano de seguro de vida e acidentes pessoais com o capital segurado em R\$ 36.264,00 e um prêmio mensal de R\$ 35, 60, sendo que a ré propôs adequar o seguro de vida apresentando propostas desfavoráveis ao autor. Requer a antecipação dos efeitos da tutela, determinando-se que a ré mantenha o seguro existente em suas condições atuais e a procedência do pedido com a confirmação da tutela antecipada ou, alternativamente, que seja considerada implementada a condição para o recebimento do valor segurado, determinando-se o seu pagamento.

Com a inicial, juntou documentos de fls. 08/19.

Decisão indeferindo a antecipação dos efeitos da tutela em fl. 22.

Citação regular em fl. 30V.

Em contestação de fls. 31/83, alega a ré, em síntese, que todos os contratos atuais serão honrados até o termo final, em 30/09/06, sendo que, após, os contratos não poderão mais ser renovados nas mesmas bases, em virtude de imperativos técnico-atuariais e, ao segurado que desejar contratar novo seguro, são oferecidas três opções. Aduz que a SUSEP concordou com a nova forma de reajuste e que enviou correspon-

dência explicativa para os consumidores e corretores de todo o país. Salienta a licitude da cláusula que prevê a possibilidade de não renovação do contrato após o advento do termo final.

Com a contestação, juntou documentos de fls. 84/259.

Réplica em fls. 267/272.

Em fls. 275 e 280, requerem as partes o julgamento antecipado da lide.

### **EXAMINADOS. DECIDO.**

A matéria comporta julgamento antecipado da lide, na forma do inciso I do art. 330 do CPC.

O caso concreto versa, indubitavelmente, sobre relação de consumo e ao caso se aplica a Lei 8.078/90, pois a autora mantém relação com a Ré. O art. 3º estabelece que:

“Art.3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

A Lei 8.078/90 foi introduzida no Direito Positivo Brasileiro em decorrência de mandamento constitucional contido nos arts. 5º, XXXII, 24, VIII e 48 do ADCT.

É inquestionável que o Autor, ao firmar contrato com a Ré, colocou-se em situação de consumidor.

O segurador é, na realidade, uma espécie de fiador ou avalista

do risco do segurado, prestando-lhe serviço de segurança e garantia. A responsabilidade do segurador, segundo o Douto Desembargador Sergio Cavalieri Filho, “é fundada no risco contratual, isto é, nos riscos assumidos pelo segurador no contrato, razão pela qual, mais do que em qualquer outro negócio jurídico, as cláusulas do contrato de seguro, desde que válidas e não abusivas, devem ser respeitadas por ambas as partes”.

Não obstante, o aludido contrato também deve ser interpretado à luz dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico pátrio. O princípio da função social do contrato e o princípio da dignidade da pessoa humana devem ser aplicados no caso em epígrafe, assim como os efeitos irradiantes da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ou seja, a exigência de o ator privado não somente se abster de ferir o anunciado direito, mas também agir no sentido de efetivá-lo. Não se afigura razoável a conduta praticada pela ré de exigir do autor o desembolso de quantia mensal reajustada em aproximadamente 600 % por suposto erro em cálculo atuarial. Seria o mesmo de afastar o consumidor, ainda que indiretamente, de possível contabilidade passiva, uma vez que, a toda evidência, com o passar dos anos se aproxima o sinistro, ainda mais para o idoso. Seria o mesmo que retirar deste a perspectiva de não ter sua família totalmente desamparada quando ocorrer o seu óbito, uma vez que para tanto contribuiu durante anos adimplindo com as obrigações mensais.

Em nossa sociedade de evidente desigualdade social, verifica-se enorme vulnerabilidade de amplos setores da população, justificando um reforço à proteção dos direitos fundamentais nas relações com outros particulares mais poderosos, como os fornecedores de serviço. Nestes casos, onde a desigualdade fática, muitas vezes, aniquila uma perspectiva legítima, a vinculação aos direitos fundamentais, em especial da dignidade da

pessoa humana, no caso específico, somado ao fato da condição de idoso prestes a desassistência abrupta, deve se mostrar enérgica, enquanto a argumentação defensiva da autonomia da vontade assume peso inferior.

Ainda, na equação de ponderação de interesse, perde força a assertiva da ré de que se faz necessária uma adequação de valores em virtude de cálculos atuariais que constataram a diminuição da remuneração de acionistas e seus lucros quando, do outro lado, há o interesse da parte hipossuficiente, idosa, agora desinteressante para o mercado da ré, preste a ter sua família marginalizada sem o amparo econômico que, para tanto, envidou esforços durante anos, de ser efetivamente respeitada, considerando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Cumprе salientar que inexistе nas previsões das propostas apresentadas pela ré informação de que o valor do capital segurado sofrerá qualquer reajuste, em que pese a exigência da empresa de ter para si, em caso de renovação, um de aproximadamente 600%. Faz-se mister ressaltar que a imposição de reajuste fere de maneira frontal a legislação consumerista e o Estatuto do Idoso, onerando de forma excessiva o contrato para os idosos que pagam por esse seguro de vida há décadas. A cláusula que prevê a possibilidade do aumento abusivo deve ser considerada nula de pleno direito, à luz do que dispõe o inciso X, do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, pois acarretaria um desequilíbrio no contrato a ponto de o consumidor não suportar a sua manutenção e provavelmente não ser mais aceito por outra seguradora. Autorizar o aumento pretendido ou a rescisão contratual, seria cancelar a discriminação do idoso, que além de tudo é consumidor hipossuficiente, o que é vedado pela Carta Magna, conforme acima explicitado, e pelo Estatuto do Idoso, conforme preceito dos artigos 2º, 3º, 8º e 10º da Lei 10.741/04 e em interpretação

sistemática e teleológica do disposto no artigo 15, parágrafo terceiro.

Cumpra consignar ementa de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça:

*2007.001.26367 - APELAÇÃO CÍVEL*

*DES. JOSE CARLOS PAES - Julgamento: 13/06/2007 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL*

*APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA. REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA. FALTA DE PROVA DA NECESSIDADE DO REAJUSTE PRETENDIDO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. NULIDADE DA CLÁUSULA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR IDOSO. 1. O princípio da identidade física do juiz só se aplica no caso de produção de prova oral. 2. Por conta da readequação da carteira de seguros, a seguradora pretende um reajuste de 200% no valor do prêmio. 3. Em que pese ser possível a alteração do valor por conta da mudança da faixa etária, o autor, já idoso, vem pagando pelo seguro há mais de 30 anos, de modo que o aumento pretendido pela seguradora causaria verdadeiro desequilíbrio contratual e oneraria excessivamente o consumidor, inviabilizando a manutenção do contrato e o ingresso em outro seguro de vida. Ademais, não houve prova da necessidade do reajuste nesse patamar. 4. Dano moral inexistente, pois não há provas nestes autos de qualquer sofrimento físico ou psíquico que justifique sua fixação. 5. Reforma da sentença para julgar procedente o pedido do autor e manter a avença nos moldes contratados, até que a seguradora comprove, em juízo, a necessidade do reajuste pretendido. Sucumbência recíproca. 6. Rejeição da preliminar e provimento parcial do recurso do autor.*

A assimetria de poder ante a desigualdade fática entre as partes expõe a mais fraca a um risco maior em seus direitos fundamentais. Por isso, vincula-se a parte mais forte ao respeito

do direito fundamental em questão, *standard* na ponderação de interesses, no caso, entre o alegado acerto de cálculo atuarial e o respeito e proteção da tutela da família e dignidade da pessoa humana.

A imposição de um reajuste exacerbado sob a escusa de eventual erro de cálculo “ultra-ativo”, pois verificado em momento posterior à celebração do negócio jurídico perde sua força quando aplicada a teoria do risco do empreendimento, devendo, pois, a empresa arcar com os ônus e bônus de sua atividade e não apenas com as benesses, assumindo assim o erro de cálculo que informa haver realizado. Também não parece razoável a eventual correção de um erro, vício de vontade, por meio de outro vício: a coação.

ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE o pedido, determinando que a ré mantenha o plano de seguro nos termos convenionados, com a subsequente atualização periódica anual pelos índices da inflação, sob pena de arbitramento de multa daria.

Condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

Certificado quanto ao trânsito em julgado, sem requerimento das partes, dê-se baixa e archive-se.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 2007.

**BELMIRO FONTOURA FERREIRA GONÇALVES**  
**JUIZ DE DIREITO”**

Em sede recursal, o Exmo. Desembargador Nagibi Slaibi Filho, em voto vencido, manteve a sentença por mim prolatada, com as seguintes assertivas:

“Sexta Câmara Cível; Apelação nº 2008.001.54786; Apelante: Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A; Advogado: Doutor Raphael Carneiro da Rocha Filho e outros; Apelado: José Chindler; Advogado: Doutor José Chindler; Vogal: Desembargador Nagib Slaibi.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO:**

Ousei divergir da douta maioria pelos seguintes motivos.

O contrato de seguro de vida é de natureza bilateral, oneroso, de adesão e não se resume somente ao que está escrito. Há uma série de deveres e obrigações anexas, inclusive decorrentes de cooperação, proteção e informação que são subentendidas e sobrevindas do princípio da boa-fé objetiva.

E assim como qualquer outro contrato privado estará sujeito a modificação quando afrontar norma de ordem pública, não podendo esta ser desprezada a fim de privilegiar qualquer cláusula contratual que acarrete excesso de ônus a qualquer das partes.

No caso, a majoração da mensalidade com vistas à idade do segurado encontra vedação legal no Estatuto do Idoso, como bem apontado pela sentença, no artigo 15, § 3º.

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

O Estatuto do Idoso visa à proteção social do idoso devendo incidir sobre todos os contratos por ele firmados e que expressem a necessidade da intervenção estatal, para manutenção de sua dignidade. Outra não é a conclusão do Superior Tribunal de Justiça refletida em seus recentes julgados:

*Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa*

*etária. Vedação. - O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.*

*- Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.*

*- Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada.*

*- O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo.*

*- Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária – de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso.*

*- Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.*

*Recurso especial conhecido e provido.*

*(REsp 989.380/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 20/11/2008).*

*Também no âmbito desta Corte foram proferidos julgados no sentido da abusividade do reajuste de mensalidades de contratos de seguros calculados unicamente em razão da variação da faixa etária do segurado: 2008.001.48744 – APELAÇÃO. DES. HENRIQUE DE ANDRADE FIGUEIRA - Julgamento: 12/11/2008 - DÉCIMA SETIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO. RENOVAÇÃO. REAJUSTE DA PRESTAÇÃO. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CLÁUSULA ABUSIVA. CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO. Ação de obrigação de fazer, a fim de a Ré renovar o contrato de seguro de vida nas mesmas condições mantidas nos últimos trinta anos. O vínculo contratual de seguro de vida mantido pelas partes por vários anos com base em determinada paridade das obrigações recíprocas não pode ser alterado em função da idade do consumidor, por ofensa expressa ao Código de Defesa do Consumidor e ao Estatuto do Idoso. Se durante trinta anos a seguradora renovou o contrato nas mesmas bases, o evidente aumento do risco porque o Autor envelheceu não permite onerá-lo com substancial aumento do prêmio e redução da importância segurada. Nos contratos cativos de longa duração, nos quais se incluem os contratos de seguro de vida, cria-se para o consumidor a expectativa de adimplemento pela prestadora do serviço, que deve manter o vínculo obrigacional nas bases originárias em acato aos preceitos legais que protegem o consumidor e o idoso. Na hipótese, inexistente fato superveniente e extraordinário capaz de alterar substancialmente o conteúdo do contrato a gerar a impossibilidade do cumprimento das obrigações contratadas. Recurso desprovido.*

*2008.001.19689 – APELAÇÃO; DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento: 19/06/2008 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA - MODIFICAÇÃO EM RAZÃO DA FAIXA ETÁRIA - CONDIÇÃO*

*PARA RENOVAÇÃO DO CONTRATO - INCIDÊNCIA DO CDC E ESTATUTO DO IDOSO RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO - DANO MORAL INEXISTENTE - A natureza da relação estabelecida nos contratos de seguro autoriza a incidência das Leis nºs. 8.078/90 e 10.741/2003 (estatuto do Idoso), conforme se verifica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O Estatuto do Idoso dispõe, no seu art. 15, § 3º, sobre a vedação da discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. A própria Lei nº. 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estabelece normas de proteção ao idoso, vedando a abusividade dos reajustes das mensalidades dos planos, conforme se verifica do seu art. 35-E. Vale ressaltar que todas essas normas buscam validade no art. 230 da Constituição da República, que estabeleceu o dever da família, da sociedade e do Estado quanto ao amparo das pessoas idosas, às quais são assegurados os direitos de participação comunitária, da dignidade, do bem-estar e da vida. Em relação ao pedido indenizatório por danos morais, verifica-se inexistir qualquer violação aos direitos da personalidade da apelante capaz de gerar responsabilidade civil da apelada, sendo certo que o caso em exame está sujeito a interpretações divergentes. Parcial provimento ao recurso.*

Especificamente em relação a apelante, consigno o voto vencido deste Relator proferido na Apelação Cível 2008.001.56041, julgada, em 17 de dezembro de 2008.

Nessa razão, correta a sentença ao dispor que:

*“Em nosa sociedade de evidente desigualdade social, verifica-se enorme vulnerabilidade de amplos setores da população, justificando um reforço à proteção dos direitos fundamentais nas relações com outros particulares mais poderosos, como os fornecedores de serviço. Nestes casos, onde a desigualdade fá-*

*tica, muitas vezes, aniquila uma perspectiva legítima, a vinculação aos direitos fundamentais, em especial da dignidade da pessoa humana, no caso específico, somado ao fato da condição de idoso prestes a desassistência abrupta, deve se mostrar enérgica, enquanto a argumentação defensiva da autonomia da vontade assume peso inferior.*

*Ainda, na equação de ponderação de interesse, perde força a assertiva da ré de que se faz necessária uma adequação de valores em virtude de cálculos atuariais que constataram a diminuição da remuneração de acionistas e seus lucros quando, do outro lado, há o interesse da parte hipossuficiente, idosa agora desinteressante para o mercado da ré, preste a ter sua família marginalizada sem o amparo econômico que, para tanto envidou esforços durante anos, de ser efetivamente respeitada, considerando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.”*

Assim, votei no sentido de negar provimento ao recurso para que seja mantida a sentença integralmente.

Rio de Janeiro, 14 de janeiro de 2009.

Desembargador Nagib Slaibi

Vogal vencido”

Portanto, reportando-me ao acima disposto, enfatizo a importância do Julgador, que não se afigura mero aplicador da lei, mas um agente político e social com vistas a envidar esforços para realizar a justiça no caso concreto, valendo-se dos instrumentos legais para tanto, em caráter magno, coercível diante do interesse público, a Constituição Federal, com suas normas e princípios, integrando-os ao ordenamento infraconstitucional, todos zeladores da sociedade justa e escudo das práticas perpetradas por aqueles que ferem comumente os direitos dos cidadãos. ♦

# Não Autorização para Transfusão de Sangue por Convicção Religiosa

**Carlos Elias Silveiras Gonçalves<sup>1</sup>**

A obviedade de um discurso pode promover, precipitadamente, o seu encerramento, afastando da discussão ricos argumentos que dela poderiam advir. Muitas das vezes a riqueza dos argumentos e das teses pode ser fruto de algo óbvio a que não damos importância e com isso deixamos encobertas a beleza e as revelações da vida.

Com o direito, temos que não é diferente. Quantas vezes nos deparamos com questões que, num primeiro momento, nos parecem óbvias e chegamos à conclusão de que consideramos certas e depois, após uma reflexão mais apurada, resolvemos que aquela não fora a melhor. Quantas interpretações diferentes, sobre o mesmo caso, foram feitas à luz da nossa Constituição Federal de 1988, não só pelos Tribunais, incidentalmente, como também pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

No dia a dia forense nos é apresentada a questão da transfusão de sangue para tratamento de saúde de pessoa que, por convicção religiosa, não autoriza o procedimento ou, sendo impossível o seu consentimento, a família não autoriza.

Referimo-nos às testemunhas de Jeová e sabemos que esta instituição religiosa não admite que seus membros se submetam a transfusão de sangue. Segundo ela, o fundamento é bíblico, consoante o texto: Gênesis, 9:3-5. *“Tudo o que se move e vive vos servirá de alimento; eu vos dou tudo isto, como vos dei a erva verde. Somente não comereis carne com a sua alma, com seu sangue. Eu pedirei conta de vosso sangue, por causa de vossas almas, a todo animal; e ao homem que matar o seu irmão, pedirei conta da alma do homem.”*

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do 1 Juizado Especial Cível de Nilópolis.

Coerentemente com esse entendimento, tido por divino, o membro que o desconsiderasse, aceitando transfusão de sangue e manifestasse uma atitude impenitente, seria desassociado da congregação das Testemunhas de Jeová.

Não há na nossa legislação texto que prevê essa situação e regule o conflito que daí pode surgir. A pessoa é membro da referida instituição religiosa e em razão da enfermidade, o médico indica a transfusão de sangue como meio para sua convalescença, sendo esta a única ou a mais eficaz das medidas.

Se o paciente tiver a maioria e concordar com a transfusão, no máximo poderá ser submetido às regras de sua instituição religiosa e sofrer a sanção da exclusão. No caso de ter a maioria e estar inconsciente e por isso não poder consentir, a decisão ficará a cargo de seus pais, cônjuge, filhos ou outros familiares que, em razão da religião, poderão negar autorização ao médico. Também temos o fato de o paciente ser criança ou adolescente e a decisão ficar a cargo dos pais ou responsáveis. Também, há o fato de o paciente ter a maioria e não consentir com a transfusão de sangue.

Deve também ser considerada a obrigação do nosocômio onde se encontra o paciente e do médico que o atende, que é de preservar a vida.

O Juiz não pode deixar de solucionar o caso por omissão legislativa, devendo decidir de acordo, e nesta ordem, com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, a teor do art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (nome atual da LICC.).

Ainda dispõe o artigo 126 do CPC: *“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”*

De qualquer forma, para solução da questão, socorremo-nos de princípios constitucionais, quais sejam, da supremacia constitucional e da unidade constitucional, fazendo ponderação de bens e interesses relativos aos direitos à vida e à liberdade religiosa, valores protegidos pela nossa Constituição Federal de 1988, fazendo a subsunção do caso concreto às normas constitucionais aparentemente em conflito, prevalecendo a que melhor se adequar para solução do conflito, considerando-se não só os valores dos bens jurídicos (no caso a vida e a liberdade), mas também o

consentimento ou a falta deste.

A supremacia da Constituição, uma vez que, além de a legislação ordinária ter submetida sua validade à Constituição Federal, outros documentos regulatórios de relações privadas são submetidos às normas e valores constitucionais, a ex. estatutos de universidades, estatutos de associações desportivas, estatutos de instituições religiosas, dentre eles o mais antigo, o direito canônico, e assim por diante...

A unidade constitucional consiste em evitar antinomias e com isso impedir que o intérprete conclua pela contradição entre normas constitucionais. A interpretação normativa da Constituição deve preservar a validade de seu texto e de suas normas, mantendo-as em uníssono, não podendo uma norma excluir outra do ordenamento constitucional ou concluir pela invalidade de uma delas. As duas sempre coexistirão, regulando a questão, ainda que uma delas seja prevalente.

Ensina-nos Humberto Ávila, em sua obra **Teoria dos Princípios**, que “as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada*, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é a regra válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem *uma dimensão de peso*, demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.”

No caso em comento, temos de um lado a vida e de outro a liberdade que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana. A tarefa do operador do direito é adequá-los ao caso concreto e com isso fazer justiça. Aqui temos outra tarefa. Adequar é fazer ajuste e um bom ajuste não pode ser feito sem observância da proporcionalidade dos valores que incidem no caso.

A obviedade nos leva a fazer prevalecer o *direito à vida* e com isso a

conclusão em submeter, ainda que contra a vontade, a pessoa à transfusão de sangue.

A República Federativa do Brasil não adotou qualquer religião a ser seguida pelo Estado, sendo este laico, prestigiando a dignidade da pessoa humana, protegendo a vida e a liberdade. Assim, dispõe a Constituição Federal:

*“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*(...)*

*III - a dignidade da pessoa humana; (...);*

*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: (grifo nosso).*

*(...);*

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

*(...);*

*VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;*

*(...);”*

Questão inafastável é a formação pessoal de cada uma das pessoas envolvidas no conflito, ainda que não diretamente. São os aspectos históricos, culturais, familiares, educacionais e religiosos, moralmente concebidos e inarredáveis, que compõem os valores éticos das pessoas.

Não pretendemos aqui estabelecer em definitivo um norte para jul-

gamento da questão, posto que o caso concreto sempre falará mais alto e a *proteção à vida* dificilmente deixará de ser um elemento seguro para a solução. Nossa intenção é trazer uma reflexão sobre o tema e alertar sobre os vários prismas que não podemos deixar de considerar quando de sua análise.

O médico assume, ainda que sem o consentimento do paciente, a obrigação preservar-lhe a *vida* (valor) e tem como meio de tratamento a transfusão de sangue. Três questões podem surgir. Diante do diagnóstico, ser esta a única medida ou ser uma medida alternativa, porém a mais eficaz ou além desta ter outras com o mesmo peso de eficácia.

No caso de ser a única medida de tratamento, sob pena de risco de morte, pode o paciente plenamente capaz aos atos da vida civil, conscientemente, negar autorização ao médico, em razão de sua liberdade religiosa, e esta negativa ser válida à luz da Constituição Federal?

A liberdade não teria qualquer peso em caso de risco de morte?

E quanto ao risco de a transfusão não ser eficaz ou gerar risco de contaminação e de morte por doenças soro transmissíveis, como ex. HIV?

O indivíduo teve sua formação moral e religiosa fundada na religião testemunha de Jeová e se depara com a situação em que tudo aquilo que ele acreditou poder vir a ser corrompido por conta de critério médico e não consente o procedimento, buscando a unidade hospitalar a intervenção do Estado-Juiz e este autoriza o procedimento, contrariando a vontade do paciente.

Cabe ao Estado cindir a vontade neste caso?

Outra questão que não podemos deixar de levar em conta é o tempo que normalmente se tem para dar uma resposta ao caso. Normalmente, os requerimentos para autorização são feitos ao Juiz, ou pelo Ministério Público (quando se trata de criança ou adolescente e os pais são testemunhas de Jeová ou de pessoa idosa e os familiares, com o mesmo motivo, negam a autorização) ou pelo Hospital, tudo em regime de urgência. Então teremos pouco tempo para fazer uma análise ampla e profunda, em especial, sob o aspecto ético e com isso buscar uma normatividade que melhor atenderá os preceitos de justiça. Assim, com a segurança de fazermos a coisa certa, em razão da urgência, provavelmente, concluiremos pela prevalência do direito à vida.

O Tribunal de Justiça deste Estado se manifestou quanto ao tema, merecendo atenção especial o seguinte voto vencido.

A 18ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229, Relator Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, manteve a decisão do Juiz *a quo* que determinou a transfusão de sangue com fundamento na preservação do direito à vida.

O voto vencido foi do **Des. Marco Antonio Ibrahim**. *Verbis*:

*“Constitucional. Civil. Transfusão de sangue não autorizada. Direito à privacidade e intimidade. Manifestação expressa de recusa à terapia transfusional. Seja, ou não, por motivo religioso a vontade do paciente deve ser respeitada porque não há conflito real entre o direito à autodeterminação a tratamento médico e o direito à vida. Todos os especialistas brasileiros e estrangeiros concordam com a afirmativa de que a transfusão sanguínea não é procedimento isento de risco de contaminação mortal do paciente, seja por vírus, seja por infecção bacteriana. Viola a dignidade da pessoa humana obrigar o paciente a receber transfusão sanguínea contra sua vontade, especialmente se existe tratamento alternativo e não há prova cabal de risco à vida do mesmo. Exegese artigo 15 do novo Código Civil que determina que ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica.”*

Continua o Desembargador.

*“Ousei divergir da douta maioria, dès que o caso dos autos refoge àquelas hipóteses encontradiças do dia-a-dia forense em que parentes se recusam a permitir que médicos promovam transfusão sanguínea em paciente com risco de morte.*

*Aqui, a própria paciente manifestou – lúcida e conscientemente – recusa ao tratamento proposto e o fez, não apenas por convicções religiosas, mas também, dados riscos envolvidos no procedimento.*

*Segundo consta da prefacial, a agravante firmou um documento intitulado **Diretrizes para a Equipe Médica** em que se recusava, peremptoriamente, a receber transfusão sanguínea, autorizando, todavia outros tratamentos com menores riscos de contaminação.*

*Diante disso e considerando que os familiares da agravante também desautorizaram a terapia transfusional foi acionado o Ministério Público que – ao invés de defender os direitos da agravante que, sendo idosa está amparada pelo disposto no art. 17 do Estatuto do Idoso, - obteve do juiz **a quo** medida antecipatória de tutela autorizando a transfusão sem o menor contraditório!*

*A decisão agravada, coonestada pelo entendimento da maioria golpeou fundo, data máxima vênia, a dignidade humana da paciente que tem direito legal e constitucionalmente garantido, a se recusar a receber tratamento desse jaez.*

*Não bastasse a recusa fncada em convicções religiosas, a agravante e seus familiares se insurgiram contra o referido tratamento que, sabidamente, traz riscos de alta contaminação.*

*Com efeito, poucos desconhecem que através de transfusões sanguíneas – mesmo aquelas cercadas de regulares testes preventivos – podem transmitir vírus do tipo HIV e Hepatite, bem assim doenças infecciosas por contaminação bacteriana.*

*Pode, ainda, a transfusão ser responsável pela instalação, no paciente, de HTLV-1 e HTLV-2; Citomegalovírus; TT-Vírus; Mal de Chagas, Malária; Toxoplasmose; Sífilis; Doença de Creutzfeld-Jacob – a chamada Doença da Vaca-Louca, além de sobrecarga circulatória, reações hemolíticas, reações alérgicas, etc.*

*Quem quer que leia os jornais diários com ordinária atenção há de perceber que mesmo em Hospitais de grande porte, no Brasil e no exterior, há, frequentemente, casos de contaminação por transfusão. Pois isso já seria suficiente para se respeitar a expressa vontade da paciente cujo direito de escolha deriva de norma constitucional. Direito à Privacidade. À intimidade. Direito*

*a autodeterminação de tratamento médico. E se alguma dúvida ainda existisse quanto a este evidentíssimo direito, veja-se que o novo Código Civil em seu art. 15 determina:*

**Ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.**

*E isto é nada mais, nada menos que a expressão legal de um dos **Direitos da Personalidade!!** Mutilado e violado, às escâncaras, sem maiores fundamentos, pela decisão agravada.*

*A tese esposada na petição recursal (aliás, a mais perfeita, comovente e bem instruída que tenho visto em mais de vinte e cinco anos de experiência forense) conta com o apoio de abalizada doutrina como aquela capitaneada por CELSO RIBEIRO BASTOS que asseverava o respeito à liberdade do paciente em casos tais, reputando indevida a atuação do Estado contra um direito de magnitude, digo eu, supra-constitucional. No mesmo sentido, irresponsável parecer do doutíssimo MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO.*

*Mas nem só por isso merecia reforma a decisão agravada. Há mais: Li e reli os autos e neles **não se vê qualquer prova** convincente de que se está diante de hipótese de **imediato risco de morte da paciente**. E mesmo a resposta que, muito prudentemente, exigiu o eminente Relator, sobre a possibilidade de terapias alternativas, foi respondida de forma evasiva pela médica responsável que afirmou (fls. 168) que não há outra alternativa mais eficaz que a transfusão. Ora então há alternativa...*

*Cabe observar, por fim, que o próprio Conselho Federal de Medicina tem exposto entendimento segundo o qual, nestes casos, se deve respeitar a vontade do paciente e seus familiares e o tem feito, decerto, porque é fato público e notório que as transfusões de sangue trazem grave risco de contaminação, ainda que precedidas dos testes ordinatórios de prevenção.*

*O direito à vida não se resume ao viver... O direito à vida diz respeito ao modo de viver, à dignidade do viver. Só mesmo a prepotência dos médicos e a insensibilidade dos juristas pode desprezar a vontade de um ser humano dirigida a seu próprio corpo. Sem considerar os aspectos morais, religiosos, psicológicos e, especialmente, filosóficos que tão grave questão encerra. A liberdade de alguém admitir ou não, receber sangue, um tecido vivo de outra (e desconhecida) pessoa.*

*Diante do exposto votava no sentido de dar provimento ao recurso.”*

Assim, encerra o Des. Marco Antonio Ibrahim.

Portanto a questão da transfusão de sangue como meio de tratamento e a negativa expressa de consentimento do paciente, seja por convicção religiosa ou não, ou até mesmo a falta de consentimento, à luz dos preceitos constitucionais de valores, merece reflexão prévia e aprofundada. ♦

#### REFERÊNCIAS:

**Bíblia Sagrada** – São Paulo – 2004 – 3ª Ed. – Geográfica Editora.

**Dicionário Houaiss** – Rio de Janeiro – 2009 - 1ª Ed. - Editora Objetiva.

**Direito Constitucional** – Nagib Slaibi Filho - Rio de Janeiro – 2004 -1ª Ed. - Forense.

**Interpretação e Aplicação da Constituição** – Luis Roberto Barroso - 1999 – 3ª Ed. - Editora Saraiva.

**Teoria dos Princípios** – Humberto Ávila – 2004 – 3ª Ed. Editora Malheiros Editores.

# Normatividade Jurídica

Cláudio Ferreira Rodrigues<sup>1</sup>

Há fenômenos sociais tão relevantes na história da humanidade que, por expressarem espontaneamente e de forma comum o agir do homem desde tempos imemoriais, acabam deixando de ser objeto primordial de sua atenção. Dentre eles nenhum sobreleva em termos de importância o da normatividade, apesar de constituir uma das notas essenciais e distintivas do próprio ser humano, podendo-se dizer que onde está o homem, aí está a regra.

“O homem é por natureza um animal social (...), vivendo em multidão” (Aristóteles).

“*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*”, assim referia Ulpiano como lembrado no *Corpus Iuris Civilis*.

Não consegue estar e ficar só. Convive, socializa, nasce em comunidade - no seio de uma família - e morre dentro de comunidades (dos mais variados tipos e formatos). É historicamente impossível conceber o Homem-solitário, exceto por limitados espaços de tempo, havendo uma propensão inata e natural para o ser humano se agregar em comunidades. Uma vez inserido dentro de comunidades importa ao Homem refutar o caos e a anarquia e estabelecer um conjunto de regras de convívio e socialização. Toda a comunidade terá, conseqüentemente, as suas regras e normas de conduta. Daí que seja, de igual modo, historicamente impossível descortinar uma qualquer comunidade sem regras e sem normas<sup>2</sup>.

Adotado no sistema jurídico nacional o Estado Democrático de Direito e assumido pela Constituição o princípio da legalidade, tem-se que a lei é a principal fonte da normatividade, porém não a única.

Assim é que o homem em sentido lato deve se adequar à lei.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do II Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca da Capital.

<sup>2</sup> Hélio Garcia – **Direito e Sociedade**.

Seu comportamento deve observar o padrão normativo e sempre que houver desvios a legalidade deve ser restabelecida.

No complexo de normas que dá origem ao corpo jurídico nacional temos padrões de condutas das mais variadas naturezas.

Quando o fornecedor não promove a reparação do vício do produto que fabricou no prazo adequado diz-se que foi violada a norma de artigo 18, § 1º, da Lei 8.078/1990.

Quando o indivíduo, por ação ou omissão, provoca prejuízo ao semelhante afirma-se que fica ele obrigado a reparar o dano por força da norma constante no artigo 927 do Código Civil.

Indaga-se a razão pela qual vem se formando a opinião de que o órgão judiciário, na solução do conflito de interesses, fica dispensado de indicar a norma jurídica da qual se valeu.

Em termos gerais, esta não pode ser considerada uma verdade absoluta, pois como antes anotado nos exemplos do fornecedor e do causador do dano no ilícito relativo e no ilícito absoluto, é de bom alvitre que a norma seja indicada para que o sujeito de direito, personagem do conflito de interesses, seja convencido do acerto da solução jurisdicional.

Deve ser levado em consideração que o jurisdicionado, em regra, não é versado na letra ou ciência jurídica.

Outra indagação orbita em torno da possibilidade de utilização da equidade na solução dos conflitos de interesses.

Equidade consiste na adaptação da regra existente à situação concreta, observando-se os critérios de justiça e igualdade. Pode-se dizer, então, que a equidade adapta a regra a um caso específico, a fim de deixá-la mais justa. Ela é uma forma de se aplicar o direito, mas sendo o mais próximo possível do justo para as duas partes.

Essa adaptação, contudo, não pode ser de livre-arbítrio e nem pode ser contrária ao conteúdo expresso da norma. Ela deve levar em conta a moral social vigente, o regime político Estatal e os princípios gerais do Direito. Além disso, a mesma não corrige o que é justo na lei, mas completa o que a justiça não alcança.

Sem a presença da equidade no ordenamento jurídico, a aplicação

das leis criadas pelos legisladores e outorgadas pelo chefe do Executivo acabariam por se tornar muito rígidas, o que beneficiaria grande parte da população; mas, ao mesmo tempo, prejudicaria alguns casos específicos aos quais a lei não teria como alcançar. Esta afirmação pode ser verificada na seguinte fala contida na obra “Estudios sobre el proceso civil” de Piero Calamandrei:

*[...] “o legislador permite ao juiz aplicar a norma com equidade, ou seja, temperar seu rigor naqueles casos em que a aplicação da mesma (no caso, “a mesma” seria “a lei”) levaria ao sacrifício de interesses individuais que o legislador não pôde explicitamente proteger em sua norma”.*

É, portanto, uma aptidão presumida do magistrado.

No nosso Tribunal de Justiça encontramos julgamentos fundamentados na equidade cuidando do temperamento da norma criada para incentivar a prestação de obrigações de fazer.

Quando a incidência do preceito se torna excessiva em relação ao valor da obrigação que se pretendeu fosse efetivamente prestada, abre-se oportunidade ao órgão judicial para reduzir, ainda que de ofício, o valor do meio de coerção:

*“CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TUTELA ANTECIPADA. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. DEMORA NO CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. COBRANÇA. VALOR TOTAL DAS ASTREINTES EXCESSIVO EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO § 6.º DO ART. 461 DO CPC. DECISÃO. ART. 557, § 1.º-A DO CPC. AGRAVO LEGAL. Como é cedo, a multa tem o caráter coercitivo para que a sanção iniba o destinatário no descumprimento do provimento judicial, justificando-se sua aplicação para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, visando garantir o respeito à tutela concedida.*

*Deve, porém, ser fixada em valor que seja suficiente para obrigar o devedor a cumprir a obrigação, mas sem que atinja um patamar excessivo, sob pena de se configurar enriquecimento sem causa do credor. A jurisprudência sedimentou o entendimento de que a multa arbitrada não faz coisa julgada material, podendo seu valor ser revisto, a qualquer tempo, caso se torne insuficiente ou excessivo, consoante estabelece o § 6.º do art. 461 do CPC. Por outro lado, também prevalece o entendimento de que a multa cominatória não se presta a punir o devedor e a indenizar o credor, eis que não tem caráter indenizatório, bem assim de que deve ser reduzida se verificada a discrepância injustificável entre o valor da multa e o montante do valor principal. No caso sub judice embora a multa diária fixada em R\$ 100,00 tenha sido arbitrada de forma moderada, verifica-se que o valor total em execução atingiu ao patamar de R\$ 17.800,00, tornando-se extremamente excessiva e desproporcional se comparada ao valor da obrigação principal que é de R\$ 2.000,00, o que justifica sua redução a fim de não se configurar enriquecimento sem causa. Demais, repita-se, o próprio Juiz reconheceu a dificuldade no cumprimento da obrigação, impondo-se a aplicação do princípio da equidade. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO PRINCIPAL. DESPROVIMENTO DO AGRAVO LEGAL<sup>23</sup>.*

Outro exemplo foi a interpretação que o Superior Tribunal de Justiça, com muita propriedade, vinha emprestando ao artigo 41 da Lei 11.340/2.006.

Para conformá-la com os demais princípios gerais de nosso direito, entendeu aquela Corte, com muita razão, que a ação penal nos delitos de lesão corporal havidos no ambiente doméstico continuava condicionada à representação da vítima.

3 0058941-55.2011.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. Roberto de Abreu e Silva - Julgamento: 20/03/2012 - Nona Câmara Cível

Equidade.

Proporcionalidade.

Razoabilidade.

Princípios que deixaram de ser observados na nova orientação que o Supremo Tribunal Federal pretendeu e resolveu dispensar à matéria. ♦

# Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais

Eduardo de Azevedo Paiva<sup>1</sup>

## NORMATIVIDADE JURÍDICA

Com o surgimento da fase inaugurada pelos ideais pós-positivistas, novos valores foram inseridos na comunidade jurídica, exercendo fortes influências na atividade de aplicação do direito aos casos concretos que se apresentam.

Antes de mais nada, passou-se a priorizar não mais a letra fria e estanque da lei que outrora era idolatrada, mas sim a compreensão da norma, que está além do texto escrito.

Assim, o papel exercido pelos juízes ganhou uma maior relevância.

Diante da flagrante impotência do legislador em regular todos os casos sociais que a toda hora reclamam a aplicação do direito e exigem do Poder Judiciário uma resposta, foram criadas as regras de integração previstas no art 4º da Lei 4.657/42<sup>2</sup> (Lei de Introdução ao Código Civil), repetidas com melhor técnica no art. 126 do Código de Processo Civil<sup>3</sup>.

Os citados artigos expressam a vedação ao *non liquet* ou seja, tendo em mãos um caso a resolver e deparando-se o magistrado com lacuna ou obscuridade da lei, não poderá invocá-la para se eximir de despachar, decidir ou sentenciar. Deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

---

1 Juiz de Direito Titular da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Niterói.

---

2 Art. 4º da Lei 4.657/42 – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

---

3 Art. 126 do CPC – “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

A analogia consiste na aplicação de norma prevista para um caso semelhante.

O costume se consubstancia em uma conduta socialmente aceita que se repete ao longo do tempo.

Os princípios gerais são as regras que, embora não estejam escritas, servem como mandamentos que informam e dão apoio ao direito, utilizados como base para a criação e integração das normas jurídicas, respaldados pelo ideal de justiça.

Na lição do mestre Orlando Gomes “*A generalibus júri principiis*, da qual deve ser extraída a decisão judicial quando a lei for omissa, falhe a analogia e não existam costumes adequados, tem como determinante o ‘espírito da ordem jurídica’, que se manifesta através de ‘valoração da camada dirigente’, como *ultimum refugium* do Juiz”<sup>4</sup>.

### A DIFERENÇA ENTRE OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Após estas linhas iniciais, mister se faz ressaltar que os princípios gerais de direito acima enunciados como a última alternativa à colmatação de lacunas legais não se confundem com os princípios constitucionais.

Os princípios constitucionais espelham categoria diversa e, repita-se, não podem ser confundidos com os princípios que se prestam ao suprimento de omissões do legislador como derradeira fórmula.

É que os princípios constitucionais possuem força vinculante e são na verdade o início, o ponto de partida de qualquer atividade judicante, seja de interpretação, integração ou de aplicação da lei. São de observância necessária e obrigatória em qualquer situação, sob pena de invalidade por vício de inconstitucionalidade. E, antes de mais nada, devem informar a própria atividade legislativa, bem como a atuação de todos os entes estatais.

Nas valiosas lições do Mestre Alexandre de Freitas Câmara:

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edição. Rio de Janeiro – Editora Forense. 2001.

*“É preciso antes de tudo deixar claro que não coincidem exatamente os conceitos de princípios gerais de direito e de princípios constitucionais. Basta ver o seguinte: estabelece o art 126 do CPC que, diante de uma lacuna da lei, deverá o juiz se valer da analogia, não havendo norma que possa ser aplicada analogicamente, o julgador se valerá dos costumes e, por fim, não havendo costume que se aplique ao caso, será a decisão baseada nos princípios gerais do Direito. Ora, a se aceitar a ideia de que esse princípios gerais são os princípios constitucionais, ter-se-ia de admitir que os princípios constitucionais são aplicados em último lugar, depois da lei e das demais fontes de integração das lacunas. Isto, porém, não corresponde à verdade. Os princípios constitucionais devem ser aplicados em primeiro lugar (e não em último), o que decorre da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas jurídicas. Entende-se por princípios gerais de direito aquelas regras que, embora não se encontrem escritas, encontram-se presentes em todo o sistema, informando-o. É o caso da velha parêmia segundo a qual “o direito não socorrem os que dormem”<sup>5</sup>.*

À guisa de exemplo, cito como princípios constitucionais de alta carga valorativa o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da proporcionalidade e o da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente.

Reconhecer a dignidade da pessoa humana implica que se tome o indivíduo como aquilo que há de mais importante e que merece ser amparado com um mínimo existencial em prol de uma vida digna, não podendo ser coisificado.

A aplicação da razoabilidade e proporcionalidade aduzem à ideia de justiça e apresentam compatibilidade com a atual realidade advinda com o pós-positivismo jurídico, isto é, há necessidade de que as decisões judi-

---

5 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 16ª Edição. 2007. V. I, p. 20 e 33.

ciais não busquem unicamente a estrita legalidade, mas que utilizem a lei em cotejo com outros valores que conduzem a decisões justas por serem razoáveis.

A prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, princípio insculpido no art 227 da Carta Magna<sup>6</sup>, vem estabelecer que os menores devem ser protegidos em primeiro lugar em relação a qualquer outro grupo social, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A título de enriquecimento, transcrevo os ensinamentos de Andréa Rodrigues Amim sobre o tema:

*“Trata-se de princípio constitucional estabelecido pelo artigo 227 da Lei Maior, com previsão no artigo 4º da Lei 8.069/90. Estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte. Assim, se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e de um abrigo para idosos, pois ambos necessários, obrigatoriamente terá de optar pela primeira. Isso porque o princípio da prioridade para os idosos é infraconstitucional, pois estabelecido no artigo 3º da Lei 1.0741/03, enquanto a prioridade em favor das crianças é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral.”*<sup>7</sup>

---

6 Art. 227 da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

---

7 AMIM, Andréa Rodrigues e *et alii* – **Curso de Direito da Criança e Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. Editora Lumen Juris. 4ª Edição; 2010, p. 20.

## HERMENÊUTICA E NORMATIVIDADE JURÍDICA

Hermenêutica jurídica é a ciência que visa a compreender a aplicabilidade das leis, norteando o exercício dos operadores do direito, principalmente, dos magistrados, que têm a função de aplicar a norma jurídica ao caso concreto.

Segundo Carlos Maximiliano, “É a hermenêutica que contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que deverão nortear a interpretação. Hermenêutica é a teoria científica de interpretar, mas não esgota o campo de interpretação jurídica por ser apenas um instrumento para sua realização.”<sup>8</sup>

Certo é que a normatividade jurídica tem íntima relação com a hermenêutica, uma vez que a norma deve sempre ser compreendida e interpretada dentro de um sistema jurídico e não isoladamente.

Não se pode olvidar que a interpretação da lei deve corresponder às necessidades atuais de caráter social, não podendo ser meramente formal e sim, antes de tudo, real, humana e útil, devendo o Juiz sempre optar pela interpretação que mais atenda as aspirações da Justiça e do bem comum.

### DA APLICAÇÃO DA NORMATIVIDADE JURÍDICA

Após as breves noções aqui consignadas, peço vênica para trazer à baila um tema prático, atual, relacionado ao direito da criança e adolescente, que reclama, ao meu ver, a aplicação de todo o abordado linhas acima.

Trata-se da adoção *intuito personae*, também denominada adoção dirigida, que, por não ter tido previsão no novel diploma regulador do assunto, Lei 12.010/2009, é repudiada por parte da doutrina.

Vale ressaltar que esta modalidade de adoção se diferencia por haver a intervenção dos pais biológicos na escolha da família substituta que irá acolher seu filho, com posterior submissão do ato ao juiz.

Diante da lacuna da lei, há que se perguntar se deve persistir tal

<sup>8</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Editora Forense. 15ª Edição – 2008- RJ.

modalidade de adoção.

A resposta é ao meu ver positiva por inúmeros motivos que passo a expor sucintamente sem a pretensão de esgotá-los.

Em primeiro lugar, devem ser considerados os malefícios psicológicos de se deixar um infante em acolhimento institucional à espera da adoção que pode nunca vir a acontecer, lembrando que o próprio estatuto atribui preferência ao acolhimento familiar.

Em segundo lugar, não há que se desprezar o instinto maternal ou paternal que inclina os genitores a quererem o melhor para os filhos e, conseqüentemente, a entregarem a criança a quem confiam.

Não se pode ainda olvidar que o ato passará pelo minucioso crivo judicial, bem como de outros profissionais habilitados que irão aferir se os interesses do menor estarão preservados.

Vale neste ponto ressaltar que, concatenando as ideias acima produzidas, venho dizer que a decisão de conceder a adoção *intuitu personae* deve levar em consideração a existência de uma lacuna na lei, que não prevê o instituto, devendo o magistrado proceder a sua integração, visitando ainda todos os princípios constitucionais acima elencados, quais sejam, o da razoabilidade e proporcionalidade, o da dignidade da pessoa humana, bem como o da absoluta prioridade dos direitos da criança e adolescente.

E para o desfecho, trago à colação, por oportuno, acórdão sobre o assunto que, através da hermenêutica e aplicando os princípios constitucionais ora abordados, utilizou-se da analogia para o suprimento da lacuna da lei. O presente julgado é de relatoria do Desembargador Nagib Slaibi Filho, a quem rendo as minhas homenagens.

ADOÇÃO DIRIGIDA OU *INTUITU PERSONAE*  
CADASTRO DE ADOCAO  
REQUERENTES HABILITADOS  
ORDEM CRONOLÓGICA  
INOBSERVÂNCIA  
INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE

*Direito Civil. Adoção. Mãe e avó materna que desconheciam o estado gravídico da primeira. Descoberta apenas quando do parto. Pai desconhecido. Gravidez fruto de relacionamento passageiro. Adoção intuitu personae configurada. Decisão da genitora e de sua mãe de entregarem a filha para adoção. Interesse da autora em ter o bebê recém-nascido como seu filho. Convivência estabelecida desde os cinco dias do nascimento. Concordância da família biológica após conhecer a pretensa adotante, que já se encontrava cadastrada para adoção. Laudo da assistente social afirmando estar a criança bem cuidada e adaptada ao lar onde é criada pela adotante e pelo filho desta. Lar harmonioso e em perfeitas condições para o pleno desenvolvimento da criança. Aplicação do art. 227 da Constituição da República: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, a 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. “E nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção intuitu personae, que não está prevista na lei, mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC, art. 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção” (DIAS, Maria Berenice. Adoção e a espera do amor. Disponível em: [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)) “Cuida-se, na espécie, da adoção de menor na qual a mãe e o casal, ora agravado,*

*assinaram termo de declaração no qual há expressa manifestação de vontade do primeiro em consentir a doação de uma filha aos agravados, tendo o juiz a quo autorizado a permanência da menor com o casal pelo prazo de trinta dias. Posteriormente, passados oito meses, o Tribunal a quo determinou a guarda da menor aos agravantes por constarem do cadastro geral, sob o fundamento de que uma criança com menos de um ano não poderia criar vínculo com o casal e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada do casal agravado. A Turma entendeu que o critério a ser observado é a existência de vínculo de afetividade da criança com o casal adotante. Dever-se-ia, preponderantemente, verificar o estabelecimento do vínculo afetivo da criança com os agravados, que, se presente, torna legítima, indubitavelmente, a adoção intuito personae. Assim, negou provimento ao agravo” (STJ, AgRg na MC 15.097-MG, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 5/3/2009). Parecer do Ministério Público entendendo por viável a adoção. Sentença de procedência, tendo desconstituído o poder familiar da genitora e deferido o pedido de adoção. Alegação do Ministério Público de burla ao cadastro público para adoção, bem como ausência de vínculo socioafetivo e que houve ‘venda’ da criança. Ausência de prova nesse sentido. Parecer do Ministério Público em segunda instância entendendo pelo desprovimento do recurso. Desprovimento do recurso com manutenção da sentença. APELAÇÃO 0006371-74.2009.8.19.0061. DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 05/05/2010 - SEXTA CÂMARA CÍVEL.*

## CONCLUSÃO

Assim, podemos concluir que se ampliou a liberdade do magistrado na realização da atividade jurisdicional que não mais se encontra acorrentada pela interpretação limitada e positivista da lei. Entretanto, a flexibilidade advinda da implementação dessa nova mentalidade não é ampla

e irrestrita, pois deve estar limitada, sobretudo, pela busca incessante da promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Só assim se realiza a tão preconizada justiça. ♦

#### REFERÊNCIAS

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 41ª Edição. Editora Saraiva – 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18º edição. Rio de Janeiro – Editora Forense. 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 16ª Edição. 2007. V. I.

AMIM, Andréa Rodrigues e outros – **Curso de Direito da Criança e Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. Editora Lumen Juris. 4ª Edição. 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Editora Forense. 15ª Edição – 2008 - RJ.

# Liberdade de Comunicação. Proibição de Censura e Limites

Fábio Costa Soares<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O estudo configura breve exame sobre a liberdade de informação e o seu exercício no contexto dos demais direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, analisando hipóteses em que prevalecerá o direito de informar e hipóteses em que a dignidade humana limitará o exercício daquele direito.

### LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PROIBIÇÃO DE CENSURA E LIMITES À LIBERDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe no inciso IX do artigo 5º ser *livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*. A liberdade de informação foi consagrada na Carta Republicana entre os direitos e garantias fundamentais da pessoa, afigurando-se essencial para a promoção da cidadania e da dignidade humana.

A Constituição de 1988, rompendo com o passado marcado pelo autoritarismo refletido nas normas das Constituições de 1967 e da Emenda Constitucional nº 01/69, assumiu compromisso com a liberdade efetiva (artigos 3º e 5º da Lei Maior) e a democracia (CRFB/88, artigo 1º, *caput*), consagrando a ampla liberdade de expressão e manifestação do pensamento. A Constituição não apenas reconheceu a liberdade de comunicação, mas a imunizou contra a censura, conduta praticada no regime anterior.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito Titular do Juizado Especial Cível de Cabo Frio.

O Constituinte originário de 1988 libertou a sociedade civil das limitações à expressão e divulgação de ideias do regime constitucional anterior, consagrando normas que limitam o Poder do Estado, para assegurar o livre desenvolvimento da pessoa, isoladamente considerada, ou como membro de um grupo, da coletividade, com relação à sua intimidade, ou às relações intersubjetivas, ou no exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

O exercício da liberdade de expressão independe de controle prévio do conteúdo da manifestação do pensamento para a sua veiculação, dispondo o artigo 220 da Constituição de 1988:

*Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*

*Par. 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*

*Par. 2º É vedada toda e qualquer forma de censura, de natureza política, ideológica e artística.*

Confere-se relevo à liberdade de informação e de comunicação, vedando a norma constitucional, expressamente, a censura, que *é a submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação do pensamento como condição prévia da sua veiculação*<sup>2</sup>, destacando LUÍS ROBERTO BARROSO:

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988”. In **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 347.

*“Uma nova Constituição, ensina a doutrina clássica, é uma reação ao passado e um compromisso com o futuro. A Constituição brasileira de 1988 foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. (...) Nesta nova ordem, a garantia da liberdade de expressão, em suas múltiplas formas, foi uma preocupação constante do constituinte, que a ela dedicou um conjunto amplo de dispositivos, alguns deles superpostos. Rejeitava-se, da forma mais explícita possível, o modelo anterior (...). É possível constatar que vige no País ampla liberdade de expressão, estando proibida a censura sob qualquer forma.”<sup>3</sup>*

Entretanto, isso não significa que a liberdade de comunicação não deva ter compromisso com os demais direitos consagrados à pessoa no Texto Constitucional. Assim, se até mesmo a liberdade de ir e vir pode sofrer restrições para preservação de outros direitos fundamentais, o mesmo poderá ocorrer com a liberdade de comunicação. O *caput* e o parágrafo primeiro do artigo 220 da Constituição de 1988 indicam a existência de outras normas constitucionais que devem ser *observadas*, por reconhecerem direitos com igual *status* na Constituição.

Apesar da inegável relevância para a promoção da cidadania, sendo instrumento fundamental da democracia, a liberdade de comunicação está inserida no contexto das liberdades públicas e, portanto, não é o único direito ou interesse protegido pela norma constitucional.

A relevância da liberdade de comunicação não pode ser elevada a patamar que fulmine os demais direitos fundamentais reconhecidos ao cidadão pela Constituição de 1988. A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito (CRFB/88, artigo 1º, III) e dele decorrem a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (CRFB/88, artigo 5º, X).

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade...”, *cit.*, p. 354-356.

A menção expressa aos incisos V e X, do artigo 5º da Constituição de 1988, feita no artigo 220, parágrafo 1º, da Lei Maior, revela que não conferiu o constituinte originário imunidade irrestrita àquele que exerce a liberdade de expressão, destacando mais uma vez LUÍS ROBERTO BARROSO que “*a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são legítimos limites à liberdade de expressão (...) os direitos de terceiros são hoje o grande limitador da liberdade de expressão*”<sup>4</sup>.

A vedação da censura decorrente do Texto Constitucional não impede o controle pelo Poder Judiciário da manifestação do pensamento em casos de lesão ou ameaça de lesão àqueles valores constitucionais merecedores da mesma tutela jurídica constitucional. Não se pode confundir com a censura “*a verificação do cumprimento das normas gerais e abstratas preexistentes, constantes da Constituição e dos atos normativos legitimamente editados, e eventual imposição de consequências jurídicas pelo seu descumprimento*”<sup>5</sup>.

Nessa linha, o exercício da liberdade de comunicação deve ser feito sempre com o respeito necessário à dignidade humana. Em alguns casos, o interesse público na informação autorizará o exercício da liberdade de informação mesmo com prejuízo à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Entretanto, em algumas hipóteses aqueles direitos limitarão a liberdade de expressão. O exame das circunstâncias do caso concreto deverá indicar o valor que deverá prevalecer, através da técnica de interpretação das normas constitucionais, consistente na *ponderação*.

No regime constitucional em vigor, a regra é a convivência das liberdades públicas consagradas no texto Constitucional, com a permanente ponderação entre os diversos interesses e valores com o mesmo *status* constitucional em abstrato, quando em aparente conflito no caso concreto. Assim, o constituinte estabeleceu legítimo balizamento para o regular exercício da liberdade de comunicação e de expressão, com base no princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB/88, artigo 1º, inciso III) e na necessidade de tutela da honra, da imagem, da intimidade e da vida privada

---

4 BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade...” cit., p. 366 e 372.

5 BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade...” cit., p. 347.

das pessoas (CRFB/88, artigo 5º, inciso X).

O artigo 20 do Código Civil brasileiro em vigor é compatível com o Texto Constitucional, ao dispor:

*A divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a imagem, ou se destinarem a fins comerciais.*

A compatibilidade do artigo 20 do CC com a Constituição de 1988 somente é possível a partir da seguinte premissa: os direitos fundamentais não têm caráter absoluto e algum direito fundamental pode, no caso concreto e através da técnica interpretativa da ponderação, não ter aplicação em benefício de outro direito fundamental. LUÍS ROBERTO BARROSO indica a interpretação do artigo 20 do Código Civil, compatível com o Texto Constitucional:

*“A interpretação que se entende possível extrair do art. 20 referido – já no limite de suas potencialidades semânticas, é bem de ver – pode ser descrita nos seguintes termos: o dispositivo veio tornar possível o mecanismo da proibição prévia de divulgações (até então sem qualquer previsão normativa explícita) que constitui, no entanto, providência inteiramente excepcional. Seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação.”<sup>6</sup>*

A liberdade de comunicação e de expressão é frequentemente exer-

---

6 BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade de Expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação”. In **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.124.

cida por integrantes da sociedade civil. Portanto, necessário destacar que a observância das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias não é tarefa apenas do Estado, mas de todos os membros da sociedade, afirmando PETER HÄBERLE:

*“[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição. [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”*<sup>7</sup>

Na mesma linha destaca KONRAD HESSE que “[...] no sólo el poder público, sino también la Sociedad y cada uno de sus miembros singulares responden de la existencia social de cada uno de los demás miembros de la sociedad.”<sup>8</sup> NAGIB SLAIBI FILHO também assevera que “os direitos fundamentais têm eficácia em face não só do Estado e dos agentes públicos, mas também dos demais cidadãos, entes e pessoas jurídicas”<sup>9</sup>, o que se denomina no direito alemão *drittwirkung*<sup>10</sup>, ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No Estado Social de Direito, como observa INGO SARLET, “a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores

7 HÄBERLE, Peter. **Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 13.

8 HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2001, p. 73.

9 SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 382.

10 Cf. HESSE, Konrad. **Derecho...**, cit., p. 31 e ss.

do poder social e econômico”<sup>11</sup>. Assim:

*“O exercício da liberdade de expressão pode, em diferentes situações, violar a ordem jurídica e afetar a esfera de direitos de outrem, sujeitando o agente a consequências jurídicas de natureza civil ou penal. O controle judicial singulariza-se pela independência e imparcialidade do órgão que o exerce, e obedece a um devido processo legal, que inclui o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LIV e LV). O controle judicial da liberdade de expressão nos meios de comunicação pode se dar, em primeiro lugar, por iniciativa individual. A Constituição assegura direitos que podem ser afetados pelo exercício abusivo daquela liberdade, como, por exemplo, o direito à honra ou à imagem. Ocorrendo a violação, o titular desses direitos pode demandar em juízo em busca da reparação devida, que poderá ser de natureza material e moral como prevê a carta de 1988 (art. 5º, X)”<sup>12</sup>*

É preciso compreender bem a distinção entre *informar* e dar *publicidade a julgamento próprio sobre o fato noticiado*, formulando conclusões sem indicar qualquer elemento concreto de convicção e sem observar o direito de defesa da parte contrária. A liberdade de expressão assegurada pela Constituição da República não ampara a condenação sumária, sem elementos concretos e sem direito de defesa, pelos órgãos da imprensa. Mas a crítica ponderada e séria está amparada pela norma constitucional que assegura a liberdade de comunicação e de expressão. Como se extrai da decisão do Ministro José Celso de Mello Filho, do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em 22 de agosto de 2005, ao apreciar a Petição 3.486/DF:

11 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 365.

12 BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade...”, cit., p. 350.

*Liberdade de Imprensa e Direito de Crítica (Transcrições) Pet. 3.486/DF RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO.*  
*EMENTA: LIBERDADE DE IMPRENSA (CF, ART. 5º, IV, c/c O ART. 220). JORNALISTAS. DIREITO DE CRÍTICA. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CUJO SUPORTE LEGITIMADOR REPOUSA NO PLURALISMO POLÍTICO (CF, ART. 1º, V), QUE REPRESENTA UM DOS FUNDAMENTOS INERENTES AO REGIME DEMOCRÁTICO. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA INSPIRADO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO: UMA PRÁTICA INESTIMÁVEL DE LIBERDADE A SER PRESERVADA CONTRA ENSAIOS AUTORITÁRIOS DE REPRESSÃO PENAL. A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS AUTORIDADES PÚBLICAS. A ARENA POLÍTICA: UM ESPAÇO DE DISSENSO POR EXCELÊNCIA. DECISÃO:*

*(...) Não se pode ignorar que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites ético-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder.*

*(...) É certo que o direito de crítica não assume caráter absoluto, eis que inexistem, em nosso sistema constitucional, como reiteradamente proclamado por esta Suprema Corte (RTJ 173/805-810, 807-808, v.g.), direitos e garantias revestidos de natureza*

*absoluta. Não é menos exato afirmar-se, no entanto, que o direito de crítica encontra suporte legitimador no pluralismo político, que representa um dos fundamentos em que se apoia, constitucionalmente, o próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, V).<sup>13</sup>*

A doutrina afasta a possibilidade de reconhecimento de caráter absoluto aos direitos fundamentais, diante do necessário relacionamento entre os variados direitos e da impossibilidade de estruturação hierárquica entre valores com igual dimensão constitucional e corolários da dignidade da pessoa humana. Como assevera NAGIB SLAIBI FILHO:

*“Note-se que nenhum direito fundamental é absoluto no sentido de prevalecer contra qualquer outro, pois mesmo o direito à vida cede ao direito à vida do outro indivíduo ou da própria sociedade, nos casos, por exemplo, de legítima defesa. E assim é porque os direitos somente podem ser vislumbrados em uma relação jurídica, a unir o indivíduo ao outro, ou o indivíduo ao grupo social ou à comunidade. Daí é que Pontes de Miranda gosta de se referir ao princípio **da lateralidade do Direito** enquanto outros (aliás, a maioria...) preferem utilizar a expressão **princípio da alteridade**, assim invocando o radical latino **alter** (outro)”<sup>14</sup>*

Na hipótese de *colisão entre direitos fundamentais* consagrados na Constituição, deve ser utilizada a técnica da ponderação entre os valores protegidos pelas normas definidoras dos direitos para encontrar o que deva prevalecer no caso concreto, haja vista que a liberdade de comunicação, a imagem e a intimidade das pessoas não apresentam caráter absoluto e não guardam entre si relação de hierarquia. Como destaca BARROSO:

13 STF, **Informativo de Jurisprudência** nº 398, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

14 SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito...**, cit., p. 381.

*“A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.”<sup>15</sup>*

É necessário, portanto, com a diretriz da razoabilidade, ou da proporcionalidade, percorrer as etapas da ponderação consistentes na (1) *identificação das normas jurídicas relevantes para a solução do caso*, no (2) *exame dos fatos e circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos* e, finalmente, (3) *decidir qual norma deve prevalecer em detrimento das demais, ou a graduação da intensidade da solução escolhida*.<sup>16</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO aponta o caminho a ser percorrido na ponderação entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos da personalidade, para definição no caso concreto daquele que deva prevalecer:

*“Na colisão entre a liberdade de informação e de expressão, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro, destacam-se como elementos de ponderação: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado para obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia de divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do*

---

15 BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade...”, cit., p. 91.

16 Cf. BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade...”, cit., p. 92-93.

*caso concreto e permitem certa objetividade às suas escolhas.”*<sup>17</sup>

No ordenamento jurídico em vigor, marcado por princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que refletem a complexidade das relações humanas e dos fatos sociais, a regra é a convivência das liberdades públicas consagradas no Texto Constitucional, com a ponderação entre os diversos interesses e valores com o mesmo *status* constitucional em abstrato, sem hierarquia, quando em aparente conflito no caso concreto.

### CONCLUSÃO

A liberdade de comunicação tem assento constitucional e está inserida entre os direitos e garantias fundamentais. É corolário do regime democrático e, ao mesmo tempo, fundamental instrumento para a consolidação e aperfeiçoamento da democracia. Entretanto, não se trata de valor isolado no ordenamento jurídico e não ostenta, *a priori*, primazia sobre os demais direitos fundamentais. O exercício da liberdade de comunicação deve ser feito sempre com foco no interesse público sobre o fato noticiado e na necessária preservação da intimidade, da imagem e da dignidade da pessoa. Na hipótese de lesão, ou de ameaça de lesão ao direito subjetivo individual, deverá o Poder Judiciário decidir a questão utilizando a técnica da ponderação de valores e definir, no caso concreto, se a liberdade de comunicação foi exercida com excesso, ou desvio de finalidade, ou se a alegada lesão aos direitos da personalidade configura consequência da notícia veiculada sobre fatos verdadeiros e de interesse público, caso em que a liberdade de comunicação terá sido exercida com obediência à Constituição da República, que a fundamenta, protege e subordina. ♦

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade...”, cit., p. 128.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade de Expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação”. In **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. “Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988”. In **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

# Normatividade Jurídica e Relativização da Coisa Julgada

**Fernando Antonio de Souza e Silva<sup>1</sup>**

O homem vive em grupo. Ao contrário de outros animais, que vivem de maneira isolada na natureza, associando-se esporadicamente para a procriação, o homem, mesmo nas eras mais remotas ou em modos de vida mais isolados e primitivos, vive sempre em grupo.

Onde quer que se verifique a presença humana, ela apresentará a tendência de formar agrupamentos, sempre em torno de algo que una seus elementos, seja isto um valor ético, uma característica étnica, um objetivo estratégico, uma crença religiosa, dentre inúmeras outras possibilidades.

A formação dos grupos já obedece a normas, pois o próprio conceito de grupo ou conjunto exige que se defina o que pode integrá-lo e, consequentemente, o que está excluído do grupo. É neste momento que já se pode identificar a norma.

A norma vigora, de modo concreto, vinculando os membros do grupo, quando a coletividade consegue impor ao indivíduo a conformidade ou normalidade, ou seja, o enquadramento comportamental, de acordo com a norma.

A maioria, impondo-se ao indivíduo, exige o cumprimento da norma vigente, dando-lhe, em contrapartida, o direito de manter-se incólume e de exigir dos outros o mesmo cumprimento da norma. Verificam-se, portanto, os fenômenos jurídicos do direito posto ou positivo (*norma agendi*) e do direito subjetivo (*facultas agendi*).

A experiência humana, concretizada em uma história de conflitos, aliada à especulação filosófica, com contribuições religiosas, mostrou que

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 3ª Vara de Família de Duque de Caxias.

esta divisão simples não é suficiente para ilustrar o universo jurídico.

Ao lado do direito positivo, vinculado à vontade da maioria, existe o direito natural, fundamentado ora na religião ora na própria natureza do homem, mas hoje entendido como um conjunto de direitos humanos ou fundamentais. Este conjunto de direitos dá ao indivíduo o instrumental para opor-se à vontade da maioria, se ela, apesar de apoiada no direito positivo, estiver violando o direito natural ou humano.

Ao redor de cada um destes dois universos, direito positivo e direito natural, formaram-se duas linhas de pensamento jusfilosófico, o positivismo jurídico e o jusnaturalismo.

Resumidamente, o positivismo supunha a autoridade normativa na própria norma, ou seja, no preceito sancionador e na possibilidade de coação dele derivada, extraída do poder estatal, enquanto o jusnaturalismo acreditava na existência de uma razão anterior que justificasse a norma e a obediência a ela, que ocorreria, conseqüentemente, por razões morais.

Atualmente, as dicotomias entre positivismo e jusnaturalismo encontram-se em um momento de esforço sintético, nomeado de constitucionalismo pós-positivista ou neoconstitucionalismo, no qual o rigor lógico, o caráter técnico-científico do direito, a estrutura normativa e a autoridade estatal, conquistas caras ao positivismo, são compatibilizados com a referência a valores éticos e humanísticos, base do jusnaturalismo laico.

A influência do jusnaturalismo é muito marcante nos princípios jurídicos. O princípio jurídico é espécie de norma jurídica que se aplica por ponderação e que tende a manifestar-se da maneira mais ampla possível, daí sempre colidir com outros princípios.

A influência do positivismo é mais evidente nas regras jurídicas. A regra jurídica é espécie de norma jurídica que se aplica por subsunção, não tendendo ao conflito ou colisão, em razão de ser, no mais das vezes, marcada pela especificidade.

A norma jurídica, seja ela de direito positivo ou de direito natural, tem sempre uma estrutura (forma), e um conteúdo ou significado (substância).

Em termos formais, a norma jurídica se apresenta através de um

preceito primário, que é a hipótese comportamental desejada, e um preceito secundário, que é a sanção prevista para o descumprimento da norma. Nota-se, portanto, que a norma é coação, mas também é liberdade, pois permite ao indivíduo descumpri-la, submetendo-se à sanção.

Em termos substanciais, a norma jurídica mostra o seu conteúdo ou significado quando exterioriza o valor escolhido pelo legislador como digno de proteção (aspecto axiológico), valor este que deve ser compreendido pelo indivíduo e refletir-se em seu comportamento.

Portanto, verifica-se que o Estado, quando legisla, tenta comunicar-se com o indivíduo, transmitindo-lhe uma mensagem, que deve ser bem entendida, para dar causa ao comportamento esperado.

Como acontece com qualquer ato de comunicação, nem sempre o emissor consegue sucesso na transmissão da mensagem, que pode chegar ao receptor corrompida, quando ocorre o que se chama, em teoria da comunicação, de ruído. Em exemplo simples, o guarda de trânsito, quando usa o apito para disciplinar o tráfego, pode não ser obedecido, pela singela razão de não ser escutado, embora o motorista deseje obedecer aos seus comandos.

Além disto, o significado, que é o conteúdo da mensagem, pode chegar íntegro ao receptor, mas ter seu significado interpretado de maneira diversa da imaginada pelo emissor. É o que acontece quando, por exemplo, a norma traz em si ideias vagas, como adequadamente, moderadamente, tempo razoável, suficientemente, dignidade humana, dentre outras.

Esclarecidos os tipos de norma jurídica e suas características específicas, bem como os elementos estruturais da norma jurídica, ficam mais precisos o exame e a conclusão do intérprete, quando este se depara com um conflito aparente ou evidente de normas.

É preciso lembrar que, na teoria tradicional da hierarquia normativa, a famosa pirâmide de Kelsen, em que uma norma retira seu fundamento de validade de outra norma, que lhe é hierarquicamente superior, o conflito de normas era sempre aparente, pois, invariavelmente, haveria uma norma de hierarquia superior, que resolveria o impasse. E, quando o conflito fosse entre normas de mesmo nível hierárquico, a mais específica prevaleceria.

Na realidade do constitucionalismo pós-positivista ou neoconstitucionalismo, os conflitos entre normas acabam sendo conflitos entre princípios, não se tratando mais de conflito aparente, mas de conflito evidente. E é neste ambiente que se configura um dilema de difícil solução, no qual podem ser aplicados os conceitos acima expostos.

Recentemente, surgiu corrente doutrinária e jurisprudencial defendendo a relativização ou flexibilização da coisa julgada, especialmente quando se discute a paternidade e se tem acesso a novos meios de prova, notadamente o exame de DNA. Afastar-se-ia o obstáculo da coisa julgada, para que se atingisse a verdade real. É exemplo desse entendimento o acórdão do STJ proferido no REsp nº 226436/PR.

Contrário à corrente acima, surgiu outro entendimento, prestigiando a coisa julgada, mesmo quando se descobrem novos meios de prova. O acórdão do STJ proferido no REsp nº 107248/GO é exemplo dessa visão.

Entendo serem melhores os argumentos da corrente que prestigia a coisa julgada, pois os julgamentos não podem ficar em suspenso, à mercê dos avanços tecnológicos, que nunca são definitivos. A marca da jurisdição é a sua definitividade, para que se garanta segurança jurídica aos cidadãos.

Fortalecendo os argumentos acima, o próprio STJ, pacificando a controvérsia interna, através de recente julgamento da Segunda Seção, que engloba a Terceira Turma e a Quarta Turma, competentes para a matéria familiar, decidiu que se deve “*preservar a coisa julgada*”, mesmo que em face de “*meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada*” (REsp nº 706987/SP). O entendimento favorável à coisa julgada foi repetido no REsp nº 960805/RS, onde se declarou que se trata de “*jurisprudência pacificada no âmbito do STJ*”.

Todavia, o STF, através de seu Tribunal Pleno, no julgamento do REExt nº 363889/DF, por maioria, admitiu que se ajuíze nova ação de investigação de paternidade, quando uma anterior tiver sido julgada improcedente em razão de impossibilidade, à época, de realização de exame pericial de DNA. Assim ficou ementado o acórdão:

*“EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.”*

Trata-se do mais antigo conflito da história do direito, já exemplificado antes, no embate entre positivismo e jusnaturalismo, que revela a tensão entre dois valores fundamentais: segurança jurídica e justiça.

Na sua eterna busca por justiça, o homem vem aprimorando os métodos através dos quais tenta alcançar aquilo que entende ser o justo. Assim, elaborou normas genéricas (leis, em sentido lato), e processos através dos quais estas normas são aplicadas. Todavia, chegou a determinados limites que considerou intransponíveis, concluindo que vulnerá-los causaria mais danos do que benefícios. São eles o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Estes três pilares do direito, consolidados na Constituição da República, têm sido cada vez mais questionados, sempre em nome do que se entende por justiça. Os direitos conquistados são violados em nome das finanças públicas, os contratos são desrespeitados sob o pretexto de torná-los mais justos e as decisões judiciais são tornadas inócuas em prol da governabilidade.

No que diz respeito ao tema escolhido, a coisa soberanamente julgada vem sido afastada ou flexibilizada por ser injusta. De um lado, estaria o direito à filiação, como decorrência do direito da personalidade; de outro lado, estaria o direito à definitividade das decisões judiciais.

Sob o aspecto jurídico, a autoridade da coisa julgada não decorre do seu conteúdo justo, mas do seu caráter definitivo. O valor justiça é

buscado durante todo o processo, mas uma vez findo trâmite processual, deve-se tratar de cumprir a decisão, não de rediscuti-la. O direito à razoável duração do processo, de natureza constitucional, aplica-se aos autores e aos réus, não podendo um, nem outro, ser submetido a uma espera excessiva por uma decisão definitiva.

Sob o aspecto político, a missão do Estado é dar segurança aos cidadãos, aí entendida, também, a segurança jurídica. É grave falha estatal submeter seus cidadãos à eterna incerteza, privando-os da tranquilidade de saber que determinados problemas já tiveram a devida solução e não serão ressuscitados.

Sob o aspecto econômico, é um fator de desestímulo aos investidores nacionais e estrangeiros a constatação de que um Estado não garante definitividade aos contratos e às próprias decisões judiciais. A estabilidade gera a confiança indispensável para o desenvolvimento de uma sociedade.

Embora a Justiça possa ser o valor mais importante dentro de uma sociedade, não é a qualquer preço que se pode tentar alcançá-la. Os fins não justificam os meios. Deve-se preservar a ordem jurídica, aí incluída a ordem jurídica processual, para garantir que o caminho a ser trilhado em cada processo judicial não seja um sacrifício inútil. ♦

# As Partes na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Direta de Constitucionalidade

Gustavo Quintanilha Telles de Menezes<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A Constituição pode ser estudada a partir de diversas perspectivas, inclusive extrajurídica. Todavia, neste trabalho, enfocaremos o sentido jurídico como sistema normativo fundamental da ordem jurídica do Estado. Ela não apenas regula o exercício do poder, como também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor de sua ação e disciplinando sua interação com a sociedade<sup>2</sup>.

Como ensina o Professor Clèmerson de Merlin Clève<sup>3</sup>, a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos – assim considerada a análise de sua compatibilidade com a constituição – demanda a existência dos seguintes pressupostos: 1) uma constituição formal, 2) compreensão da constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia, distinção das leis ordinárias) e 3) previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade.

No Brasil, estão presentes tais requisitos, haja vista que existe constituição escrita ou formal, elaborada pelo exercício do poder constituinte, estabelecido e não meramente consuetudinário (Inglaterra até o *Constitutional Reform Act 2005*). Nossa Constituição é rígida (dotada de processo

---

1 Juiz de Direito da 15ª Vara Cível - Capital.

---

2 CLÈVE, Clèmerson de Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

---

3 Idem.

legislativo diferenciado para sua alteração, com partes imutáveis), com força normativa e principiológica, com ascendência balizadora sobre o processo legislativo ordinário e complementar, bem como sobre o poder regulamentar.

Há, outrossim, um órgão com atribuição específica de realizar o filtro constitucional das demais leis – Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do dever de sujeição à constituição de todas as entidades e pessoas estatais e particulares, inclusive, em muitos casos, em face de leis que ainda não tenham sido expressamente declaradas inconstitucionais pelo STF, implicando a não exclusividade do STF na verificação da congruência da norma legal com os valores constitucionalmente tutelados.

Certo é, entretanto, que no Brasil (à semelhança da Argentina, do Canadá e entre outros) adotamos o modelo americano, em que o controle de constitucionalidade ulterior à elaboração da norma é prioritariamente exercido pelo Poder Judiciário, como incluído na Constituição Provisória de 1890<sup>4</sup>, que antecedeu a Constituição de 1891, que dispunha no mesmo sentido. Observe-se que em geral o controle preventivo é realizado nas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, embora haja grande discussão da possibilidade sobre a intervenção do Poder Judiciário no processo legislativo.

Após a consagração do controle de constitucionalidade incidental em concreto, e sem alterações significativas nas Constituições de 1934 e 1937 (merecendo menção as peculiaridades da Ação Direta Interventiva), foram estabelecidos seus critérios básicos pela Constituição Democrática de 1946, até finalmente a inclusão do controle abstrato de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº16, de 1965. Esse foi mantido com algumas alterações na Constituição de 1967 e sua Emenda em 1969, tendo assento definitivo nos artigos 102 e 103 da Constituição Cidadã de 1988, alterados pelas Emendas Constitucionais nº 3/93 (Emenda de Revisão, artigo 3º, ADCT), 22/99, 23/99 e 45/04 (Reforma do Judiciário).

Dispõe o artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição da República, como principais formas de efetivação do controle de constituio-

---

<sup>4</sup> Constituição Provisória de 1890 (Decreto 510, § 1º, a e b).

nalidade em abstrato, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, direcionada esta contra lei ou ato normativo federal, e aquela também contra leis e atos normativos estaduais (forma secundária de controle: recurso extraordinário em representação de inconstitucionalidade). O parágrafo primeiro do artigo 102 disciplina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

### O PROCESSO OBJETIVO

A Ação Direta e a Ação Declaratória têm a peculiaridade de tramitarem através de um processo *objetivo*, ou seja, um processo que não é subjetivo e, portanto, não tem partes pessoalmente interessadas no deslinde da causa. Inexiste a concepção tradicional de contraditório, assim compreendidos o direito de informação e possibilidade de manifestação de partes concretas, que litigam pela defesa de direitos subjetivos ou pela aplicação de um direito subjetivamente relevante.

Verificam-se somente partes meramente formais, o que não impede a referência à legitimidade ativa e passiva, desde que a terminologia seja empregada para definição da situação jurídica exclusivamente no plano processual.

Diferentemente do que ocorre em processos subjetivos, as partes não titularizam direitos materiais *próprios*, tampouco atuam como terceiro titular de direitos materiais. As partes protagonizam a disputa processual pela definição da compatibilidade da norma impugnada com a Constituição da República, contudo os direitos e deveres individuais existentes em função de declaração – ou não – de validade da norma genérica derivam da própria norma ou do regime jurídico remanescente, e não diretamente da decisão judicial.

Com efeito, a ação para controle abstrato de constitucionalidade não é proposta *contra* ou *em face* de alguém, mas sim para impugnação da validade de um ato normativo, apontado como ilegítimo do ponto de vista constitucional.

Constata-se, sem embargo, que há três posições destinadas à prática de atos processuais, que podem ser ocupadas pelas chamadas “*partes formais*”: 1) o *autor* ou *aquele que propõe a ação*, 2) a autoridade ou órgão que editou o ato normativo impugnado, que será intimada para, querendo, defender a validade do ato face ao texto constitucional; 3) o terceiro, cuja intervenção é regulada na legislação e na jurisprudência, como veremos adiante.

### A CAPACIDADE DE SER PARTE E A PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Elenca o artigo 103 da Constituição da República aqueles que podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quais sejam, o Presidente da República; as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No que tange a Ação Declaratória de Constitucionalidade, cumpre consignar que quando de sua criação pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3/93, a legitimação foi estabelecida somente em favor do Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República. No entanto, o rol foi equiparado com o da Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Estão, a toda evidência, impossibilitados de deflagrar Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade todos aqueles que não figurem expressamente no rol do artigo 103, sendo o STF cioso em interpretar de forma extremamente restritiva o referido artigo, notadamente aos incisos que aludem ao Conselho Federal da OAB e às Confederações Sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, posto que os demais legitimados são precisamente definidos nas legislações específicas.

Vale ressaltar que as repartições regionais da OAB e entidades sindicais têm sua ilegitimidade reiteradamente ratificada em decisões do STF, o que, aliás, vai ao encontro das razões de veto da Lei nº 9.868/99<sup>5</sup>, que definiu o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Por outro lado, observe-se que são conferidas às mesas dos Poderes Legislativos Federal, Estadual e Distrital a capacidade de ser parte em processos objetivos dessa natureza.

Na disciplina tradicional do processo, ostenta pertinência subjetiva aquela pessoa física ou jurídica ou ente com capacidade de ser parte, que por sua qualidade ou situação jurídica pode integrar um polo de uma demanda judicial, por ter interesse juridicamente relevante ou direito relacionado com a pretensão autoral; ou seja, que está presente na relação jurídica de direito material alegada como causa de pedir remota, cuja violação de direito a ela atinente (causa de pedir próxima), enseja o pedido de tutela jurisdicional.

Como dito anteriormente, não há no processo objetivo partes subjetivamente interessadas; todavia, há aferição de *pertinência temática* – equivalente da pertinência subjetiva no âmbito do processo objetivo – para efeito de verificar se aquele que propõe a ação tem efetivamente interesse político-jurídico-social na matéria tratada pela lei impugnada.

Note-se que boa doutrina<sup>6</sup> sustenta a equivalência da pertinência temática com o interesse de agir, porém comumente é associada à identificadora da legitimidade, aliás, inclusive na mesma doutrina, pelo que temos que considerada a ordem de enfrentamento das condições da ação, ausente a pertinência temática, melhor seria a extinção por ilegitimidade ativa.

Este filtro foi estabelecido como meio de evitar que algum dos legitimados excedesse sua esfera de interesses e impugnasse atos normativos

---

5 Vetado Parágrafo único do art. 2º, que dizia: “As entidades referidas no inciso IX, inclusive as federações sindicais de âmbito nacional, deverão demonstrar que a pretensão por elas deduzida tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais.”

---

6 Clèmerson, p. 163.

irrelevantes para sua área de atuação.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tratou de fixar critérios para apuração do interesse dos legitimados, separando-os em dois grupos: os que são legitimados a impugnar qualquer ato normativo federal ou estadual, e aqueles que somente podem impugnar atos normativos que versem sobre matérias relacionadas com a sua atribuição institucional.

O primeiro grupo, composto pelo Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional, – chamados de *legitimados universais* – são considerados interessados em toda ordem jurídica nacional, com atribuição de zelar pela supremacia constitucional, em razão de suas próprias atribuições constitucionais, pelo que podem provocar a verificação de compatibilidade de qualquer ato normativo federal ou estadual em face da Constituição da República.

Já o segundo grupo, integrado pelas Mesas das Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores de Estado ou do Distrito Federal e confederações sindical ou entidades de classe de âmbito nacional, – chamados de *legitimados especiais* – somente podem demandar pela inconstitucionalidade de atos normativos que atinjam o ente federativo a que pertencem, quanto aos componentes dos Poderes Executivo e Legislativo estaduais, ou que repercutam na disciplina jurídica pertinente às classes representadas, no caso das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Nesse passo, sobre a necessidade das confederações demonstrarem seu interesse jurídico na norma impugnada, relacionando-a com sua atividade institucional, consta das próprias razões de veto do referido parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.868/99, que se lastreou na jurisprudência da Corte Constitucional:

*“É verdade que a oposição do veto à disposição contida no parágrafo único importará na eliminação do texto na parte em que determina que a confederação sindical ou entidade de classe de*

*âmbito nacional (art. 2º, IX) deverá demonstrar que a pretensão por elas deduzidas tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais. Essa eventual lacuna será, certamente, colmatada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, haja vista que tal restrição já foi estabelecida em precedentes daquela Corte.<sup>7</sup>*

Por outro lado, observa-se que o artigo estabelece taxativamente aqueles que têm legitimidade para propor as referidas ações, não dispondo sobre a qualidade de quem deve responder à ação. Tal indicação veio, consolidando a jurisprudência, no artigo 6º da Lei nº 9.868/99: “*O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado*”.

Assim, há o que se possa chamar para fins práticos processuais da legitimidade passiva na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade, embora, repita-se, tecnicamente não se pode sustentar um polo realmente passivo neste procedimento.

Consolidou-se, pois, o entendimento de que somente tem legitimidade passiva nas Ações Direta de Inconstitucionalidade o órgão do Poder que editou o ato normativo, não tendo legitimidade o ente federativo<sup>8</sup>. A exclusão se justifica, pois, como já mencionado, a posição ocupada no polo passivo será meramente formal, não tendo natureza jurídica efetiva de réu em toda a extensão do termo, por se cuidar de processo objetivo, sem partes.

Ademais, considerando que o limite objetivo da lide é exclusivamente a aferição da constitucionalidade ou não de um ato normativo, inexistente a possibilidade de condenação de qualquer natureza, pelo que incabível a composição do polo passivo por quem não tenha diretamente participado da edição da norma<sup>9</sup>.

---

7 Cf., entre outros, ADIn-MC 1464, Rel.: Min. Moreira Alves; ADIn-MC 1103, Rel.: Min. Néri da Silveira, Rel. Acórdão Min. Maurício Corrêa; ADIn-MC 1519, Rel.: Min. Carlos Velloso.

---

8 União não pode ser parte” ADI-MC 939 / DF MEDIDA CAUTELAR em ADI. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES.

---

9 ADI-AgR 1286 / SP - SÃO PAULO.

## O LITISCONSÓRCIO

Há três situações principais de litisconsórcio na Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo uma de litisconsórcio *ativo* e duas de litisconsórcio *passivo*.

Na modalidade de litisconsórcio ativo, temos dois legitimados promovendo em conjunto a ação. A princípio, não existe razão jurídica que impossibilite este entendimento.

O litisconsórcio pode ser inicial, com ambos os legitimados sendo signatários da petição inicial; e pode ser incidental, com a entrada de um dos legitimados em ação proposta pelo outro.

Essa via estava expressamente prevista nos artigos 7º e 18, primeiros parágrafos, da Lei nº 9.868/99, que foram vetados. Dizia o dispositivo: “Art. 7º, § 1º *Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.*”

Temos que a possibilidade persiste, haja vista o que constou das próprias razões de veto: “*A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no § 2º do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau da abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.*”

Note-se que o artigo segundo traz limitação à participação incidental de outros legitimados, na medida em que a submete à decisão irrecorrível do relator: “§ 2º *O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.*”

Frise-se que o litisconsórcio deve ser admitido justamente como medida de economia processual, posto que o legitimado que tenha sua participação obstada em uma ação proposta por outro, poderá propor sua própria ação, passando a tramitar dois processos sobre o mesmo tema. A

questão poderia levar à discussão sobre aparente litispendência. Entretanto, considerando que a parte autora formal é diversa e que não se vislumbra no texto constitucional tal restrição, sem dúvida, o melhor caminho consiste em aceitar o litisconsórcio ulterior.

Na primeira modalidade de litisconsórcio passivo, tem-se a hipótese de duas normas intrinsecamente relacionadas e editada por órgãos diferentes serem impugnadas na mesma ação. Saliente-se que, em regra, atos normativos editados por órgãos diversos não podem ser atacados na mesma ação<sup>10</sup>.

A jurisprudência<sup>11</sup>, contudo, descreve com precisão duas exceções: a) *imbricação substancial entre a norma federal e a estadual, com cumulação indispensável para viabilizar a eficácia do provimento judicial visado: assim, por exemplo, quando, na área da competência concorrente da União e dos Estados, a lei federal de normas gerais e a lei local contiverem preceitos normativos idênticos ou similares cuja eventual inconstitucionalidade haja de ser simultaneamente declarada, sob pena de fazer-se inócua a decisão que só a um deles alcançasse; e b) quando da relação material entre os dois diplomas resulta que a inconstitucionalidade de um possa tornar-se questão prejudicial*

---

10 “EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade simultaneamente assestada contra vinte e uma leis, de diferentes Estados, que instituíram o adicional do imposto sobre a renda, previsto no art. 155, II, da Constituição da República. Tendo em vista que, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, não está o Supremo Tribunal vinculado ao fundamento jurídico apresentado pelo Requerente (no caso, a falta da Lei Complementar prevista no art. 146, III, “a” da CF), não basta este fator de identidade para justificar a pretendida cumulação. Desmembramento das ações determinado, a requerimento do Procurador-Geral da República.” (ADI-QO 28 / SP - SÃO PAULO. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI. Julgamento: 19/09/1991. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

---

11 “EMENTA: ADIn - ação direta de inconstitucionalidade: cumulação objetiva de arguições de inconstitucionalidade de atos normativos de entidades estatais diversas: hipóteses excepcionais de admissibilidade: aditamento recebido I. Em princípio, não é de admitir, no mesmo processo de ação direta, a cumulação de arguições de inconstitucionalidade de atos normativos emanados de diferentes entes da Federação, ainda quando lhes seja comum o fundamento jurídico invocado. II. Há, no entanto, duas hipóteses pelo menos em que a cumulação objetiva considerada, mais que facultada, é necessária: a) a primeira é aquela em que, dada a imbricação substancial entre a norma federal e a estadual, a cumulação é indispensável para viabilizar a eficácia do provimento judicial visado: assim, por exemplo, quando, na área da competência concorrente da União e dos Estados, a lei federal de normas gerais e a lei local contiverem preceitos normativos idênticos ou similares cuja eventual inconstitucionalidade haja de ser simultaneamente declarada, sob pena de fazer-se inócua a decisão que só a um deles alcançasse; b) a segunda é aquela em que da relação material entre os dois diplomas resulta que a inconstitucionalidade de um possa tornar-se questão prejudicial da invalidez do outro, como sucede na espécie.” (ADI-QO 2844 / PR - PARANÁ. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PER- TENCE. Julgamento: 24/04/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

*da invalidez do outro, como sucede na espécie.*

Outra modalidade de litisconsórcio passivo consiste na hipótese de uma norma ter a participação direta na sua edição de mais de um ente<sup>12</sup>, como é o caso de convênios interestaduais, à semelhança do que foi feito em matéria de ICMS<sup>13</sup>.

### A INTERVENÇÃO DE TERCEIRO

A intervenção de terceiro, como direito, é expressamente vedada, *caput* no artigo 7º da Lei nº 9.868/99: “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”, porém parece ser cogitada no parágrafo 2º do mesmo artigo, sob o crivo do relator: “§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

Ressalte-se que o parágrafo não esclarece a condição em que “os outros órgãos ou entidades” figurariam no processo; ou seja, se como partes (em litisconsórcio, se forem legitimados), se como *amicus curie*, cujas características serão analisadas no próximo item, como um terceiro informante ou ainda como efetivamente um terceiro interessado, em exceção que estaria sendo aberta ao *caput*.

A jurisprudência do STF tende a vislumbrar no dispositivo uma porta para o litisconsórcio, o *amicus curie* ou terceiro informante, entendendo como inadmissível a intervenção como *terceiro interessado*, com as prerrogativas previstas no Código de Processo Civil.

Registre-se que o Procurador Geral da República atua na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionali-

---

12 “EMENTA: - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Litisconsórcio passivo. Terceiro interessado. Inadmissibilidade. No processo de controle concentrado de constitucionalidade só tem legitimidade passiva AD CAUSAM a autoridade ou órgão do qual emanou o ato questionado; admitindo-se o litisconsórcio passivo necessário dos entes ou autoridades que concorreram para a edição da norma impugnada. AgRg improvido.” (Pet-AgR 481 / DF - DISTRITO FEDERAL. AG.REG.NA PETIÇÃO. Relator(a): Min. CÉLIO BORJA. Julgamento: 19/09/1991 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO).

---

13 ADI-MC 310 / DF - DISTRITO FEDERAL.

dade, consoante o artigo 103, § 3º, da Constituição da República e 8º da Lei nº 9.868/99.

### O PERITO E O *AMICUS CURIE*

A figura do *amicus curie* – cuja tradução direta é “amigo da corte” – encontra-se prevista no artigo 9º, parágrafo primeiro, da Lei nº 9.868/99: “Art. 9º, § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Esse dispositivo, que trata da perícia sem discrepância significativa para o Código de Processo Civil (apenas inovando com a expressa menção de “comissão de peritos”, o que já se verificava na prática no processo civil), traz as qualidades necessárias do também chamado “*colaborador informal da Corte*”: experiência e autoridade na matéria.

O *amigo ou colaborador da corte* é um *expert* em assunto cuja informação necessária não tenha a característica científica própria do trabalho pericial. Pode ser também instituição de relevante atuação no setor tratado na norma impugnada. Somente pode ter essa condição quem não tenha interesse no processo, e por essa mesma razão não tem legitimidade para praticar atos postulatórios, sequer podendo apresentar embargos de declaração<sup>14</sup>, exceção apenas para impugnar decisão de não admissibilidade de sua intervenção nos autos<sup>15</sup>. A jurisprudência majoritária do STF não faz restrição ao momento de admissão do *amicus curie*<sup>16</sup>.

---

14 ADI 2791 ED/PR, Rel. Min. Gilmas Mendes, 17.03.2008 – Informativo 499; ADI-ED 3582 / PI.

---

15 ADI-ED 3615 / PB.

---

16 ADPF 33 / PA.

O mais comum é que sejam chamados a essa condição associações nacionais de reconhecida relevância, embora também possam ser aceitas pessoas físicas. Observa-se na maioria dos casos a alusão à qualidade de “representante adequado”, terminologia própria das ações coletivas (anote-se que para alguma doutrina a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade seriam ações coletivas, quanto aos efeitos).

Sobre o tema, lapidar o voto do Ministro Celso Mello:

*“PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO “AMICUS CURIAE”: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do “amicus curiae”, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do “amicus curiae”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “amicus curiae” no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte,*

*quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, QUANDO AJUIZAR AÇÃO.” (ADI-MC 2321 / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 25/10/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).*

A ideia de aceitar colaboradores da sociedade e do próprio poder público tem fundamento no legítimo interesse de buscar melhor instruir o processo em julgamento, mas também, sem dúvida, revela o escopo de democratizar o debate sobre o tema em julgamento, haja vista sua generalidade.

Na mesma linha de democratização da discussão e melhor instrução processual, estão as audiências públicas, cuja característica de publicidade não está nos debates dos julgadores e colheita formal de provas, visto que todo processo é necessariamente público por força do artigo 97 da Constituição da República, mas na oitiva de uma ampla quantidade de pessoas interessadas no assunto ou conhecedoras dos fatos, que não se enquadrem na categoria de *amicus curie* ou testemunhas, na acepção tradicional da palavra. ♦

## BIBLIOGRAFIA

CLÈVE, Clèmerson de Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

COUTINHO, Alessandro Dantas. **Os mais importantes julgamentos do STF e do STJ 2008**. Informativos e súmulas separados por matéria. Niterói: Ed. Impetus: 2009.

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009.

TALAMI, Eduardo. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: função e estrutura**. Processo de Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira – coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. E Teresa Arruda Alvim Wambier - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade**.

# A Criança e o Adolescente Refugiados. Direitos Fundamentais

Ivone Ferreira Caetano<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Recentemente, a Justiça do Rio de Janeiro tem se deparado ante uma complexa questão: *a problemática situação da criança e do adolescente refugiados*. Acompanhadas de seus pais, crianças e adolescentes chegam ao país em situação extremamente vulnerável, muitas vezes sem registro ou qualquer documento de identidade. A situação que vivenciam é tão precária quanto o amparo ofertado pelo Estado brasileiro.

Em que pesem os diversos diplomas referentes aos refugiados, a falta de registro ou de qualquer documento de identidade impedem o acesso a direitos essenciais, como educação e saúde. Os dispositivos presentes na legislação pátria são omissos na garantia de documentos aos solicitantes de refúgio, prevendo apenas a hipótese da Carteira de Trabalho – que, por razões óbvias, não se aplicam à situação em tela.

Na prática, somente após a concessão do pedido de Refúgio é concedido o devido documento de identificação. O longo processo burocrático não consegue responder de forma eficaz às imediatas exigências da criança e do adolescente refugiados. Privados de seus direitos fundamentais – como identidade, saúde e educação –, eles se encontram ao relento de todos os diplomas e dispositivos, constitucionais e ordinários, que lhes dizem respeito.

Por outro lado, a sensibilização insipiente na esfera judiciária não reflete o tamanho do problema em questão. Apenas em números oficiais, encontram-se no Brasil atualmente 4.477 refugiados, de 77 nacionalidades diferentes, segundo dados do Conare. Considerando-se que 80% dos refu-

---

<sup>1</sup> Juíza Titular da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, Comarca da Capital.

giados do mundo são mulheres e crianças, pode-se ter uma noção da amplitude do problema.

Mais do que um problema fático, os refugiados são também um problema de direito. Junto da falta de uma legislação protetiva ampla, há a quase inexistente discussão, em doutrina, acerca do tema. Os poucos artigos e escritos se resumem, muitas das vezes, em abordar a questão meramente do ponto de vista dos direitos fundamentais, não fornecendo qualquer caminho ou instrumento que permita sua aplicação prática.

Diante de tal quadro, mais do que necessário o trabalho do jurista no sentido de instrumentalizar o tema, fornecendo caminhos para sua solução na via judicial que atendam, a um só tempo, aos princípios que regem a matéria e às estruturas e institutos presentes no ordenamento.

O presente escrito, portanto, visa a abordar a problemática em questão sensibilizando os diversos órgãos do Estado e da sociedade civil para sua dupla perspectiva: o direito fundamental em teoria, e os mecanismos necessários à sua efetivação. Não se intenciona aqui produzir doutrina, mas apenas incitar a discussão em torno deste grave problema – que apenas recentemente chegou à apreciação do Direito – e, sobretudo, analisar o problema em questão à luz da normatividade jurídica.

## O CONCEITO DE REFUGIADO

Na definição clássica, positivada pela Convenção de 1951 e o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, refugiado é todo aquele que sofre fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, não podendo ou não querendo por isso valer-se da proteção de seu país de origem.

Essencial ao entendimento da extensão do conceito é a definição do ‘fundado temor de perseguição’. Nesse sentido, afirmam os autores que a “perseguição é **ordinariamente uma ameaça à vida ou à liberdade individual. Sob certas circunstâncias, a discriminação ou a negação de direitos básicos podem constituir perseguição**”.

A condição dramática do refugiado o diferencia em diversos aspec-

tos do estrangeiro, no que tange à sua condição jurídica. Contudo, via de regra, para o refugiado em situação regular no país – ou seja, cujo pedido de refúgio foi aceito pelo Conare – valem os mesmos direitos e deveres relativos ao estrangeiro. As diferenças, portanto, residem sobretudo no momento da entrada do refugiado no país, bem como a algumas facilidades concedidas especificamente a refugiados, fundamentadas, mais uma vez, na situação dramática em que vivem.

Além dos tratados elaborados pelas Nações Unidas, importantes mecanismos regionais tratam do tema. Na América Latina, por exemplo, há a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados, que data de 1984. Atenta à experiência do grande fluxo de refugiados na área centro-americana, a Declaração aconselha que o conceito de refugiado seja interpretado de forma que abranja também pessoas que fugiram dos Estados dos quais são nacionais por que

*‘sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, pela agressão estrangeira, pelos conflitos internos, pela violação maciça dos direitos humanos, ou por outras circunstâncias que hajam perturbado gravemente a ordem pública’* (Declaração de Cartagena - Conclusões e Recomendações, III, Terceira).

O Estado brasileiro, a exemplo de outros do continente, adotou essa visão ao definir o refugiado como ‘todo indivíduo que, devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país’ - Lei 9.474/97.

A definição de refugiado, portanto, se apresenta elástica na mesma medida em que se agigantam os problemas e convulsões de ordem econômica, social e política em diversos Estados e continentes do planeta.

## ASILO X REFUGIADO

Igualmente essencial ao entendimento do conceito é diferenciá-lo do de asilo territorial. Ao longo da história, ambos os institutos vêm sendo

utilizados de forma indiscriminada pelos dispositivos que regem a matéria. Os teóricos, por sua vez, não foram rigorosos ao classificar ambos os termos. No entanto, ainda que as definições se cruzem em alguns casos, não se confundem.

Segundo Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, o ‘asilo territorial é como que o complemento inevitável da condição de refugiado político.’ O asilo territorial, que não se confunde com o diplomático, seria

*‘a proteção dada por um Estado – em seu território, a uma pessoa cuja vida ou liberdade se acha ameaçada pelas autoridades de seu país, por se achar acusado de haver violado a sua lei penal ou, o que é mais freqüente, por ter deixado o seu país para se livrar de perseguição política.’<sup>2</sup>*

Asilo, logo, é termo que possui clara conotação política – o que não implica, no entanto, que aquele que pleiteie asilo territorial seja, em determinado momento, considerado refugiado. De fato, a pessoa que se encontra sob perseguição pode, dependendo do contexto, requerer a um Estado tanto o asilo como o refúgio – o que não implica, contudo, dizer que ambos os institutos são iguais. Tanto o é que os institutos são tratados por dispositivos distintos, sendo o asilo regido pela Lei 6.815/80, e o refúgio pelo Estatuto dos Refugiados – Lei 9.747/97.

### DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO REFUGIADO

Diante da dramática situação que vivenciam os refugiados, ao longo do séc. XX, os Estados criaram mecanismos legais para flexibilizar as barreiras impostas aos refugiados, facilitando seu acesso a um rol de direitos básicos e essenciais. Aqui, faremos um breve apanhado dos direitos de que gozam o refugiado, dando enfoque às questões concernentes a sua entrada e permanência no país.

---

2 DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado.**

## DA ENTRADA NO PAÍS, DA SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO E DO PRINCÍPIO DO ‘NON-REFOULEMENT’

Segundo o Prof. Jacob Dolinger:

*“a expulsão do refugiado só é admitida em hipótese de ‘segurança nacional ou ordem pública’, sendo-lhe facultado o direito de se defender e tempo suficiente para encontrar outro país que queira abrigá-lo, proibida terminantemente a expulsão ou a devolução para um país em que sua vida ou liberdade possam estar ameaçadas por causa de sua raça, religião, nacionalidade, vinculação a determinado grupo social ou opinião política.”<sup>3</sup>*

É o princípio do ‘non-refoulement’, que vincula os Estados componentes da comunidade internacional ao compromisso de não devolver aqueles que buscam refúgio em seu território ao seu território de origem.

Nesse aspecto, importante lembrar que a expulsão de um refugiado do território onde se encontra, ou sua remissão ao país do qual é nacional, pode significar, muitas das vezes, questão de vida ou morte para aquele indivíduo. O princípio do ‘non-refoulement’ é, portanto, a essência do direito dos refugiados, na medida em que veta ao Estado - à exceção de casos excepcionais em que a segurança nacional esteja em jogo - a faculdade de expulsar o refugiado de seu território.

Tal princípio encontra-se subentendido em diversos dispositivos do Estatuto dos Refugiados, como o arts. 7º, 10, 33, 34 e 36. Da mesma forma, podemos encontrá-lo na redação da Resolução Normativa nº 10 do Conare que, de forma a possibilitar a continuidade da permanência do refugiado no território nacional, dispõe em seus arts. 3º e 4º que nem a cessação ou perda da condição de refugiado implicarão perda da permanência definitiva, nem vice-versa.

---

3 ARAÚJO, Nadia e ALMEIDA, Guilherme Assis (coord.) **O Direito Internacional dos Refugiados – Uma perspectiva Brasileira.**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

Entrando no território nacional, o refugiado deve se dirigir ao Departamento de Polícia Federal para preencher Termo de Declaração por ocasião da solicitação inicial de refúgio. O termo deverá ser encaminhado à Coordenadoria Geral do Conare, com cópia à Caritas Arquidiocesana com atribuição na região. De forma a dar prosseguimento à solicitação, deverá o solicitante comparecer à Caritas – ou, não havendo sede da instituição naquela circunscrição, ao próprio Departamento de Polícia Federal – de forma a preencher um questionário que, enfim, permitirá a apreciação do pedido de refúgio pelo Conare. *Extraído do art. 7º do Estatuto e das Resoluções Normativas nº. 01, 02 e 09 do Conare.*

Enquanto o pedido não for apreciado, terá o refugiado o *status* jurídico do Estrangeiro, não podendo prosseguir qualquer pedido de extradição ou procedimento administrativo referente a sua entrada ilegal no território nacional. *Arts. 5º, 10 e 22 do Estatuto.*

Ressalte-se, aqui, que mesmo após a concessão do *status* de refugiado, ou da permanência definitiva, ainda assim gozará o refugiado da condição jurídica de estrangeiro, sem prejuízo dos dispositivos internacionais ratificados pelo Brasil, bem como da legislação pátria específica quanto à matéria. Sobre a condição jurídica do Estrangeiro, ensina o professor Jacob Dolinger:

*“Hans Kelsen sintetizou com felicidade o denominador comum da situação jurídica do estrangeiro em terra alheia. **O Estado não tem obrigação de admitir estrangeiros em seu território.** Mas, uma vez admitidos, devem-lhes ser concedidos um mínimo de direitos, isto é, uma posição de certa igualdade com os cidadãos, pelo menos no que tange à segurança de suas pessoas e propriedades, mas isto não significa que eles devam ter os mesmos direitos dos cidadãos.”*<sup>4</sup>

Após os devidos trâmites burocráticos, acolherá ou não o Conare, em decisão fundamentada, o pedido de refúgio. Nesse interlúdio, contudo, terá o

<sup>4</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado.**

solicitante do refúgio direito a protocolo em seu favor, que lhe permitirá, juntamente com sua família, estada no território nacional até a decisão final do processo, bem como a retirada de Carteira de Trabalho Provisória, visando ao exercício de atividades remuneradas.

### DA PERMANÊNCIA DEFINITIVA

Se concedido o refúgio, conforme art. 28 do Estatuto, o refugiado será registrado no Departamento de Polícia Federal, expedindo-se cédula de identidade de estrangeiro, que serve como documento para todos os efeitos legais. O refugiado continua possuindo condição jurídica de estrangeiro. No entanto, goza de algumas facilidades, à luz do disposto no art. 6º do Estatuto e da Resolução Normativa nº 10 - para os que já possuem permanência definitiva – no que tange à concessão de documentos de viagem/passaporte.

Os efeitos da condição de refugiado, à luz do disposto no art. 2º do Estatuto, bem como da Resolução Normativa nº 04, se estendem aos familiares – ‘cônjuge, ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional’.

### DO DIREITO DA REFUGIADA

Muito embora a vasta maioria dos refugiados em todo o mundo seja de mulheres e crianças, somente agora começam os organismos internacionais a refletir a questão dos refugiados da perspectiva da mulher, da criança e do adolescente. De fato, segundo Rebecca M.M Wallace, muito embora mais de 80% dos refugiados sejam mulheres e crianças:

*“a jurisprudência dos refugiados tem se baseado particularmente nas experiências dos homens. Quando mulheres e crianças sentem temor de perseguição, pelas mesmas razões que os homens podem*

*sentir, a experiência da perseguição é diferente”.*<sup>5</sup>

As discussões na matéria são, contudo, insipientes. Não apenas o tema em geral é nebuloso, como a tutela pelos direitos humanos é extremamente recente. Em geral, os diplomas internacionais que tratam genericamente dos refugiados são omissos em abordar temáticas como as de gênero e infantojuventude.

### **A CRIANÇA E O ADOLESCENTE REFUGIADOS: O PROBLEMA DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO**

Tampouco a legislação pátria atenta para a problemática do menor refugiado. Nem o Estatuto da Criança e do Adolescente, nem a Lei 9.747/97 mencionam a problemática do Registro Civil de Nascimento de criança refugiada. Nesse sentido, nossa legislação se refere tão somente à cédula de identidade comprobatória da condição jurídica do refugiado. Da mesma forma, a Lei de Registros Públicos não faz qualquer menção a estrangeiro não registrado em seu país de origem – e, por suposto, menos ainda a refugiado sem registro.

*A priori*, entende-se que o Registro Civil de Nascimento, por se reportar à origem da criança/pessoa, é de competência exclusiva do país do qual é nacional, não cabendo, portanto, promover seu Registro em repartição de outro país. Logo, não seria o caso de falar em promoção de Registro Civil de solicitante de refúgio, pois tal constituiria verdadeira afronta aos princípios basilares da soberania dos Estados, na medida em que se atribuiria nacionalidade brasileira a estrangeiro – ou, pior, reconhecer-se-ia nacionalidade de estrangeiro no lugar do próprio Estado competente para tanto.

Entendendo-se a nacionalidade como um vínculo jurídico, público e de direito interno, que une uma pessoa física ou natural a um ou mais Estados, conferindo direitos e deveres, é conclusão lógica de que é de competência do Estado – perante o qual se postula o reconhecimento da nacionalidade – determinar se aquele indivíduo é ou não nacional. É o Estado que dita as normas

<sup>5</sup> WALLACE, Rebecca M.M. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 45, p. 702, 1996.

para conferir nacionalidade aos indivíduos, e logo não se poderia, sob o risco de lesão à soberania de outro Estado, reconhecer indivíduo como nacional daquele Estado.

No entanto, analisando-se a questão a partir da perspectiva dos direitos humanos, interessantes soluções podem ser encontradas. De fato, se por um lado a perspectiva estrutural, baseada numa concepção da comunidade internacional focada no princípio da soberania nacional, é impossível proceder à realização de Registro Civil de criança refugiada; por outro lado, os diversos Tratados e Convenções dos quais o Brasil é signatário ratificam o entendimento de que o mesmo não é apenas possível, mas necessário à satisfação da Doutrina da Proteção Integral no âmbito da infantojuventude.

É preciso atentar para o fato de que a questão a ser levada em conta não tem por objetivo dar ou não nacionalidade brasileira a criança ou adolescente oriunda de outro país. Visa, isso sim, a dar efetividade aos dispositivos que tratam amplamente dos direitos humanos referentes à infância e juventude. Neste contexto, **não cabe discriminar a criança e o adolescente refugiados dos demais**, mas sim *aplicar todos os direitos fundamentais* – positivados no **art. 5º, caput e incisos, e no art. 227 da Constituição Federal; nos arts. 3º, 4º, 5º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Convenção dos Direitos da Criança – a todas as crianças e adolescentes**, independentemente de sua origem.

Na realidade, muito embora nosso ordenamento seja omissivo no trato ao tema, diversos são os dispositivos de direitos humanos que pregam pela facilitação do registro civil de nascimento de crianças e adolescentes. A Convenção de Direitos da Criança, principal dentre esses instrumentos, é clara em explicitar o direito fundamental da criança a uma identidade.

### **Artigo 7**

- 1. A criança será registrada imediatamente após o seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.*
- 2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acor-*

*do com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.*

### **Artigo 8**

*1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.*

*2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.*

### **Artigo 22**

*1. Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente Convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte.*

*2. Para tanto, os Estados Partes cooperarão, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações não-governamentais que cooperem com as Nações Unidas, no sentido de proteger e ajudar a criança refugiada e de localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção*

*outorgada a qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente Convenção”. (Convenção sobre os direitos das Crianças).*

Também o artigo 27 da Convenção Relativa aos Refugiados poderia, se interpretado de maneira não estrita, servir como base legal à promoção do Registro:

*“Os Estados Contratantes passarão documentos de identidade a todos os refugiados que se encontrem nos seus territórios e não possuam documento de viagem válido”.*

Diante da gritante contradição, a questão que se apresenta é a possibilidade de conciliação entre a estrutura da comunidade internacional e os princípios que pleiteia. Haveria solução jurídica para o conflito?

Ao menos no caso específico do Registro Civil, parece que sim. A ponderação, ferramenta máxima do aplicador do Direito, não apenas permite, mas exige uma solução que atente aos princípios da dignidade humana e da proteção integral, em clara preponderância sobre o da soberania nacional. Caberá ao Direito, na ausência de instrumentos legais, e na inércia dos demais poderes, atuar de forma a garantir que os princípios constitucionais sejam assegurados no caso em tela.

Oportuno lembrar que os diplomas de direito interno, aplicáveis ao caso em tela, não permitem **nem proibem o registro civil de criança ou adolescente refugiado**. Há de fato omissão legislativa, que habilita a esfera Judiciária à aplicação direta dos princípios de direito interno, positivados na Carta Constitucional. A doutrina, por sua vez, ensina que em casos complexos como o presente, em que a Premissa Maior (Lei) não se encaixa perfeitamente na Premissa Menor (Caso Concreto), caberá ao Magistrado reportar-se tão somente aos princípios gerais de direito.

Feitas estas considerações, vejamos como isso poderia ser instrumentalizado, de forma a promover a máxima harmonia possível entre o bom proce-

dimento – ou seja, o procedimento de acordo com a estruturação formal do Estado de Direito – sem, contudo, retirar do Judiciário sua parcela de responsabilidade no trato à matéria.

Analisando brevemente a questão da nacionalidade, extraímos do Direito Internacional Privado o entendimento de que cada país estipula regras, normas para o reconhecimento de seus nacionais. Muito embora as especificidades do regulamento de cada Estado, todos eles adotam, em maior ou menor medida, os critérios do *jus sanguinis* e do *jus solis*. Sendo assim, mais do que viável o reconhecimento de uma determinada nacionalidade por outro Estado, desde que respeitados os critérios adotados por aquele ordenamento.

Solucionado este problema, passemos à questão do Registro. A princípio, a Lei 6.015/73 não fornece instrumentos que permitam a promoção de registro civil de estrangeiro por cartório ou repartição nacional. Da mesma forma, o documento de identidade a que faz referência o Estatuto do Estrangeiro – Lei 6.815/80 – trata apenas dos casos de permanência definitiva em território nacional.

A solução do caso, portanto, deve passar pela análise extensiva de alguns dispositivos, sem prejuízo da aplicação dos princípios que norteiam a matéria, segundo a Doutrina da Proteção Integral. Num breve elenco de possibilidades, poderíamos ressaltar o dispositivo da naturalização provisória, a possibilidade de postular, perante o Conare, a promoção de registro ou documento de identidade provisório, e a aplicação do registro provisório aplicação à semelhança da figura da opção, constante da alínea “c”, inciso I do art. 12 da Constituição Federal. Analisemos brevemente cada uma destas hipóteses.

A figura da **naturalização provisória**, que constitui hipótese de **naturalização especial**, conforme art. 116 do Estatuto do Estrangeiro, aplica-se aos casos de menor estrangeiro que vem residir no Brasil **com até cinco anos de idade**. Em tais situações, podem os representantes legais requerer, junto ao Ministro da Justiça, a

*“emissão de certificado provisório de naturalização, que valerá como prova de nacionalidade brasileira até dois anos depois de atingida a maioridade.”*

Muito embora se aplique somente a crianças de idade **inferior a cinco anos**, com a devida assistência jurídica e fundamentação, poder-se-ia pleitear, perante o Ministério da Justiça, a concessão de certificado de naturalização provisória de refugiado criança e adolescente de faixa etária superior à estipulada. Tal encontra respaldo não apenas na Convenção dos Direitos da Criança, mas nos próprios diplomas referentes aos direitos dos Refugiados, que prevêm a facilitação dos meios para a inclusão dos Refugiados dentro da sociedade. Tendo em vista que o Estatuto do Estrangeiro é diploma anterior à Convenção e ao próprio ECA, poder-se-ia ainda argumentar que a medida pleiteada constituiria verdadeira releitura do dispositivo supracitado à luz da Doutrina da Proteção Integral.

Com a concessão da naturalização provisória, a criança estaria amparada pela Lei de Registros Públicos, podendo-se promover seu registro tardio, sem prejuízo de qualquer outra documentação que se apresente necessária. Sua situação jurídica seria, ainda que provisoriamente, a de um brasileiro nato.

Diante de uma negativa do Ministério da Justiça, a via judicial, através do Mandado de Segurança, se apresenta como a mais viável – e, por que não, elegante – ao caso em análise. Não apenas se encontrariam presentes os requisitos – o direito líquido e certo violado por ato de instituição coatora – como a própria jurisprudência consolidou a possibilidade de Mandado de Segurança impetrado por estrangeiro. Por outro lado, o próprio Judiciário poderia, se incitado diretamente a se manifestar, e utilizando-se da já referida ferramenta da ponderação e da releitura do Estatuto do Estrangeiro à luz da Doutrina da Proteção Integral, decidir diretamente pela naturalização provisória com a consequente promoção do registro.

Finalmente, a hipótese da naturalização provisória poderia ser utilizada, ainda, juntamente com a alínea “c”, inciso I do art. 12 da Constituição Federal, na fundamentação de um projeto de lei ou emenda constitucional que previsse a hipótese de naturalização provisória a criança ou adolescente refugiados, independentemente de faixa etária, e com a posterior figura da opção. A sensibilização dos Poderes Executivo e Judiciário, juntamente com a mobilização da sociedade civil organizada, poderia gerar a comoção política

necessária à adoção de medidas no próprio âmbito legislativo.

Um segundo caminho, semelhante ao primeiro, passaria pela postulação, perante o Comitê Nacional de Refugiados, da promoção de formas de registro provisório de crianças e adolescentes refugiados. A competência administrativa do órgão colegiado para a análise de situações referentes à proteção dos refugiados é absoluta, conforme o art. 12 da Lei 9.474/97:

*“Compete ao Conare, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados:*

(...)

***IV – orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;”***

Enquanto a via judicial trata muitas das vezes de casos incidentais, incapaz de fornecer uma solução ampla ao problema, o órgão administrativo é capaz de ir mais além, regulando a situação em análise de maneira ampla, eficaz em todo o território nacional. Com a permissão para promoção de registros provisórios às crianças e adolescentes refugiados, o problema seria solucionado sem, sequer, fazer uso da analogia do art. 116. Ressalvados os critérios adotados pelo Estado de origem, a criança poderia ser registrada com a nacionalidade do próprio país do qual é nacional. No entanto, diante de uma negativa do órgão administrativo, a via do Mandado de Segurança, com a devida apreciação judicial do caso, se mostra – também aqui – um caminho possível.

O Conare, em virtude de sua composição – que possui, dentre seus membros, representantes dos Ministérios da Saúde e da Educação – poderia ainda adotar outras medidas que se mostrem necessárias à diminuição das dificuldades enfrentadas por crianças e adolescentes refugiados. Uma possibilidade seria a reformulação da Resolução Normativa Nº. 6 – que disciplina

a concessão de protocolo ao solicitante de refúgio – expandindo seus efeitos para valer como documento de identificação ao solicitante e seus familiares.

Finalmente, uma terceira via seria a aplicação analógica da figura da opção, constante da alínea “c”, inciso I do art. 12 da Constituição Federal. Promovendo-se o registro das crianças/adolescentes como brasileiros natos, lhes seria permitida a opção – a exemplo do que consta do art. 116 do Estatuto do Estrangeiro – pela nacionalidade brasileira após atingida a maioridade. Assim, possibilita-se o registro da criança pela Lei de Registros Públicos, como nacional do Brasil. Mais ainda, na impossibilidade de localização de documentos que permitam comprovar a nacionalidade do país de origem, a criança poderia optar pela nacionalidade brasileira, diminuindo-se ao máximo o risco de apatridia.

## CONCLUSÕES

Neste breve estudo, intentei apresentar de forma resumida a problemática jurídica dos refugiados e, mais especificamente, da criança e do adolescente refugiados. Em que pese a legislação vigente, o tema é sem dúvida obscuro, e requer uma reflexão aprofundada sobre os diversos princípios e cartas de direitos humanos que regem a matéria, bem como sobre os mecanismos, presentes no ordenamento, aptos à instrumentalização desses direitos. No Brasil, a criança refugiada está fadada ao *status* da INVISIBILIDADE, eis que lhe são usurpados todos os direitos, tais como, a educação e a saúde, em decorrência da negação do DIREITO DE IDENTIDADE.

Ante tal constatação, imprescindível o registro para a garantia dos direitos fundamentais destas crianças e adolescentes. Mesmo face ao argumento – levantado por alguns – de que tais crianças poderiam ser fruto do tráfico internacional de pessoas, a ausência de documento de identidade apenas sedimentaria sua vulnerabilidade, entregando-as a toda a sorte de barbaridades.

A apreciação dos tribunais, muito embora auxilie na manutenção dos direitos de crianças e adolescentes, não é isenta de problemas. Em

que pesem os princípios contidos na legislação internacional e observados pela legislação nacional, as soluções paliativas não respondem de maneira eficiente ao desafio imposto pelos refugiados sem registro, sendo certo que, muitas vezes, os países dos quais se originam não possuem mecanismos de consulta sobre seus cidadãos. Outras vezes, mesmo que os possuam, estes não devem ser consultados, sob pena de se causarem maiores prejuízos àqueles que poderão ser perseguidos.

Assim, necessário se faz que o Legislativo e o Executivo evidem esforços para apresentar soluções eficazes, permitindo maiores facilidades no acesso a documentação e identidade. No entanto, **enquanto inertes os demais poderes, e com a crescente demanda destas questões que se apresentam ao Judiciário, deve este Poder, pautado nos princípios constantes nas legislações existentes, e sobretudo no tratamento particularizado dos direitos humanos referentes à criança e ao adolescente – Convenção dos Direitos da Criança –, decidir, intervindo de forma eficiente, no sentido de conferir o Direito à Identidade, a fim de regularizar a situação das crianças e adolescentes em nosso território de forma eficaz.**

Importante recordar, nesse sentido, que conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição **é defeso ao Judiciário deixar de se manifestar sobre determinado tema.** Se o direito de ação é direito subjetivo ‘*erga omnes*’, então é *dever do Estado se posicionar, por meio da via judicial, sobre qualquer matéria com a qual seja confrontado.* Logo, na ausência de outro caminho, a via judicial se apresenta como a única restante capaz de garantir os direitos destes menores.

Friso, no entanto, que a solução ideal deve passar pela sensibilização dos diversos poderes, motivo pelo qual a via do Mandado de Segurança se apresenta sobremaneira interessante: ao mesmo tempo, permite o conhecimento da matéria pelo órgão executivo competente, e, na hipótese de negativa, a análise judicial devida. Sem prejuízo, cabe aos órgãos da sociedade civil organizada, sobretudo àqueles que possuam particular afinidade com o tema – a exemplo da Cáritas Arquidiocesana – promover, junto ao poder Legislativo, a mobilização necessária à reformulação dos

dispositivos referentes à temática dos refugiados. ◆

### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia e ALMEIDA, Guilherme Assis (coord.) **O Direito Internacional dos Refugiados – Uma perspectiva brasileira**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS-ACNUR e INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS – IMDH. Lei 9.474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional dos Refugiados. Brasília, dezembro de 2005.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. **Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos**.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALLACE, Rebecca M.M. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 45, p. 702, 1996.

# Conflitos entre o Direito à Intimidade e à Vida Privada e o Direito à Informação, Liberdade de Expressão e de Comunicação

Juliana Grillo El-Jaick <sup>1</sup>

Com o advento da Constituição da República de 1988 alguns princípios passaram a nortear a conduta dos agentes sociais, para que o Estado Democrático de Direito não passasse por letra morta.

O princípio da liberdade de expressão, uma conquista tão ansiada pela sociedade após a era arbitrária do regime militar, foi consagrado pelo Poder Constituinte de 1988, que fez inserir em seu artigo 5º inciso que reafirma a importância da livre expressão do pensamento:

*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:  
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;*

Ainda, quanto à liberdade de expressão, o constituinte reforça sua importância no artigo 220 e, por conseguinte, o livre exercício do jornalismo:

*Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito em exercício junto à 2ª Vara Criminal da Comarca de Niterói.

*§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*

*§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.*

Não obstante a liberdade de expressão estar consagrada genericamente no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal, o texto constitucional oferece ainda ampla proteção à liberdade de comunicação no inciso IX do mesmo artigo, o que possibilita inferir a distinção entre os conceitos:

*IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;*

A garantia de liberdade de expressão objetiva a tutela da livre manifestação de pensamentos, ideias, opinião, crenças e juízo de valor; já a liberdade de comunicação tem como objeto a difusão de fatos e notícias.

A liberdade de expressão protege o livre compartilhamento de ideias entre os cidadãos e a liberdade de comunicação abrange as atividades de difundir notícias e de recebê-las, bem como o acesso, sem impedimentos, às fontes de informação, isto é, os direitos fundamentais de informar, informar-se e de ser informado, que encerram condições indispensáveis à existência e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Aos cidadãos, por um lado, indistintamente, é garantido o direito fundamental de acesso à informação, assegurado, autonomamente, no inciso XIV do artigo 5º da Constituição, que dispõe: “é assegurado a todos o acesso à informação”.

Por outro lado, a Constituição consagra também o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de evitar a supremacia, no caso em tela, do princípio da liberdade sem limites de imprensa. No mesmo artigo 5º, a CF estabelece nos incisos V e X:

*V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;*  
*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

Essas limitações impostas à liberdade de expressão e a necessidade de se respeitar a intimidade, honra e imagem das pessoas, à luz dos direitos e garantias constitucionais, colocam em cheque o duelo entre o interesse público e o interesse do público e culminam com diversas demandas judiciais intentadas diariamente.

Não obstante a extensão e amplitude dadas pela Constituição Federal de 1988 aos direitos de liberdade, de expressão e de comunicação, tal garantia não é absoluta, estando sujeita à modulação sistemática diante do cotejo de cada situação fática quando há outros direitos fundamentais em jogo.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948, a privacidade do indivíduo é um dos direitos humanos fundamentais a serem respeitados e assegurados.

*Artigo 12º – Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques a sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei. (ONU, 2003).*

## DIREITO DE INFORMAR

O direito de informar, nos ensinamentos de José Afonso da Silva:

*“O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que essencialmente se con-*

*cretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva.” (SILVA, José Afonso; 2001, p. 259).*

Para o citado autor, a liberdade de informação é “o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular” (SILVA, 2001, p. 244). E continua afirmando: “[...] a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao sigilo profissional [...]” (idem, p. 245).

O direito de informação envolve o direito de passar, receber e buscar informações, assumindo três feições: o direito de informar, de se informar e de ser informado. A vida social do indivíduo está dividida em duas esferas: a pública e a privada. A privacidade engloba os relacionamentos sociais que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, como, por exemplo: a vida familiar, o lazer e os segredos dos negócios. Dentro dessa esfera, formada por relações marcadas pela confidencialidade, insere-se a privacidade.

No que tange à liberdade de informação jornalística, leciona José Afonso da Silva, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo:

*“15.4 Liberdade de informação jornalística – É nesta que se centra a liberdade de informação, que assume características modernas, superadoras da velha liberdade de imprensa. Nela se concentra a liberdade de informar, e é nela ou através dela que se realiza o direito coletivo à informação, isto é, a liberdade de ser informado. Por isso, é que a ordem jurídica que lhe confere um regime específico que lhe garanta a atuação e lhe coíba os abusos. A propósito da liberdade de imprensa cabe recordar estas palavras de Marx: “a imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado*

*que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual, no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria.” (...).” (Malheiros editores – 14ª edição – p. 239).*

Todavia, há que se considerar que a liberdade de informação, como qualquer outro valor perante o ordenamento jurídico vigente, não pode ser exercida de forma absoluta, havendo que se atentar à ponderação de interesses, no sentido de se buscar qual deverá prevalecer naquela situação específica.

Isso porque encontra-se em jogo dois interesses de envergadura Constitucional: de um lado, o direito ao livre exercício da informação e, de outro lado, o direito à privacidade.

A grande tarefa do Direito, no Estado Democrático de Direito, é buscar a compatibilização desses valores, o que leva necessariamente a um processo de compressão de um determinado princípio em função da expansão de um outro, não em função de valores subjetivos, mas galgado na ordem jurídica.

Quando há uma colisão entre a liberdade de expressão e comunicação (artigo 5º, IX) e o direito de personalidade (artigo 5º, X), a ordem constitucional vigente autoriza implicitamente o Poder Judiciário a restringir qualquer dos direitos colidentes, segundo as técnicas da ponderação de valores no exame do caso *sub judice*.

### COLISÃO ENTRE A INTIMIDADE E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO – PONDERAÇÃO

Sempre que o exercício de um direito fundamental colocar o seu titular em choque com o exercente do outro direito fundamental, haverá uma situação de colisão de direitos, *in casu*, a liberdade de informação com a intimidade.

Tal restrição a direitos fundamentais implica necessariamente em uma relação de conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais, exigindo, necessariamente, a ponderação dos direitos ou interesses em conflito.

Assim, sempre que estivermos diante de uma colisão entre direitos fundamentais, haverá que se mitigar um deles para que prevaleça, em cada caso concreto, a solução que melhor se harmonize com o sistema constitucional como um todo.

O princípio da proporcionalidade visa a coibir a violação do chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais. Este, consubstanciado naquilo que não pode ser violado, intangível, é o valor *dignidade da pessoa humana*. É nesse ponto que se verifica a utilidade da sua associação com essas funções básicas dos direitos fundamentais, que são meios a atender esse objetivo último e maior que a dignidade da pessoa humana.

É razoável, portanto, haver algum controle sobre a divulgação de reportagens pela imprensa, entendida em sentido amplo. Há que haver ética e dignidade.

Não há dúvida de que o único caminho para se evitar abusos e excessos nesse sentido é tomar como bússola jurídica o princípio da proporcionalidade, hoje aplicado em diversos julgados em nossos Tribunais superiores. A observância do princípio da proporcionalidade na resolução de casos concretos, como já por demais reconhecido pela doutrina e jurisprudência, exige o respeito a três diretrizes: a adequação de meios (exigibilidade), necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, a liberdade de expressão e comunicação é valor essencial à proteção do regime democrático, na medida em que propicia a todos a participação no debate público e na vida política da sociedade, fomentando o exercício pleno dos direitos sociais e individuais.

Já a defesa constitucional da honra, privacidade e intimidade dos indivíduos em geral, corresponde ao interesse do cidadão em manter as esferas da sua própria intimidade e vida privada resguardadas da indiscrição alheia.

Não existindo na nossa ordem constitucional direito nem liberdade

irrestritos, a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade e à imagem não pode ser considerada absoluta. Tampouco a liberdade de expressão e comunicação, diante de sua densidade social e importante papel na manutenção do regime democrático, não prevalece, *a priori*, quando em confronto ao direito da personalidade.

Diante da relatividade desses interesses fundamentais, há que se aplicar a compatibilização e harmonização dos direitos colidentes, atendendo-se às circunstâncias concretas, sem, no entanto, restringir nenhum deles em seu núcleo essencial e observando-se, necessariamente, a proporcionalidade entre a restrição e o bem jurídico que se protege.

Como exposto, são conferidas garantias de preservação do direito à privacidade que, muitas vezes, é violado quando se traz ao conhecimento público, por meio de notícia ou divulgação jornalística, fatos relacionados à intimidade de determinado indivíduo. Pode-se aferir, nesse sentido, que aquele que se interfere de forma arbitrária na intimidade alheia, deve suportar uma indenização, a fim de que sejam reparados os danos materiais e morais sofridos pela vítima.

O que se discute em sede de responsabilidade civil, por ato que transborda o legítimo exercício da liberdade de expressão e comunicação, apto a gerar reparação extrapatrimonial, não é, todavia, a mera veiculação de notícia contrária aos interesses pessoais e individuais de determinada pessoa, mas sim se houve efetivo abuso na divulgação da notícia, com a utilização de fatos manifestamente mentirosos e depreciativos à honra de outrem.

Nesses casos, a indenização por danos morais tem como fundamento o caráter abusivo da manifestação e não a existência ou não de um dano à pessoa em função da divulgação.

Em contrapartida, revestindo-se a matéria de marcante interesse público e não vulnerando a mesma a intimidade ou a honra da parte, não há qualquer dano moral a ser reparado.

## PRIVACIDADE DA INFORMAÇÃO – INTERNET

Na história da comunicação, a Internet representa a fase mais avançada de um processo tecnológico que abre uma estrada nova para o Direito. A integração da sociedade em rede e a utilização da Internet, apesar de suas inúmeras vantagens, também representam uma grande ameaça à privacidade. A maior ameaça reside ainda na ausência de conhecimento por parte do usuário quanto ao que realmente ocorre quando ele se conecta à Internet. Pois nem sempre é possível saber quando e de que forma as informações a seu respeito são coletadas. Muitas vezes o encanto com as vantagens de manter-se conectado a uma rede global e os benefícios oferecidos por ela fazem com que o usuário deixe de estar atento ao quanto de informações a seu respeito são reveladas durante a sua navegação pela Internet.

Constata-se que a invasão da privacidade pode resultar numa autêntica desqualificação da informação. A mídia impressa e eletrônica não tem sabido captar os sinais de uma demanda reprimida de qualidade informativa. E a qualidade é a primeira exigência da ética.

Atentando-se, ainda, ao fato de que não existe legislação que regule os direitos que decorrem do uso da rede, valendo-se o Julgador da analogia e das regras inseridas no Código de Defesa do Consumidor.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho buscamos estudar a ponderação e limitação de direitos constitucionais em conflito, os direitos à liberdade de informação e à intimidade.

Isso não significa que a intimidade deve ser protegida e preservada, por consistir em uma manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, implantado pela Constituição Federal.

A consciência de que não existem direitos absolutos é fundamental para que eles coexistam uns com outros, lado a lado, em um mesmo ordenamento jurídico, permitindo a paz social.

E para que a proteção à intimidade não contrarie outros direitos, dentre eles a liberdade de informação, há que se fazer uma ponderação de interesses, por meio da qual se poderá valorar qual o bem jurídico que deverá prevalecer na hipótese.

O princípio da proporcionalidade cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, como instrumento de interpretação, toda vez que ocorrer antagonismo entre os mesmos. ◆

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVA, José Afonso; **Curso de Direito Constitucional Positivo**; Malheiros editores – 14<sup>a</sup> edição; 2001.

# A Força Normativa dos Princípios Fundamentais como Vetores da Formação do Estado Ideal

Leonardo Alves Barroso<sup>1</sup>

O presente estudo tem por finalidade abordar a força normativa dos princípios fundamentais como importante meio interpretativo de todo ordenamento jurídico para a obtenção dos anseios sociais idealizados pelo Constituinte Originário.

É sabido que a norma jurídica surge em decorrência de diversos acontecimentos e experiências (positivas ou negativas) vivenciadas ao longo da história da humanidade com o intuito de reger a vida em sociedade.

Dentre as normas jurídicas, a Constituição tem o condão de estruturar a forma de Estado e Governo que irá vigor em um determinado território (Estado Ideal) e, portanto, suas regras servem como vetores a serem seguidos pelas autoridades constituídas na busca do desenvolvimento da nação.

A Constituição, segundo Lassale, é “uma mera folha de papel”, mas que representa a “soma dos fatores reais de poder que regem uma nação”, ou seja, não surge do nada; na verdade decorre de fatos históricos ocorridos ao longo do tempo e representa o surgimento de uma nova era de liberdades conquistadas com muita luta e sacrifícios.<sup>2</sup>

Forma-se, com a nova ordem Constitucional, um Estado de Direito, rompendo-se com o ordenamento anterior, fruto da ineficiência em resguardar a harmonia social, prevendo uma estrutura básica do direito interno a ser seguida pelos juristas.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da Região Judiciária Especial.

<sup>2</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Liber Iuris, p. 37 e 43.

Por ser norma estruturante de um Estado, cabe ao jurista buscar interpretar as demais normas, tendo como bússola os valores instituídos na Carta Magna como fundadores do próprio Estado de Direito, realizando justiça, sistema aberto de valores em constante mutação, eis que a norma nada mais é que o conjunto de princípios e regras destinados a realização do direito.

A aplicação da lei pura e friamente, sem levar em consideração o contexto social a qual será integrada, acarreta injustiças e, por consequência, insatisfações, colocando em risco o Estado de Direito idealizado pelo Constituinte Originário.

Nota-se que a doutrina não é pacífica quanto aos critérios diferenciadores dos princípios das regras, mas é unânime ao afirmar que as normas jurídicas seriam o gênero, cujas espécies seriam as regras e princípios.

Dentre os critérios adotados pela doutrina, pode-se destacar os elaborados pelo jurista Português J. J. Gomes Canotilho<sup>3</sup> ao mencionar cinco critérios distintivos: quanto ao grau de abstração, os princípios teriam um *grau de abstração relativamente elevado*, enquanto que as regras possuiriam *abstração relativamente reduzida*; quanto à determinabilidade, os princípios seriam *vagos e indeterminados*, enquanto que as regras seriam *susceptíveis de aplicação directa*; quanto ao caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito, os princípios teriam posição privilegiada no ordenamento jurídico em relação às regras; quanto à proximidade da ideia de direito, as regras seriam normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional, enquanto que os princípios traduziriam a ideia de direito e de justiça; e quanto a natureza normogénica, os princípios são considerados *fundamentos de regras*.

Segundo Nagib Slaibi Filho<sup>4</sup>, há distinção entre princípios e regras considerando-se o critério do grau de generalidade, afirmando que as regras decorrem dos princípios, que lhe dão conteúdo normativo, mas pos-

---

3 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed., Coimbra: Almedina, p. 1086/1087.

---

4 SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 65/66.

suem grau relativamente menor de generalidade, enquanto que os princípios possuiriam alto grau de generalidade.

No entanto, isto é contestado por Robert Alexy<sup>5</sup> ao discorrer que a diferença entre elas *não é meramente quantitativa, como pode insinuar a noção de generalidade, mas antes qualitativa*, e, ainda, que os princípios são *normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica, quanto à possibilidade fática*; são, nestes termos, *mandamentos de otimização*.

Dessa forma, como se pode notar, não há unanimidade entre os doutrinadores no que tange a uma diferenciação concreta e efetiva dos princípios das regras. Contudo, a maior abstração e generalidade dos princípios, bem como seu caráter de fundamentalidade do ordenamento jurídico, são de extrema relevância para que o intérprete os diferencie quando da aplicação a um caso concreto.

É de se observar que os princípios, quando normatizados, passam ser cláusulas gerais, e como tais, se sobrepõem à regra, uma vez que esta passa a ser interpretada com base nos valores previstos naquele.

Recentemente, como consequência dos trabalhos dos espanhóis Perez Luño, Prieto Sanchis e García de Enterría, os valores surgiram como uma espécie normativa<sup>6</sup>.

Embora alguns doutrinadores não façam diferenciação entre princípios e valores, é preciso, entretanto, afirmar que a diferença é mínima, na medida em que os valores seriam as ideias essenciais colhidas no meio social, e os princípios, a introdução desses valores na ordem jurídica, seja através de um tipo próprio, donde haverá uma maior abstração, seja servindo como parâmetros para a elaboração das regras jurídicas, que seriam uma especialização do princípio que a orienta, ao reger um caso concreto específico.

---

5 ALEXY, Robert. CF. MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman”, Dworkin e Alexy. *In Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2001, p. 85.

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 Ed. São Paulo: Malheiros. p. 255-256.

Os valores, portanto, representariam o conjunto de ideias que a sociedade entende como de fundamental importância para reger as relações sociopolítico-econômicas em certo momento; são os anseios sociais necessários para a subsistência da vida em sociedade; enfim, é o entendimento prevalente em determinado tempo e lugar, daí porque os valores podem ser mudados sem alterar as normas.

Nagib Slaib Filho<sup>7</sup> elenca os valores liberdade, bem estar, igualdade, justiça e segurança como pilares do ordenamento jurídico, considerando-os como valores fundamentais.

Ressalta-se que os princípios passaram por três fases evolutivas distintas até adquirirem normatividade, quais sejam: jusnaturalista, positivista e pós-positivista.<sup>8</sup>

Na fase jusnaturalista, os princípios possuíam caráter de abstração, eram vistos como valores ideais de justiça, mas com normatividade nula ou ao menos duvidosa, o que impedia sua aplicação no caso concreto.<sup>9</sup>

Já na segunda fase, positivista, os princípios passaram a adquirir normatividade, entretanto, de aplicação subsidiária, integrativa, sendo aplicáveis em caso de lacuna na lei.<sup>10</sup>

E, na fase pós-positivista, os princípios adquiriram caráter axiológico e normativo no ordenamento jurídico, sendo positivados nas normas constitucionais, formando um verdadeiro sistema, donde se irradiam por todos os segmentos da ordem jurídica, desempenhando o papel de organizar e estruturar, harmonicamente, todas as normas jurídicas, nos diferentes ramos do direito.<sup>11</sup>

Assim, com a promulgação de uma nova ordem constitucional, es-

---

7 SLAIBI FILHO. *Op. cit.*, p. 164.

---

8 BONAVIDES. *Op. Cit.*, p. 232.

---

9 *Ibidem*, p. 232-235.

---

10 *Ibidem*, p. 235-237.

---

11 *Ibidem*, p. 237-238.

tabelece-se uma acentuada hegemonia axiológica dos princípios, que são considerados parâmetros normativos que se irradiam sobre todo ordenamento jurídico.<sup>12</sup>

Nagib Slaibi Filho<sup>13</sup> define os princípios como sendo:

*toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que a contém ...os princípios estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o conseqüente.*

E partindo desse conceito, pode-se extrair a tripla função dos princípios: fundamento da norma, vetores interpretativos e meios integrativos ou organizativos do sistema jurídico, porque as normas principiológicas servem de fundamento para elaboração das regras de condutas, fontes interpretativas na resolução de um caso concreto, bem como fator de desequilíbrio na balança em caso de conflito de normas-regras com normas-princípios, prevalecendo estas em detrimento daquelas em eventual ponderação de interesses, além de terem a função de organizar todo ordenamento jurídico, dando coerência e harmonia a este, razão pela qual pode-se afirmar que é mais grave violar um princípio do que uma regra, pois quando se viola um princípio, fere-se todo o ordenamento jurídico, enquanto a violação da regra é específica e determinada.<sup>14</sup>

Pela função fundamentadora, os princípios são considerados o cerne

---

12 Ibidem, p. 237.

---

13 SLAIBI FILHO. *Op.cit.*, p. 65/66.

---

14 BONAVIDES. *Op.Cit.*, p. 254-255.

que dá origem à norma, com eficácia derogatória e diretiva e, portanto, as normas constitucionais ou legais que se contraponham aos núcleos de irradiação assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade e/ou vigência, em eventual conflito de normas.

Os princípios se irradiam por todo segmento jurídico, preservando a unidade da ordem jurídica, com a manutenção do direito como um efetivo sistema e desempenham o papel de organizar e coordenar, coerentemente, todo ordenamento jurídico, ao ponto de a doutrina os qualificar como “normas-chaves de todo sistema jurídico” (Paulo Bonavides), “fundamento da ordem jurídica” (Frederico de Castro), “Super-fonte” (Flórez-Valdez), verdadeiros “mandamentos de otimização” (Robert Alexy).<sup>15</sup>

Na função interpretativa, os princípios desempenham o papel de direcionar, coerentemente, as soluções jurídicas dos casos submetidos à apreciação do intérprete, atuando como instrumentos de auxílio à interpretação jurídica e, portanto, são verdadeiros vetores que orientam as demais normas do ordenamento jurídico, dando compreensão às regras normativas, sendo denominados de princípios descritivos ou informativos.

Por intermédio da função supletiva, realizam a tarefa de integração do Direito, suplementando as lacunas existentes no ordenamento jurídico, atuando como fonte normativa subsidiária, no caso de ausência de regras jurídicas para a resolução de um caso concreto, sendo denominados princípios normativos subsidiários, na medida em que funcionam como verdadeiras regras jurídicas na ausência de uma regra específica para a resolução de um caso concreto.

A legislação brasileira em várias passagens autoriza o intérprete a aplicar os princípios gerais do direito em caso de lacuna na lei, conforme dispõe o artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei n.º 4.657/42 – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”; o artigo 126 do Código de Processo Civil – Lei n.º 5.869/73 – “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No

15 *Apud* DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 Ed., São Paulo: Ltr, 2004, p. 190.

juízo de julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios de direito”; o artigo 108 do Código Tributário Nacional – Lei n.º 5.172/66 – “Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: I- a analogia; II- os princípios gerais de direito tributário; III – os princípios gerais de direito público; IV – a equidade” e o artigo 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei n.º 5.452/43 – “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão [...] outros princípios e normas gerais de direito [...]”.

Na visão de J.J. Gomes Canotilho<sup>16</sup>, os princípios desempenham a função de vetores interpretativos, mas também a função de atualizar a norma, adaptando-a aos novos valores sociais em um processo denominado de *mudança silenciosa*, vinculando, dessa forma, o Legislador no momento da elaboração de uma norma jurídica.

O Constituinte, ao elaborar a Constituição, leva em consideração os valores almejados pela sociedade em um determinado momento da história, o bem da vida essencial para que a sociedade permaneça em constante harmonia, refletindo a busca dos anseios sociais, que clama por mudança sociopolítico-econômica, fruto das experiências vivenciadas na vigência das Constituições anteriores e que não foram capazes de cumprir com sua função essencial e acarretaram insegurança jurídica.

A Constituição é elaborada considerando os valores e experiências vivenciadas por uma nação e, portanto, esta calcada em um núcleo diretivo que orienta todo o ordenamento jurídico. Tais valores são ideais para reger as relações internas e internacionais do Estado, como se pode extrair dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, consignados nos artigos 1.º e 3.º da Constituição Republicana de 1988.

O doutrinador Luís Roberto Barroso<sup>17</sup> classifica os princípios, levando-se em consideração o grau de destaque no âmbito do sistema e sua

---

<sup>16</sup> CANOTILHO. *Op. Cit.*, p. 1091.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 144.

abrangência, em gerais e setoriais ou especiais:

Os princípios fundamentais, para ele<sup>18</sup>

*São aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado [...] São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado [...]. Esses princípios fundamentais, exprimindo, como já se disse, a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, constituem, também, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limites às mutações constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, estes princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional.*

Os princípios gerais<sup>19</sup>:

*Embora não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são normalmente importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São princípios que se irradiam por toda ordem jurídica, como desdobramento dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direitos.*

E os setoriais<sup>20</sup>:

*São aqueles que presidem um específico conjunto de normas afe-*

---

18 Ibidem, p. 145.

---

19 Idem.

---

20 Idem.

*tas a determinado tema, capítulo da Constituição. Eles irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos.*

De acordo com esta classificação de princípios fornecida, pode-se considerar os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, como princípios fundamentais e, portanto, seriam valores instituídos no ordenamento jurídico em forma de norma-princípio, exigidos pela sociedade, em razão da evolução histórica do direito, num processo de amadurecimento do Estado, que se irradiam por todo ordenamento, e cumprem a função de assegurar uma organização e coerência à totalidade de normas existentes no País, integrando os mais diferentes ramos, com a formação de um sistema global de normas coordenadas e interligadas entre si.

Na Concepção de Hesse, a Constituição é uma “ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade”, uma vez que exerce uma posição de supremacia na ordem jurídica, com previsão de regras, princípios e valores, interagindo com a realidade, que vive em constante e progressiva mutação.<sup>21</sup>

A mutação Constitucional ocorre como consequência da baixa densidade normativa da Constituição e da alta abstração de seus comandos, que garantem um ajuste do seu conteúdo às constantes alterações oriundas da evolução da sociedade, adaptando-se a realidade, sem necessidade de convocação do poder constituinte derivado reformador.<sup>22</sup>

Dessa forma, a Constituição delimita a atuação dos Poderes do Estado, ao determinar regras protetivas da sociedade contra os arbítrios e omissões destes, estabelece parâmetros de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, com certo grau de abstração, em razão das constantes mudanças sociopolítico-econômicas, em prol da manutenção da paz e harmonia social.

---

21 HESSE, Konrad *apud* CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Almedina 1982, p. 133.

---

22 MERLIN, Clève Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo: 2000, p. 26/27.

Nota-se que a Constituição é uma norma aberta, em função do grau de abstração de suas normas, mas especificamente, as regras-princípio, que seriam diretrizes centrais, irradiadoras de ideias ou valores que penetram em todos os ramos jurídicos, dando coerência, organização e integração ao ordenamento jurídico.

Nas palavras de Paulo Bonavides: “Os princípios uma vez constitucionalizados se fazem a chave de todo o sistema normativo”.<sup>23</sup>

É importante destacar que, para esse doutrinador, há hierarquia entre um princípio e uma regra constitucional, porque aqueles são equiparados a valores, aduzindo que a regra tem vigência enquanto que os princípios têm validade.<sup>24</sup>

Tal posicionamento não é pacífico na doutrina, havendo vozes discordantes.

Luís Roberto Barroso, ao mesmo tempo em que afirma não existir hierarquia em sentido normativo, aduz que as normas desempenham funções distintas no ordenamento jurídico, com a existência de uma hierarquia axiológica.<sup>25</sup>

Daniel Sarmento<sup>26</sup>, muito embora não admita a existência de hierarquia formal entre as normas constitucionais, afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana não poderá ceder em nenhuma ponderação com outros princípios, o que leva a crer que admite a existência de uma hierarquia material entre elas.

Em função do destaque dado pelo Constituinte Originário aos princípios fundamentais, ao enunciá-los logo nos primeiros artigos da Cártula, como fundamentos e objetivos da existência do Estado a construir, bem como pelo fato de disciplinarem valores essenciais à sociedade, entende-se

---

23 BONAVIDES, *Op.Cit.*, p. 231.

---

24 Idem.

---

25 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 141/142.

---

26 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 75-76.

que há uma supremacia axiológica entre os princípios constitucionais.

Nesse sentido, Arx Tourinho<sup>27</sup>:

*Em verdade, do ponto de vista axiológico, o princípio fundamental é mais importante do que qualquer outro princípio constitucional, devendo este amoldar-se sempre àquele. Daí porque entendo haver subordinação pelo aspecto hermenêutico entre um princípio constitucional e o princípio fundamental.*

Como se pode notar, o tema é controvertido, havendo posições doutrinárias em diversos sentidos. A corrente clássica, defendida principalmente por Konrad Hesse, no sentido de privilegiar a força normativa da Constituição, não havendo qualquer tipo de hierarquia entre as normas oriundas do Poder Constituinte Originário, perdeu força para a doutrina que vê uma hierarquia axiológica, mas não formal, entre as normas constitucionais, uma vez que as normas-princípio fundamentais disciplinam valores essenciais para o Estado de Direito.

No entanto, há doutrinadores dando destaque à existência de uma hierarquia formal, material, lógica ou axiológica entre as normas constitucionais, que defendem uma relativização da força normativa da Constituição.

É o caso do doutrinador português Paulo Otero<sup>28</sup>:

*Nem todas as normas integrantes de uma Constituição formal têm igual força jurídica: a força normativa da Constituição dependerá, por conseguinte, dos diferentes níveis de força operativa das normas constitucionais, habilitando que deles se extraia uma*

---

27 TOURINHO, Arx. "A Princiologia Fundamental em nossa Ordem Constitucional". V. IX, **Revista Ibero-Americana de Direito**, Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2003, p. 6.

---

28 OTERO, Paulo. "Fragmentação da Constituição Formal". In **O direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil**. (coord.) MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.), São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

*ordenação hierárquica das regras, princípios e valores constitucionais, razão pela qual também aqui se poderá falar em relativização da força normativa do texto constitucional.*

Doutrina esse autor português no sentido da existência de uma “superconstitucionalização de certas normas”<sup>29</sup>, como ocorre, por exemplo, com as chamadas cláusulas pétreas, que seriam o núcleo irreformável da Constituição, e a prevalência dos preceitos definidores de princípios estruturantes fundamentais da Constituição, em comparação com os demais princípios e regras constitucionais.<sup>30</sup>

Ao contrário do que quer transmitir essa corrente doutrinária, é preciso, entretanto, afirmar, que não há hierarquia formal entre as normas constitucionais, haja vista que são fruto do Poder Constituinte Originário, desempenhando a mesma função de manter a paz e harmonia social; mas não se pode duvidar de que há entre as normas valores diversos a serem protegidos, uns de maior importância e preponderância em relação a outros, daí a preocupação do Constituinte de determiná-las como núcleos imutáveis.

Assim, os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil gozam de prevalência lógica e axiológica sobre os demais princípios e regras que não possuem a mesma natureza, preponderando em eventual conflito de normas.

Ressalta-se que no conflito de mais de um valor fundamental da República, como, por exemplo, dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa, o intérprete deverá harmonizá-los, de forma a buscar a solução mais justa para o caso concreto, sem que um valor se sobreponha a outro, já que um depende do outro.

Nota-se que essa ideia já vem consagrada no Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90, ao preceituar no artigo 4.º, inciso III, como princípio da Política Nacional de relações de consumo:

---

29 Ibidem. p. 34.

---

30 Ibidem. p. 37.

*a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com as necessidades de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art.170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.*

Dessa forma, o Jurista deve buscar uma interpretação em consonância com os princípios que fundamentam a República Federativa do Brasil, bem como seus objetivos, mas sempre mantendo a harmonia entre eles, de forma a compatibilizar as demais normas com suas ideias.

A justiça é um dos valores fundamentais, com forte cunho ético-religioso, eis que o homem não tolera as injustiças.

Todavia, a história mostra que pouquíssimas sociedades conseguiram alcançar esse ideal de justiça, prevalecendo na maioria dos países a desigualdade social, racial, política e econômica.

Nesse quadro mundial, o Estado desempenha um papel fundamental para a construção de uma sociedade ideal, sem desigualdades e injustiças, pois dita as regras que devem vigorar em seus limites territoriais, aplicáveis a todos, indistintamente, inclusive aos próprios Poderes do Estado.

Um dos objetivos da República Federativa do Brasil, estatuído no artigo 3.º, inciso I, da Magna Carta, é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, buscando preservar a dignidade da pessoa humana e igualdade social.

Direito e justiça são conceitos que se harmonizam, e a finalidade do direito nada mais é que a realização da justiça, devendo o operador do direito buscar interpretar e aplicar o direito sempre de forma justa.

Nesse sentido é o entendimento do jurista e Des. Sergio Cavalieri Filho:<sup>31</sup>

---

31 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Direito, Justiça e Sociedade**. In Revista da EMERJ. Rio de Janeiro: V.5. n.º 18. 2002. p. 58.

*Direito e justiça são conceitos que se entrelaçam, a tal ponto de serem considerados uma só coisa pela consciência social [...] Sabemos todos, entretanto, que nem sempre eles andam juntos. Nem tudo que é direito é justo e nem tudo que é justo é direito. Por que isso acontece?*

*Isso acontece porque a idéia de justiça engloba valores inerentes ao ser humano, transcendentais, tais como a liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade, equidade, honestidade, moralidade, segurança, enfim, tudo aquilo que vem sendo chamado de direito natural desde a antiguidade. O direito, por seu turno, é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural concebido como técnica para a pacificação social e a realização da justiça. Em suma, enquanto a Justiça é um sistema aberto de valores, em constante mutação, o direito é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-la. E nem sempre o direito alcança esse desiderato, que por não ter acompanhado as transformações sociais, quer pela incapacidade daqueles que a conceberam, e quer, ainda, por falta de disposição política para implementá-lo, torna-se por isso um direito injusto.*

*[...] A criação do direito não é obra exclusiva do legislador, como comumente se pensa e se ensina, mas também, e principalmente, do jurista, do magistrado, do advogado, enfim, de todos os operadores do direito. O que o legislador faz é criar a lei, mas o direito é muito maior que a lei. Mário Moacyr Porto já dizia que a lei não esgota o direito assim como a partitura não esgota a música. A boa ou má execução da música dependerá da virtuosidade do intérprete. O mesmo ocorre no mundo jurídico; não basta conhecer bem a lei para fazer justa aplicação do direito porque a justiça nem sempre estará na lei. O mau operador do direito-advogado ou juiz- transforma uma lei boa em má, ao passo que o bom operador é capaz de dar boa aplicação até a uma lei ruim. Rosah Russomano, em suas Lições de Direito Constitucional (1970, p.302), diz que “norma jurídica tornar-se-á boa*

*ou má, produtiva ou prejudicial, elogiável ou iníqua, não tanto pelo seu conteúdo específico, porém antes e acima de tudo pela própria interpretação que o magistrado lhe imprimir.” E interpretar, pondero, é criar uma concordância aceitável entre o caso concreto e a justiça.”*

Assim, cabe ao Poder Público desempenhar suas funções tendo como premissa que as normas jurídicas devem ser dirigidas ao atendimento dos anseios sociais, e não em benefício próprio, bem como as funções do Estado devem ter como vetores os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, para que a Constituição seja efetivada, de tal forma que cumpra com os ideais almejados pelo Constituinte, como base para a formação de uma sociedade justa.

O Constituinte forneceu o caminho, mas cabe a toda sociedade, principalmente aos Poderes Constituídos do Estado trilharem este caminho para que a sociedade almejada permaneça em paz, sem necessidade de constantes mudanças na ordem constitucional.

Ressalta-se que as recentes decisões dos Tribunais Superiores, tais como o reconhecimento da utilização de células-tronco, produtos transgênicos, reconhecimento da diversidade e liberdade de expressão, encontram coerência nos princípios e objetivos estatuídos na Constituição Federal.

De igual forma, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso e do Torcedor, Novo Código Civil, dentre outras leis, albergam a ideia da preservação desses valores constitucionais, donde se destaca a dignidade da pessoa humana e a cidadania (garantia do mínimo necessário para o cidadão viver em sociedade).

Por fim, podemos concluir afirmando que é dever de todos preservar a harmonia social com condutas lastreadas no parâmetro fornecido pelo Constituinte Originário ao prever os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil para que seja alcançado o Estado Ideal, prevalecendo a harmonia e paz social com a segurança jurídica. ◆

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALBUQUERQUE SILVA, Celso de. **Interpretação constitucional operativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ALEXY, Rbert. CF. MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy”. *In Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2001.

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. “O direito constitucional perante o direito internacional atual”. *In:\_\_\_\_\_*. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**. Rio de Janeiro: ano 4, volume IX, 2003, p. 41-54.

ARAÚJO, Valter Shuenquenerde. **Hierarquização axiológica de princípios: relativização do princípio da dignidade da pessoa e o postulado da preservação do contrato social**. *In:\_\_\_\_\_*. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: n.º 55, 2002, p. 82-100.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. **Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX**. *In:\_\_\_\_\_*. Revista de direito da associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro, Lumen Juris, v. XII, p. 71-87.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 Ed. São Paulo: Malheiros.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed., Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Almedina, 1982.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Direito, Justiça e Sociedade**. *In* Revista da EMERJ. Rio de Janeiro: V. 5. n.º 18. 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 Ed., São Paulo: Ltr, 2004.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Líber Iuris.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELO, Sandro Nahmias. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. *In*: \_\_\_\_\_. Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: RT, ano 11, abril-junho, 2002, n.º 43, p. 82-97.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo**. *In*: \_\_\_\_\_. Revista de direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro, Lumen Juris, v. XII, p. 205-236.

MERLIN, Clève Clémerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo: 2000.

OTERO, Paulo. “Fragmentação da Constituição Formal”. *In* **O direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil**. (coord.) MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.), São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”**. *In*:\_\_\_\_\_. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS. Rio Grande do Sul – Porto Alegre: ano XXX, n.º 89, março, 2003, p. 101-121.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000.

\_\_\_\_\_. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmento de uma teoria**. *In*:\_\_\_\_\_. Revista de direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro, Lúmen Júris, vol. XII, p. 297-332.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio. **Quinze anos de constituição - análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais**. *In*:\_\_\_\_\_. Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS. Ano XXX, n.º 92, Rio Grande do Sul – Porto Alegre, dezembro, 2003, p. 205-234.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 3 ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

TOURINHO, Arx. **A Principiologia Fundamental em nossa Ordem Constitucional.** V. IX, Revista Ibero-Americana de Direito, Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2003, p. 01-13.

# Algumas Considerações sobre a Normatividade Jurídica

**Luiz Eduardo de Castro Neves<sup>1</sup>**

Não pode o juiz se esquivar de seu dever de julgar, ainda que haja lacuna na lei. Neste sentido, os termos do artigo 126 do CPC que dispõe que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não havendo recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.

Como fica claro nem sempre há expressa previsão legal para tratar de alguma matéria. Por esta razão, o legislador foi sábio em estabelecer que a eventual lacuna da lei não poderia implicar a ausência de julgamento – já que tal situação resultaria na manutenção de um conflito sem solução, o que seria de todo indesejado – e também ao dar mecanismos para que a situação fosse resolvida, especialmente a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Registre-se que, mesmo nos casos em que não há expressa previsão legal para tratar sobre determinada matéria, o que justificará o julgamento com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito, nos termos já indicados, caberá ao juiz fundamentar a sua decisão, em vista do disposto no artigo 93, IX da Constituição Federal, que não faz qualquer distinção quanto ao tipo de decisão a ser fundamentada. Na realidade, diante da ausência de dispositivo legal específico, ainda mais importante se torna a fundamentação.

Não há dúvida de que nem sempre a identificação do dispositivo legal a ser aplicado é uma questão simples. De fato, se, como visto, é possível não haver qualquer dispositivo legal para tratar de determinada matéria,

---

<sup>1</sup> Juiz Titular da 15ª Vara Cível, em exercício na 2ª Turma Recursal Cível.

em outros casos acontece que a questão pode ser resolvida por mais de um artigo ou por mais de um princípio juridicamente tutelado.

Nestes casos, diante do choque entre princípios, o juiz deve escolher qual o direito a ser tutelado, o que certamente deverá ser feito diante de um exame dos bens jurídicos tutelados e da importância de que seja resguardado cada um dos princípios em discussão, o que, como visto, deve ser devidamente fundamentado.

Neste particular, cabe lembrar dois princípios constitucionais que, por vezes, entram em choque. São eles: o direito à privacidade e o direito à informação, assegurados pelo artigo 5º, X e XIV da Constituição Federal, respectivamente.

Não há como se verificar, em tese, uma prevalência de um princípio sobre o outro, já que ambos estão assegurados entre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Assim, o exame deve ser feito diante de um caso concreto.

Cumprindo lembrar sobre a questão, a discussão ocorrida em decorrência da publicação de livro sobre a vida do cantor e compositor Roberto Carlos, fato que gerou polêmica, diante do confronto na aplicação dos referidos princípios, ambos arrolados dentre os direitos fundamentais, como acima mencionado.

Se de um lado, há, em tese, o interesse do público em saber mais sobre a vida do famoso artista, há, de outro, o interesse do próprio artista em ver resguardada a sua privacidade, sua intimidade e até mesmo evitar que fatos de sua vida particular sejam tornados de conhecimento do público.

Note-se que é preciso fazer uma distinção entre informações de interesse público e de interesse do público. Certamente, fatos sobre a vida de um artista não poderiam ser enquadrados em informação de interesse público, especialmente se o artista não é candidato a nenhum cargo público. De fato, se alguém resolve publicar um livro sobre a vida de algum político, pela posição que ele ocupa na sociedade, certamente os fatos devem ser classificados como de interesse público e, portanto, haver menos restrições sobre a publicação, ainda que resguardado ao político o direito de contestar as informações e até mesmo pleitear danos por eventuais informações

falsas que tenham sido escritas a seu respeito.

No caso de alguma celebridade, no entanto, parece evidente que as informações devem ser classificadas como de interesse do público e, neste sentido, se perguntar se tem o artista qualquer interesse em ver publicados fatos sobre a sua vida íntima.

Em relação ao livro sobre o cantor Roberto Carlos, pelo que foi divulgado pela mídia, grande parte das informações prestadas foram coletadas em consultas feitas com amigos do artista e tão logo ele tomou conhecimento sobre o intuito de alguém fazer um livro sobre sua vida, notificou a seus amigos que não teria interesse em tal publicação, o que fez com que seus amigos deixassem de prestar novas informações. Como se vê, a coleta de informações desta forma certamente torna o relato mais íntimo do que o trabalho de conseguir informações através de busca em jornais e revistas antigas, o que certamente faz com que o trabalho seja menos factual e tenha uma maior abordagem sobre a intimidade do artista.

Embora o escritor tenha se declarado um fã do “rei” e, como protesto diante da recusa do artista em ver a biografia publicada, reclamado que “sua estupidez não te deixe ver que eu te amo”, em referência a uma das canções do artista, não há dúvida de que havia um grande interesse comercial por trás do lançamento do livro. É inegável que, diante do enorme sucesso do artista, a quem chamamos de “rei”, era natural que um livro sobre sua obra atraísse a atenção de muitos fãs, sendo de se perguntar se a pessoa tem direito a evitar que informações, algumas até possivelmente fantasiosas, sejam tornadas públicas.

Ainda que se possa afirmar que eventual excesso por parte do escritor poderia ensejar uma reparação civil, certamente ela se mostraria totalmente despropositada para um dos cantores mais bem sucedidos do país. De outro lado, se a questão fosse apenas resumida ao aspecto da reparação, teria o autor do livro inegável vantagem com a publicação, na medida em que certamente os lucros da publicação seriam superiores ao que seria estabelecido em eventual reparação.

Além disto, mesmo que todas as informações sejam verdadeiras, deve ser questionado se algum artista tem interesse que um escritor pro-

cure obter renda através de publicação não autorizada de sua biografia, contando fatos de sua vida pessoal.

Não há dúvida de que a análise dos princípios constitucionais acima referidos deve ser feita com cuidado, até mesmo para que não implique uma forma de censura, especialmente porque, ainda sob ótica musical, como diria Caetano Veloso, “é proibido proibir”.

No entanto, parece que a questão resultaria em censura injustificada se o fato estivesse relacionado a uma questão de interesse público, o que, como visto, não é o caso em discussão, que trata de evidente interesse do público. Por esta razão, diante do evidente choque entre o direito de informação (relacionado ao interesse do público e não ao interesse público) e o direito à privacidade, parece que acertada a opção que escolhe por este segundo princípio.

Note-se que tal discussão também se verifica em questões de menor ou de nenhuma repercussão na mídia. Em processo julgado na 2ª Turma Cível, no qual fui relator, havia interessante debate sobre os referidos princípios. No caso, uma autora ingressou com ação contra um jornal de grande circulação pretendendo ser indenizada por danos morais por alegar que o jornal tinha noticiado um assalto em sua residência e publicado o nome e profissão da autora, além do local da residência. Tal situação teria, segundo alegado pela autora, exposto sua privacidade, além de envolver um maior risco à sua segurança, especialmente porque outras residências na localidade também tinham sido assaltadas.

Em sua defesa, o jornal alegava que as informações tinham sido coletadas em uma Delegacia Policial e que, portanto, seriam públicas. Além disto, o jornal sustentava que havia interesse da população em saber do fato, em respeito ao dever de prestar informação, inerente à atividade do jornal.

Neste particular, se de um lado, a publicação poderia implicar exposição da autora, poderia se argumentar que a exposição do fato na mídia faria com que o Poder Público se sentisse na obrigação de tomar providências para evitar que outros incidentes ocorressem e colocassem em xeque a segurança pública.

Aqui também fica claro o choque entre o dever de informação, neste caso de evidente interesse público, e o de privacidade. Diante de tal conflito, entendeu o magistrado de primeiro grau que houve um excesso por parte do jornal. De fato, não há dúvida de que poderia ter ocorrido a publicação da notícia, informando sobre eventual onda de assaltos ocorrida em determinada região da cidade, de forma a forçar o Poder Público a se empenhar em capturar os assaltantes, sem que tivesse colocado o nome e a profissão da autora. Tal situação certamente expôs a autora indevidamente, o que justificou a fixação em indenização, que, pelo que me recorde, foi arbitrada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Diante de tal decisão, houve recurso de ambas as partes: a autora entendendo que a indenização tinha sido fixada em patamar baixo e do jornal por entender que não havia qualquer motivo para que fosse fixada indenização, já que teria apenas cumprido o seu dever institucional.

Em vista da ponderação de interesses da causa, a 2ª Turma Recursal Cível entendeu que a sentença estava adequada, e manteve a decisão nos termos em que foi proferida. Com efeito, por certo houve excesso por parte do jornal, tendo indevidamente exposto a autora, mas o valor da indenização pareceu razoável para o referido órgão julgador.

Outra questão interessante acerca da normatividade é da possibilidade de julgamento por equidade. Neste particular, nos julgamentos dos Juizados Especiais Cíveis devem-se observar os termos do artigo 6º da Lei nº 9.099/95 que dispõe que “o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

Neste particular, cabe lembrar situação recorrente nos Juizados Especiais Cíveis que é a referente a questionamentos sobre valores cobrados por concessionária de serviço público, de água ou de luz, por exemplo. Com efeito, é comum que consumidores reclamem de cobrança em determinado mês, em valor muito superior à média de consumo apresentada nos meses anteriores.

Em geral, a defesa das prestadoras de serviço se baseia na necessidade de perícia, que consideram necessária para que demonstrem que o va-

lor cobrado correspondia efetivamente ao consumo cobrado. No entanto, em regra, tal prova não é considerada indispensável para o julgamento da lide.

Com efeito, se em apenas um ou dois meses há um pico muito elevado de consumo, sem que haja nenhuma justificativa para isto, certamente cabe à prestadora de serviço apresentar algum laudo que justifique tal medida. É claro que não estão em discussão os casos naturais de aumento de consumo, como, por exemplo, o aumento do consumo de água e luz no verão ou de gás no inverno. O que se analisa é o aumento pontual e excessivo, desassociado da média de consumo até mesmo do ano anterior, quando tais causas naturais de aumento também ocorreram sem que tenham resultado em aumento expressivo do consumo.

Nestes casos, em regra, as prestadoras do serviço não apresentam qualquer prova de que o consumo cobrado esteja regular, o que poderia ser feito com a apresentação de um laudo técnico confiável, limitando-se a alegar a necessidade de perícia.

Assim, diante dos termos do referido artigo e da ausência de prova em sentido contrário, adota-se como valor do consumo, a média dos meses anteriores, observado o princípio assegurado no referido artigo.

Como fica evidente, na difícil missão de julgar, poderá o magistrado se deparar com choque de dispositivos legais ou de princípios juridicamente tutelados, ou com a ausência de dispositivos legais para regular a matéria em debate, o que não o isentará do seu dever de dar solução ao caso em decisão devidamente fundamentada. ♦

# O Impacto Socioeconômico das Sentenças

**Luiz Roberto Ayoub<sup>1</sup>**

## INTRODUÇÃO

O tema em questão induz a uma reflexão sobre o papel do juiz no sistema socioeconômico de um país, mormente em razão das transformações havidas ao longo das últimas décadas, que demandam um juiz novo, comprometido com o bem-estar social.

O juiz contemporâneo deve estar atento à repercussão social de suas decisões, considerando seus reflexos socioeconômicos no país. Uma decisão, tomada de forma isolada, é capaz de gerar consequências danosas para todo o sistema de um país, fato que reclama uma releitura do papel das instituições responsáveis pela formação desses profissionais. Muitas vezes a solução de um caso concreto pelo magistrado, de forma imediata, pode parecer estar em conformidade com o ordenamento jurídico vigente, mas, de fato, pode resultar em enorme prejuízo para o sistema em geral.

Em apertada síntese, podemos afirmar que o juiz não deve se limitar à superficial adequação do comportamento à regra jurídica, mas levar em consideração várias determinantes daquele caso concreto, buscando ter uma visão prospectiva de sua decisão, objetivando avaliar seus impactos na sociedade.

Deve adaptar o conteúdo da regra àquilo que realmente a norma inspira. O magistrado é chamado a integrar os comandos legais que estão cada vez mais abertos, prestigiando princípios e valores invocados pelo novo Código Civil, tais como a eticidade, a função social dos contratos e a

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 1ª Vara Empresarial - Capital.

boa-fé objetiva (arts. 113, 421 e 422 do CC), além daqueles já consagrados em nossa Constituição Federal, tais como a dignidade da pessoa humana, os fins sociais, as exigências do bem comum e a solidariedade.

Deve, sempre, ter em mente que uma decisão, não raro simplista, pode ter uma repercussão de enorme relevância para o país. Esse é o motivo pelo qual os estudiosos modernos mostram preocupação com a formação interdisciplinar dos magistrados, viabilizando, assim, seu aperfeiçoamento integral e preparando-o para os desafios que enfrentará na judicatura.

### DESENVOLVIMENTO

É fato que legislações são criadas a partir da verificação do mundo externo, que orienta o legislador a editar regras de conduta ou comportamento. Não é possível, contudo, chegar-se a uma conclusão igualmente simplista acerca das consequências da aplicação da regra ao caso concreto.

A Constituição e as leis primam pelo cuidado do bem maior que é a vida e, por isso, as regras de conduta impõem ao magistrado um agir de forma a preservar o bem maior. Contudo, é indispensável a necessidade de verificação de uma decisão isolada em relação ao sistema, porquanto tal decisão pode acarretar indesejável impacto, por exemplo, no orçamento da saúde, que, como sabemos, já é tão precário e acaba por prejudicar todos aqueles que dependem daquele mercado.

Tal situação pode satisfazer imediatamente um problema individual e inviabilizar a solução de outros da mesma natureza, também tão importantes quanto. O julgador deve sempre ponderar sobre os direitos e interesses envolvidos na solução dos casos submetidos ao exame, formando seu convencimento com consciência de sua responsabilidade social. Dentro do possível, deve buscar aumentar a abrangência de opiniões de pessoas abalizadas em determinadas questões, como verdadeiros amigos da corte, objetivando decidir de forma justa, sem comprometer, repita-se, todo o sistema. Tudo porque não somos dotados de conhecimentos de outras áreas do saber. O conhecimento do direito, por si só, é insuficiente para a garantia da proteção de valores tão caros por todos nós.

Tal mudança de comportamento não se limita à atuação do juiz contemporâneo, e as próprias legislações já sinalizam a necessidade de se adequarem à realidade, objetivando conferir decisões juridicamente corretas, mas que não se distanciem da realidade econômica, social e política.

Preocupado com o dinamismo social, com as oscilações políticas e econômicas experimentadas no país, o direito a ele se adequa trazendo novidades legislativas que servem como ferramentas para o desempenho do juiz de sua tarefa de julgar.

A título de exemplo, cite-se a nova moldura conferida pela Lei Federal nº 9.868/99 que, em seu art. 27, dispõe-se sobre a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal, através de sua maioria absoluta, conferir modulação dos efeitos evitando, assim, que decisões judiciais acabem por comprometer todo o sistema, prejudicando a economia do país, trazendo consequências sociais indesejáveis. Nesse contexto, torna-se necessária a relativização ou mitigação dos efeitos da decisão que declara inconstitucionalidade de determinada norma jurídica. Ao aplicar os efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* nessas decisões, observa-se, como já foi dito, os primados da segurança jurídica e boa-fé em prol do interesse público.

Veja-se, a respeito, a redação do dispositivo legal em questão:

***Art. 27: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.***

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de aplicar efeitos prospectivos à decisões judiciais, em situações excepcionais em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema vigente. É a prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro*.

Cito, como exemplo, decisão havida no Recurso Extraordinário nº 266994/SP, cuja relatoria coube ao eminente Ministro Maurício Corrêa, com julgamento em 31/03/2004, pelo Tribunal Pleno.

Assim dispôs:

***“RECURSO EXTRAORDINÁRIO, MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, INCISO IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inc. IV, da Constituição Federal (...) 7. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário não conhecido.”***

Cabe salientar que a Suprema Corte Nacional, antes mesmo da edição da norma citada, já vinha aplicando a modulação dos efeitos de suas decisões, tudo em respeito ao binômio segurança jurídica e estabilidade das relações que, como cediço, nos conduz ao que o direito persegue, que é a paz social.

Registre-se, por oportuno, que existem posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários pela aplicação do dispositivo em sede de controle difuso.

Com efeito, percebendo a importância da novel legislação, doutrina e jurisprudência construíram o entendimento de que a aplicação prospectiva de decisões judiciais também pode ser realizada pelos tribunais inferiores, não somente o Supremo Tribunal Federal, conforme pode ser observado no trabalho de Demetrius Almeida Leão e Soraya Ferreira Costa<sup>2</sup>, **Modulação de efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade**, cujo resumo diz:

*“Os efeitos operados pela decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade são, via de regra, ex tunc e inter partes. Todavia, excepcionalmente, por relevante interesse social e razões de segurança jurídica, admite-se a modulação dos efeitos dessa decisão, permitindo-se que a mesma tenha efeitos prospectivos elou **erga omnes**. Objetiva-se, pois, analisar as implicações advindas da possibilidade de utilização dessa técnica em fiscalização incidental, à luz da legislação pertinente e da jurisprudência pátria”.*

(...)

A reforma proposta pela comissão de juristas notáveis, liderada pelo eminente Ministro Luiz Fux, não se distanciou dessa realidade e avançou nesse tema, consagrando a modulação dos efeitos decorrentes da mudança de comportamento da jurisprudência. Observe-se que avançou em relação à legislação vigente, porquanto estabeleceu, repita-se, a modulação em decorrência da alteração do entendimento da jurisprudência em determinadas questões.

Veja-se, a propósito, a redação do artigo 847, V, do Projeto de Lei nº 166/2010 em tramitação no Congresso Nacional, inclusive mantido na íntegra nas alterações apresentadas no relatório geral do Senador Valter

---

2 Msc. Demetrius Almeida Leão, Bela. Soraya Ferreira Costa; **Modulação de efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade**; 2011; Disponível em: <http://www.revista.uepb.edu.br/index.php/article/1162/599/> Acesso em: 19 abril 2012 .

Pereira, dispõe que:

**“Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:**

**I-.....**

**II -.....**

**III-.....**

**IV-.....**

**V - Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.**

**§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo da estabilidade das relações jurídicas.**

**§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.**

**(...)**

## CONCLUSÃO

O papel do julgador é muito mais dinâmico e não se restringe à mera adequação do caso concreto à norma jurídica (regras de comportamento impostas aos indivíduos dentro da sociedade, sob pena de sanção pelo descumprimento). Diante desse cenário, devem os juízes refletir sobre as consequências de suas decisões, estando atentos aos princípios informativos do sistema.

O juiz moderno torna-se cada vez mais agente político, buscando disciplinar os efeitos das normas criadas pelos parlamentares em prol da efetivação de uma sociedade mais justa. Busca-se, com isso, uma revisão da formação do magistrado contemporâneo, que não pode se satisfazer com o conhecimento jurídico, mas que necessita de um alargamento do conhecimento, transitando por outras áreas do saber. Política, economia, administração devem ser fatores determinantes na elaboração das sentenças em razão do consequencialismo jurídico.

Tal instituto é traduzido pelo estilo de julgamento em que o juiz analisa as peculiaridades do caso concreto e reflete sobre as consequências metajurídicas do julgado a ser proferido, indo além do processo e adentrando no impacto social e econômico de suas decisões.

Institutos rígidos até então, hoje se encontram relativizados, objetivando harmonizar decisões judiciais em relação às consequências políticas, econômicas e sociais, tudo em nome da justiça e do bem estar de uma nação. ♦

## REFERÊNCIAS

Msc. Demetrius Almeida Leão, Bela. Soraya Ferreira Costa; **Modelação de efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade**; 2011; Disponível em: <http://www.revista.uepb.edu.br/index.php/article/1162/599/> Acesso em: 19 abril 2012 .

# O Superendividamento do Consumidor de Crédito

Marcello Alvarenga Leite<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho, em consonância com o estabelecido no Ato Regimental n.º 03/2011 da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), busca examinar a questão do superendividamento do consumidor de crédito.

Segundo o professor Silvio Javier Battello, o superendividamento é um fenômeno que assola diversas sociedades ocidentais e é caracterizado pelo consumo massificado.<sup>2</sup>

O representante do Ministério Público, Geraldo de Faria Martins da Costa, noticia que a situação de superendividamento é caracterizada, no direito francês, pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé pagar o conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e a vencer (artigo L. 331-2 do *Code de la Consommation*).<sup>3</sup>

## DESENVOLVIMENTO

A ilustre professora Cláudia Lima Marques define 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>4</sup>

---

1 Juiz de Direito da 6ª Vara Cível de Madureira.

---

2 Battello, Silvio Javier, in **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito** / Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi coordenação, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 211.

---

3 Da Costa, Geraldo de Faria Martins, p. 232.

---

4 Marques, Cláudia Lima, in **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito** / Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi coordenação, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 211.

Atualmente, a boa-fé, além de um critério de qualificação do comportamento humano, impõe deveres e constitui verdadeira norma de conduta.<sup>5</sup>

Conforme leciona Geraldo de Faria Martins da Costa, a obrigação de informar baseia-se na confiança que o consumidor deposita no profissional que detém os conhecimentos técnicos da operação de crédito ofertada. A veracidade e a lealdade, como deveres anexos à boa-fé, delimitam o cumprimento do dever de informar.<sup>6</sup>

Ressalta o referido doutrinador que não só a omissão dolosa deve ser combatida. O ordenamento jurídico persegue um consentimento esclarecido pelo cumprimento adequado do dever de informar. Os objetivos são a prevenção de litígios e o estímulo à escolha racional do tomador de crédito.

No direito pátrio inexistente uma norma específica para o enfrentamento do problema do superendividamento do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei n.º 8.078, de 11.09.1990) e o Código Civil (CC - Lei n.º 10.406, de 10.01.2002) não abordam a questão da massificação da oferta de crédito e o endividamento do consumidor.

Para a professora Cláudia Lima Marques faz-se necessário elaborar regras específicas sobre os deveres de boa-fé, informação, cuidado e cooperação para evitar o superendividamento. Recomenda a ilustre doutrinadora a elaboração de projeto de lei que trate de temas relativos ao controle da publicidade e informação sobre o crédito, facilitando o direito de arrependimento do consumidor, bem como impondo a vinculação entre o pagamento, os contratos acessórios e o principal.<sup>7</sup>

Segundo o palestrante Antonio Laert Vieira, advogado e presidente da Comissão do Direito do Consumidor do Instituto dos Advogados Brasileiros, será enviado ao Senado Federal, no mês de março de 2012,

---

5 Negreiros, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

---

6 *Op. Cit.*, p. 238/239.

---

7 *Op. Cit.*, p. 308.

Projeto de Lei alterando o Código de Defesa do Consumidor (CDC), com o intuito de estabelecer um regramento para a prevenção e o tratamento do superendividado.

O citado Projeto de Lei tem por finalidade atualizar o Código de Defesa do Consumidor (CDC), incluindo princípios referentes à concessão de crédito ao consumidor e, conseqüentemente, prevenindo o superendividamento do consumidor.

Justifica-se a normatização em decorrência do maior acesso pela população brasileira ao crédito, a produtos e serviços. Tem-se por intuito o reforço de direitos do consumidor à informação, transparência, lealdade, bem como de cooperação nas relações de crédito.

A citada proposta busca atualizar, e não reformar, as normas existentes no Código de Defesa do Consumidor (CDC), referentes à informação, intermediação e oferta de crédito. Impõe a prestação pelo fornecedor de informações que permitam ao tomador decidir e refletir sobre a necessidade e o uso adequado do crédito.

Fixa o citado projeto regras para a publicidade de oferta de crédito. Tem este por escopo o reforço do vínculo de solidariedade entre os fornecedores de crédito e seus intermediários no cumprimento dos deveres de informação e cooperação, bem como de coligação entre o negócio principal de fornecimento de produtos e serviços com o contrato, dependente, de crédito ao consumidor.

Estatui como garantia a preservação de parcela da remuneração do consumidor que represente o “mínimo existencial”, em especial se o pagamento do crédito envolver autorização prévia do consumidor pessoa física para débito direto em conta corrente, consignação em folha de pagamento ou qualquer modo que implique retirada de parte da remuneração.

Sobre a questão da limitação dos débitos em conta corrente, a jurisprudência pátria, com fulcro nos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, bem como se utilizando da analogia para a solução dos conflitos, tem limitado os descontos a 30% (trinta por cento) da remuneração.

O fundamento utilizado é o relevante interesse social na compen-

sação do desequilíbrio técnico e financeiro, que se estabelece entre o fornecedor do serviço e o consumidor individual que busca a obtenção de crédito.

Lado outro, o salário é verba de natureza alimentar, não sendo possível a sua apropriação integral por parte dos credores, sob pena de ser inviabilizado o próprio pagamento da dívida. Coloca-se em risco a subsistência da parte devedora e, portanto, dissocia-se da finalidade social inerente aos contratos.

Ademais, o superendividamento em razão da má concessão de crédito pelas instituições financeiras é situação prejudicial à própria ordem econômica e social, valor consagrado constitucionalmente. Configura-se como prática abusiva e não deve ser tolerada pelo operador do Direito.

Como destacado acima, os deveres anexos de proteção, lealdade e cooperação decorrem do corolário da boa-fé objetiva, razão pela qual as partes devem zelar, desde a fase pré-contratual e, até mesmo, nos momentos posteriores à celebração e ao cumprimento do negócio jurídico.

Os valores necessários à subsistência mínima do devedor e da sua família, evidentemente, não podem ser integralmente sacrificados para que se privilegie o pagamento imediato de financiamento, seja por meio de empréstimos consignados ou pela emissão de cheques para pagamento mensal do débito, pois se tratam de práticas assemelhadas, que atraem a mesma razão de decidir.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou sobre o tema, como se observa dos seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. LEGALIDADE DA AVENÇA. MENORES TAXAS DE JUROS. LIMITAÇÃO DO DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO DO TRABALHADOR. PERCENTUAL DE 30%. PREVISÃO LEGAL. EQUILÍBRIO ENTRE OS OBJETIVOS DO CONTRATO E A NATUREZA ALIMENTAR DO SALÁRIO. 1. Não incidem as Súmulas 05 e

07 do STJ quando os fatos delineados pelas instâncias ordinárias se revelarem incontroversos, de modo a permitir, na via especial, uma nova valoração jurídica, com a correta aplicação do Direito ao caso concreto. 2. Este Tribunal Superior assentou ser possível o empréstimo consignado, não configurando tal prática penhora de salário, mas, ao revés, o desconto em folha de pagamento proporciona menores taxas de juros incidentes sobre o mútuo, dada a diminuição do risco de inadimplência do consumidor, por isso a cláusula contratual que a prevê não é reputada abusiva, não podendo, outrossim, ser modificada unilateralmente. 3. Entretanto, conforme prevêem os arts. 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003, 45 da Lei 8.112/90 e 8º do Decreto 6.386/2008, a soma dos descontos em folha referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil não poderá exceder a 30% (trinta por cento) da remuneração disponível do trabalhador. É que deve-se atingir um equilíbrio (razoabilidade) entre os objetivos do contrato e a natureza alimentar do salário (dignidade da pessoa humana). Precedentes do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”<sup>8</sup>

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONSIGNAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITE DE 30%. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Tendo em vista o caráter alimentar dos vencimentos e o princípio da razoabilidade, mostram-se excessivos, na hipótese, os descontos referentes às consignações em folha de pagamento em valor equivalente a 50% da remuneração líquida do recorrente, de

8 STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1223838/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011.

modo que lhe assiste razão em buscar a limitação de tais descontos em 30%, o que assegura tanto o adimplemento das dívidas como o sustento de sua família. 2. Recurso ordinário provido.<sup>9</sup>

Neste sentido, existem vários precedentes no egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), conforme se depreende das ementas abaixo trasladadas:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PLEITEADA PARA O FIM DE CESSAR OU LIMITAR DESCONTOS REALIZADOS NA CONTA CORRENTE DA AUTORA COM VISTAS A IMPEDIR O CONFISCO DE SEU SALÁRIO. DESCONTOS QUE AFRONTAM O ART. 1º, III DA CRFB E 649, IV DO CPC. SUPERENDIVIDAMENTO. ABUSO DO DIREITO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO. VIOLAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS DE LEALDADE, PROTEÇÃO E COOPERAÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 6º, § 5º DA LEI 10.820/2003, QUE REGULA OS DESCONTOS DE PRESTAÇÕES EM FOLHA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES JÁ DESCONTADOS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO PARA LIMITAR OS DESCONTOS EFETUADOS A, NO MÁXIMO, 30% (TRINTA POR CENTO) DE SEU SALÁRIO, SOB PENA DE MULTA. - Ainda que a autora tenha consentido que o réu efetuasse o desconto automático das parcelas do empréstimo em sua conta corrente, não pode o banco se apropriar da integralidade do salário do correntista, na medida em

9 STJ, RMS 21.380/MT, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 30/08/2007, DJ 15/10/2007, p. 300.

que constitui verba necessária à sobrevivência do mesmo e de sua família, sob pena de contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana. - Devem as instituições financeiras restringir a concessão de crédito a uma avaliação prévia da capacidade de endividamento de seu cliente, de maneira que apenas seja conferido crédito naquilo que se mostrar compatível com sua capacidade econômica, com sua renda mensal. Tal dever constitui corolário lógico do princípio da boa-fé objetiva, na figura dos deveres anexos de proteção, lealdade e cooperação, que preconizam que as partes se abstenham de causar dano uma à outra, ou de atuar de forma desonesta ou desleal, devendo velar para que o objeto do contrato seja cumprido de forma adequada. - Há prova inequívoca da verossimilhança das alegações autorais no sentido do comprometimento de quantia indispensável à subsistência da agravada em razão dos descontos efetuados pelo agravante, assim como do perigo em aguardar a decisão final de mérito na ação declaratória de nulidade de cláusula contratual diante do caráter alimentar da importância sobre a qual incidem os descontos. Decisão que deve ser reformada para o fim de deferir, em parte, a limitação pleiteada, com base no art. 6º, § 5º da Lei nº 10.820/2003, que regula os descontos efetuados em folha de pagamento, aplicável ao caso por analogia. - Não se pode compactuar com o confisco da remuneração da correntista, entretanto, também não é curial inviabilizar, por completo, o direito do banco de receber a contraprestação devida em razão da celebração do contrato de empréstimo, devendo o julgador se valer do princípio da razoabilidade para restringir os descontos até o montante que se mostrar necessário a assegurar a sobrevivência da parte. - Provimento parcial do agravo, monocraticamente, para o fim de determinar que o réu se abstenha de proceder a descontos que excedam a 30% (trinta por cento) do valor depositado a título de salário na conta da agravante, sob pena

de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).”<sup>10</sup>

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. DESCONTO DIRETO EM CONTA CORRENTE NA QUAL A AGRAVADA PERCEBE O SEU SALÁRIO. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS MENSAIS AO PERCENTUAL DE 30% DOS VENCIMENTOS. Recurso interposto contra decisão que limitou os descontos na conta corrente em 30% dos vencimentos da Autora, ora Agravada, com vistas ao pagamento de empréstimos contratados. É entendimento majoritário deste Tribunal que não é lícito às instituições financeiras, ainda que sob o pálio de cláusula contratual permissiva, se apropriarem da totalidade ou de quantia substancial do salário ou dos benefícios previdenciários percebidos por seus correntistas, a título de compensação de dívida, independentemente da solidez e certeza do crédito perquirido. Não há como se negar a justeza e correção da decisão agravada no ponto em que deferiu a liminar para limitar os descontos mensais sobre os vencimentos da correntista, estando tal medida amparada pelo ordenamento jurídico e em perfeita consonância com a maciça jurisprudência deste E. TJ/RJ e do C. STJ, sendo irrelevante se a conta denomina-se corrente ou salário, uma vez que, de fato, os descontos bancários são procedidos na mesma conta em que são efetivados os depósitos de salários da Agravada. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.”<sup>11</sup>

Adotando a mesma linha de raciocínio, foi editado o enunciado n.º

---

10 TJRJ, NONA CÂMARA CIVEL, DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA, AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0039060-63.2009.8.19.0000 (2009.002.26170), data do julgamento: 16/07/2009.

---

11 TJRJ, SEGUNDA CÂMARA CIVEL, DES. ELISABETE FILIZZOLA, AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0007897-31.2010.8.19.0000, data do julgamento: 23/02/2010.

148 do Encontro de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Aviso n.º 100/20110), que constitui jurisprudência predominante do citado órgão jurisdicional, que ora se transcreve:

*“148 – Na hipótese de superendividamento decorrente de empréstimos obtidos de instituições financeiras diversas, a totalidade dos descontos incidentes em conta corrente não poderá ser superior a 30% do salário do devedor.”*

### CONCLUSÃO

A sociedade e o Poder Judiciário devem, portanto, atentar ao cumprimento da obrigação do fornecedor de informar adequadamente o consumidor. Frise-se que da análise conjunta dos incisos III do artigo 4º, III do artigo 6º, do artigo 52, dos parágrafos 3º e 4º do artigo 54, todos da Lei n.º 8.078, de 11.09.1990, nota-se que é direito básico do consumidor a obtenção de informação prévia, adequada, completa e escrita de forma clara quando contrata produtos ou serviços que envolvam a concessão de crédito.

Conclui-se que o Projeto de Lei, com fulcro nos princípios da boa-fé e da conduta responsável dos fornecedores de crédito ao consumidor, tem por aspecto fundamental a prevenção das situações de superendividamento, fornecendo ao operador do Direito instrumental para a defesa do consumidor. ♦

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Battello, Silvio Javier, *in* **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito** / Claudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi coordenação, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Da Costa, Geraldo de Faria Martins, *in* **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito** / Claudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi coordenação, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Da Costa, Geraldo de Faria Martins, **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**, São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Marques, Cláudia Lima, *in* **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito** / Claudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi coordenação, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Negreiros, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de janeiro: Renovar, 2006.

# Algumas Considerações sobre a Lei dos Juizados Fazendários

Marcelo Mondego de Carvalho Lima<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O preclaro Rui Barbosa expôs que “*a palavra é o instrumento irresistível da conquista da liberdade*”.

Estamos diante de transformações sociais mais intensas em razão da chamada “globalização”, sendo a “internet” e a televisão exemplos de instrumentos dinâmicos de fruição da palavra.

Nessa mesma semana, tivemos notícias da cirurgia do Presidente da Venezuela, das críticas do secretário-geral da Fifa acerca da Copa de 2014 no Brasil, do acordo extrajudicial envolvendo empresa petrolífera que causou desastre ambiental no Golfo do México no ano de 2010, e, é claro, do título de campeão da Taça Guanabara ao Fluminense.

Cada vez mais é preciso discutir a necessidade ou não de normatização de determinados fatos sociais, sem processos legislativos longos e onerosos do Erário, a fim de se evitar a insegurança nas relações sociais, sociedade essa não raramente carecedora de regras casuisticamente determinadas.

As normas jurídicas desde Justiniano, mesmo que a maior parte da população daquela época fosse analfabeta e não tivesse a compilação daquelas regras, sempre serviram para orientar e disciplinar a ação ou a omissão das pessoas, delimitando o direito e o dever. Apesar de ser inevitável a existência de lacunas na lei – e nem se pretende prever todas as situações jurídicas possíveis – as normas jurídicas promovem o equilíbrio e a segu-

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do I Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

rança ao grupo social a ela submetido.

No Código Civil francês de 1804 (chamado de Código Napoleão), pela primeira vez houve menção de que não se poderia alegar o desconhecimento da lei. Assim, a codificação de Napoleão não era aplicável somente em determinada região, mas em todo o País.

Deste brevíssimo histórico, verifica-se que as normas jurídicas são fundamentais à vida em sociedade.

Através da hermenêutica, compete aos aplicadores do direito a devida interpretação da norma jurídica, extraíndo-se sua essência.

### **A Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**

É exatamente nesse ponto que passo a analisar algumas normas jurídicas oriundas da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009 que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Em razão do disposto no parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 12.153/2009, não há dúvida alguma de que os Juizados Especiais formam um sistema, e que, no caso dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, aplicam-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, a Lei nº 9.099/95 e a Lei nº 10.259/01, tudo *ex vi* do art. 27, daquela primeira Lei.

Citem-se os aludidos dispositivos legais:

*“Art. 1º (...)*

*Parágrafo único. O sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal é formado pelos Juizados Especiais Cíveis, Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais da Fazenda Pública.*

*“Art. 27. Aplica-se subsidiariamente o disposto nas Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001”.*

Daí, ao operador do direito são apresentadas muitas normas jurídicas, previstas em leis distintas, editadas em períodos variados e com motivações setoriais, muitas vezes de caráter complementar, outras conflitantes, e que devem ser interpretadas com base em seus princípios informativos e costumes.

Após uma breve análise da Lei nº 12.153/2009, pode-se notar que não houve uma normatização intensa acerca do procedimento a ser adotado nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, até porque apenas foram editados 28 (vinte e oito) artigos.

Assim, sem discutir a constitucionalidade, quanto à competência legislativa sobre a matéria de direito processual, da Lei nº 5.781, de 01 de julho de 2010, do Estado do Rio de Janeiro, nesta houve previsão expressa acerca do processo judicial nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, mas, de qualquer forma, ainda há lacunas que demandam a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, da Lei nº 9.099/95 e da Lei nº 10.259/01.

### **CAUSAS DE “INTERESSE” DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL, DOS TERRITÓRIOS E DOS MUNICÍPIOS**

De acordo com o art. 2º, da Lei nº 12.153/2009, os Juizados Especiais da Fazenda Pública são competentes para processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios:

*“Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos”.*

Com base nesse dispositivo, alguns operadores do direito entenderam que qualquer causa de “interesse” dos citados entes seria da compe-

tência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Assim, por exemplo, o Município estaria apto a figurar no polo ativo das causas processadas nos Juizados, ou nas causas entre pessoas jurídicas de direito privado que envolvessem tributação – o interesse do ente estatal justificaria o deslocamento da competência à justiça especializada.

Entretanto, nos Juizados Especiais da Fazenda Pública somente podem figurar como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas (art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.153/2009). Inexiste, portanto, a possibilidade de o Município propor ações naquela justiça especializada, tampouco ser apreciada nos Juizados Especiais da Fazenda Pública as causas em que o ente estatal possua mero “interesse”.

### POLO ATIVO: PESSOAS JURÍDICAS “CAPAZES”

Observa-se que no texto do art. 5º, inciso I, da Lei nº 12.153/2009, o seguinte:

*“Art. 5º Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:*

*I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006”.*

De início, poder-se-ia acreditar que qualquer pessoa física é admitida no polo ativo da relação jurídica processual, seja ela capaz ou não. No entanto, somente as pessoas físicas capazes são admitidas em sede de Juizados Especiais da Fazenda Pública.

O art. 8º, § 1º, inciso I, da Lei nº 9.099/95, alterado pela Lei nº 12.126/09, prevê que somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o “Juizado Especial”, que é um sistema de normas

jurídicas integradas.

Aliás, uma das diretrizes mais importantes dos Juizados Especiais é a liberdade de conciliação entre os litigantes, o que não pode ser alcançado por pessoas físicas incapazes.

### LIQUIDAÇÃO DO PEDIDO INICIAL

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública são competentes ao processamento, conciliação e julgamento das causas até 60 (sessenta) salários-mínimos. Por tal razão, o pedido inicial deve ser devidamente liquidado.

Mas não é só. O art. 38, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, que se aplica subsidiariamente *ex vi* do art. 27, da Lei nº 12.153/2009, dispõe que não se admitirá a prolação de sentença ilíquida, sob pena de extinção do processo, sem apreciação do mérito, com fulcro no art. 51, inciso II, da Lei nº 9.099/95.

Portanto, tal como ocorre nos Juizados Especiais Cíveis, o pedido inicial deve ser liquidado pelo autor nas causas previstas na Lei nº 12.153/2009. ♦

# Intervenção Judicial na Taxa de Juros Aplicável aos Contratos de Cartão de Crédito

Maria Aparecida Silveira de Abreu<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A Lei de Recuperação Judicial (Lei n. 11.101/2005) é regida por diversos princípios, inclusive constitucionais, destacando-se o da razoabilidade e o equilíbrio da ordem econômica, com a preservação da empresa e dos empregos dela decorrentes, de modo que os direitos dos credores sejam respeitados.

Para coibir eventual abuso do direito de credores, prevê a Lei de Recuperação Judicial instrumentos para auxiliar o intérprete na busca da solução mais justa e adequada à solução de litígios, principalmente aqueles relativos ao exercício do voto em assembleias, primando-se pelo critério da equidade.

## FUNDAMENTOS DE SENTENÇA EM QUE FOI APROVADO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COM BASE NA EQUIDADE E NA OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS PREVISTOS NA LEI 11.101/2005, AFASTANDO-SE VOTO DE SÓCIO COM MAIOR NÚMERO DE VOTOS PELA CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO

A sentença em foco refere-se a processo de recuperação judicial de empresa que atua há mais de cinquenta anos no segmento de varejo de médio porte, com diversas lojas na Baixada Fluminense. Foi apresentado aos credores em assembleia plano de recuperação judicial, reprovado na Classe

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito Titular da 1ª Vara Cível de Nova Iguaçu.

III (credores quirografários), devido ao voto de apenas um dos credores (Banco Itaú S/A), que representa 73,14% de créditos nesta classe, o que influenciou o resultado geral da votação em todas as classes.

Passo à transcrição da fundamentação e dispositivo de sentença por mim proferida nos autos n. 0011290-44.2010.8.19.0038, em trâmite na 1ª Vara Cível de Nova Iguaçu – RJ, relativos à ação de recuperação judicial requerida por Supermercados Alto da Posse, ressaltando que foi mantida por unanimidade pelo TJERJ em sede de agravo:

### “SENTENÇA

....

#### ***Relatados. Decido.***

*De início, é importante observar que na Assembleia Geral dos Credores, realizada em 2 de junho de 2011, foi votado o plano de recuperação judicial que dispõe o seguinte: 1) A entrada de um investidor que exploraria os ativos operacionais e pagaria, à vista, o valor aproximado de R\$ 11.000.000,00 (onze milhões de reais); 2) Venda de ativos não operacionais. A arrecadação seria distribuída entre os credores da seguinte forma: a) Classe I: o pagamento integral das verbas rescisórias no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da homologação do Plano de Recuperação Judicial, sem o pagamento de multas por descumprimento nos acordos judiciais; e deságio de 40% (quarenta por cento) das verbas que não se referem à rescisão; b) Classe II e III: pagamento de 20% (vinte por cento) dos créditos à vista em parcela única.*

*O plano de recuperação judicial foi reprovado e, conforme relatório do administrador judicial a fls. 3506/3512, apurou-se o seguinte resultado: na classe I (créditos trabalhistas) houve aprovação do plano de recuperação judicial por 92,8% dos votos (por cabeça) e 87,9% (por créditos) e, na Classe II (créditos com ga-*

*rantias reais), houve aprovação de 50% (por cabeça) e 63,2% (por créditos), ocorrendo, portanto, empate no número de votos, que implica a reprovação do plano, nos termos do §1º do art. 45 da Lei 11.101/2005. Quanto à Classe III (créditos quirográficos), houve aprovação de 76,2% (por cabeça) e 41,5% (por créditos), mas com reprovação do plano pelo critério do volume de crédito. O plano foi reprovado na Classe III em virtude do voto de um dos credores (Banco Itaú S/A), que representa 73,14% de créditos nesta classe, vindo a influenciar o resultado geral da votação em todas as classes.*

*Para facilitar a análise da questão, transcrevo os artigos 45 e 41 da Lei 11.101/2005 que estabelecem o quórum de deliberação do plano de recuperação judicial e a composição da assembleia, respectivamente:*

*Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.*

*§ 1º - Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.*

*§ 2º - Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.*

*§ 3º - O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação do quórum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor e as condições originárias de pagamento de seu crédito.*

*Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:*

*I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;*

*II – titulares de créditos com garantia real;*

*III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.*

*§ 1º Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com a classe prevista no inciso I do **caput** deste artigo com o total de seu crédito, independentemente do valor.*

*§ 2º Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe prevista no inciso II do **caput** deste artigo até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no inciso III do **caput** deste artigo pelo restante do valor de seu crédito.*

*Cumprе assinalar que o motivo apresentado pelo credor Banco Itaú S/A (representante de 73,14% de créditos na Classe III) para rejeitar o plano de recuperação judicial não se afigura legítimo. A manifestação deste credor, consignada na Ata da Assembleia Geral dos Credores (fl. 3516/3517), revela a intenção de cobrar sua dívida diretamente dos devedores solidários. Destaco o teor desta manifestação (fl. 3516):*

***‘Após a votação, o credor representante do credor Banco Itaú/Unibanco, com a aprovação do secretário da mesa, requereu a consignação do que se segue: “diante da não aprovação do Itaú/Unibanco do PRJ ora apresentado fica ressalvado que no vaso de eventual aprovação dos demais credores e posterior homologação não restará prejudicado o direito deste credor em perseguir os seus créditos através das ações que promove em face dos devedores solidários.’***

*A rejeição do plano, apenas por este motivo, revela evidente abuso do direito de voto por parte do credor Banco Itaú S/A, à medida que impõe sua*

*vontade em detrimento do interesse coletivo, decidindo sozinho e sem nenhuma responsabilidade social o destino da empresa. Tal conduta afronta os princípios norteadores do instituto da recuperação judicial, previstos no art. 47 da Lei 11.101/2005, notadamente a preservação e função social da empresa. Torna-se imperiosa a intervenção do Poder Judiciário para equilibrar os interesses em conflito, com apoio na equidade, de modo que seja buscada a solução mais justa, que melhor atenda aos interesses sociais.*

*É sempre significativo lembrar a lição do ilustre jurista Carlos Maximiliano, em sua obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito” (19ª edição, pg. 140 e 141, Editora Forense, 2001), destacando-se o trecho em que trata da equidade:*

*183. Desempenha a Equidade o duplo papel de suprir as lacunas dos repositórios de normas, e auxiliar a obter o sentido e alcance das disposições legais. Serve, portanto, à Hermenêutica e à Aplicação do Direito... A Equidade judiciária compele os juízes, “no silêncio, dúvida ou obscuridade das leis escritas, a submeterem-se por um modo esclarecido à vontade suprema da lei, para não cometerem em nome dela injustiças que não desonram senão os seus executores”.*

*A frase – *summum jus, summa injuria* – encerra o conceito de Equidade. A admissão desta, que é o justo melhor, diverso do justo legal e corretivo do mesmo, parecia aos gregos meio hábil para abrandar e polir a ideia até então áspera do Direito; neste sentido também ela abriu brecha no granito do antigo romanismo, humanizando-o cada vez mais (3). “Fora do *oequum* há somente o rigor *juris*, o *jus durum*, *summum*, *callidum*, a *angustissima formula* e a *summa crux*. A *oequitas* é *jus benignum*, *temperatum*, *naturalis justitia*, *ratio humanitatis* – “fora da equidade há somente o rigor do Direito, o Direito duro, excessivo, maldoso, a fórmula estreitíssima, a mais alta cruz. A equidade é o Direito benigno, moderado, a justiça natural, a razão humana (isto é, inclinada à benevolência)”.*

*A Lei 11.101/2005 não prevê expressamente a hipótese de afastamento da vontade do credor que exerce seu direito de voto de forma abusiva. Todavia seu cabimento decorre do próprio espírito da lei, que tem por escopo a preservação da empresa, para que seja superada sua crise econômico-financeira, estimulando-se a atividade econômica, com manutenção da fonte produtora e de empregos, de modo que seja cumprida sua função social, em conformidade com o disposto no art. 47 da mencionada lei. Adequado, portanto, o uso da equidade em seu “duplo papel”, de suprir a lacuna legal e auxiliar a interpretação da lei, em consonância com os princípios por ela esculpido.*

*Com relação ao abuso do direito de voto, o Código Civil atual prevê as seguintes situações em seus artigos 1010, § 3º e 1074, § 2º:*

*Art. 1010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria dos votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.*

*§ 3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.*

*Art. 1074. A assembleia dos sócios instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de no mínimo três quartos do capital social, e, em segunda, com qualquer número.*

*§ 2º. Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente.*

*Ainda, prevê o Código Civil, no art. 187: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Embora inserido o abuso do direito no tópico dos atos ilícitos, que dispõe como*

*regra no art. 186 a responsabilidade subjetiva (dependente do exame da culpa), a doutrina jurídica vem se posicionando pela adoção da concepção objetiva da responsabilidade pelo exercício abusivo de direito. A atual concepção da teoria do abuso do direito é permeada pelos princípios da eticidade e socialidade, informadores do atual Código Civil e, principalmente, pelo princípio da boa-fé objetiva, funcionando como cláusulas gerais limitadoras da vontade e de posições jurídicas.*

*Para melhor compreensão do tema, destaco parte do texto A responsabilidade pelo abuso de direito – o exercício abusivo de posições jurídicas, a boa-fé objetiva e o Código Civil compilado na obra Introdução Crítica ao Código Civil (organizada por Lucas Abreu Barroso, 1ª edição, p. 75/98, Forense, 2006):*

*Em suma, o art. 187 prevê verdadeira responsabilidade objetiva pelo exercício abusivo do direito, bastando, para a configuração do instituto, que as posições jurídicas sejam exercidas em desacordo com padrões previamente estabelecidos, dentre os quais se destaca, nas relações privadas, a boa-fé objetiva. Não se indaga o conteúdo psicológico do agente e muito menos se verifica se ele atuou com o cuidado necessário. Analisa-se apenas se sua conduta se enquadra nos padrões objetivamente fixados. Em caso negativo, havendo dano, há o dever de indenizar.*

..

*Portanto, pode-se afirmar que, de acordo com o Código Civil de 2002, o exercício abusivo de direito será caracterizado caso existam, no caso concreto, apenas (a) uma ação ou omissão do agente; (b) um dano sofrido pela vítima; e (c) a não observação das limitações impostas pela função do direito subjetivo, pela boa-fé e pelos bons costumes.*

*Impõe-se o afastamento da manifestação de vontade do credor Banco Itaú S/A que, flagrantemente, abusou de seu direito de voto. O interesse coletivo deve ser respeitado e prestigiado, ressaltando-se que os credores concluíram*

*pela viabilidade econômico-financeira da proposta de recuperação judicial, após discutirem amplamente os termos do plano, conforme demonstrado no documento de fls. 3518/3521 (Anexo à Ata), aceitando, mediante concessões, as condições ali inseridas. É inadmissível que os credores sejam preteridos no interesse legítimo à obtenção do crédito, na forma prevista no plano e sejam obrigados a correr o risco de nada receber, caso decretada a quebra da empresa, por mera imposição (infundada) de um só credor (Banco Itaú). Há evidente violação à cláusula geral da boa-fé objetiva pelo exercício de posição jurídica em desacordo com os padrões éticos de comportamento standard.*

*Evidencia-se forte tendência dos Tribunais a admitir a adequação das deliberações das assembleias, nos casos de utilização abusiva do direito de voto, como se observa na transcrição abaixo:*

*Processo nº 2005.001.072887-7 (0071323-87.2005.8.19.0001)  
- 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.*

*“Sem prejuízo dos argumentos que já seriam suficientes para acolher a impugnação ora trazida ao conhecimento deste Poder, a notícia havida acerca da cessão de crédito – e, portanto, alteração da qualidade de credor que subtrai o direito de voto –, é questão de enorme importância, não só pelo evidente abuso de direito que acarreta a nulidade e contamina a votação do Grupo, mas também pelas graves consequências que decorrem do fato (...).”*

*Processo 100.09.121755-9 – Recuperação Judicial – Varig Logística S/A – Varig Logística S/A – 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo*

*(...). Ocorre que, ao analisar o conteúdo da votação e o próprio contexto fático da presente recuperação, inevitável não se deparar com questões relacionadas ao direito de concorrência, que de maneira direta importaram na rejeição do plano por alguns detentores de créditos submetidos à recuperação, desde que no exercício de seu direito de voto buscaram fazer prevalecer interesses reflexos*

*ao mero recebimento de seus créditos, em postura nitidamente incongruente com tal objetivo, revelando verdadeiro abuso do direito de voto.*

*(...)*

*Merece destaque o fato de que as credoras em questão não apresentaram rejeição ao plano de maneira específica e fundamentada, em que pese tenha a AAI consignado em ata seu protesto quanto às cláusulas 3.3 e 3.3.1. do plano apresentado. Ora, se é certo que dentre os princípios da ordem econômica está a livre concorrência, certo também é que a valorização do trabalho e a busca do pleno emprego são previstas no mesmo artigo 170 da Constituição Federal, ao passo que o abuso do poder econômico é coibido, no que se inclui criar dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor.*

*Assim, considerados os critérios objetivos do “cramdown” previsto na Lei n. 11.101/05, somados à ausência de prejuízo dos credores que reprovaram o plano e as observações relacionadas ao direito de concorrência, com destaque para a postura incongruente de credores detentores de quase cinquenta por cento em valor de créditos daqueles que rejeitaram o plano, observadas as circunstâncias referidas acima e, sobretudo, na demonstrada capacidade de recuperação da empresa, se mostra viável e mesmo necessária a ponderação dos valores colocados em aparente conflito, mas que, se sopesados, indicam a prevalência da função social da empresa e da preservação desta.*

*Com a exclusão do voto do Banco Itaú S/A, importa verificar se é possível a concessão da recuperação judicial por cram down, nos termos do art. 58 da Lei 11.101/2005, ou seja, mediante intervenção do juiz, no uso de seu poder discricionário, desde que observados os limites legais. Segue o teor do referido artigo:*

*Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.*

*§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:*

*I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;*

*II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;*

*III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.*

*§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.*

*Note-se que na Classe I houve aprovação do plano, tanto pelo critério do volume do crédito, quanto pelo número de votos em maioria simples. Na Classe II houve aprovação por maioria pelo volume de crédito, mas com empate no número de votos, que não representa maioria simples, havendo, portanto, rejeição nesta classe. Na Classe III, excluindo o voto do Banco Itaú S/A, fica obtida a aprovação do plano tanto pelo volume de crédito, quanto pela maioria simples dos credores presentes.*

*Forçoso concluir que faz jus a devedora à recuperação judicial pelo sistema de cram down (art. 58 da Lei 11.101/2005) e não nos termos do art. 45 da referida lei, por não terem sido cumpridas as exigências de quórum ali previstas. Houve um total de 81 votos favoráveis e 11 contrários e, ao ser afastado*

*o voto do Banco Itaú, todos os requisitos objetivos previstos no citado art. 58 estariam sendo cumpridos. Ademais, não se vislumbra nenhum prejuízo a este credor que já afirmou pretender cobrar seu crédito diretamente dos devedores solidários.*

*O arrendamento de lojas e equipamentos pela devedora, bem como a demissão da maior parte dos funcionários são fatos que, por certo, revelam a crise econômico-financeira da empresa e a alteração momentânea de seu objeto social. Contudo não levam à presunção de inviabilidade e paralisação da atividade empresarial, de forma a obstaculizar o benefício da recuperação judicial. Frise-se que o objetivo da Lei 11.101/2005 é preservar a empresa e, por isso, a decretação da falência deve ser adotada como medida excepcional.*

*No que diz respeito ao teor do art. 57 da Lei 11.101/2005, que exige a apresentação das certidões negativas de débitos tributários para fins de homologação do plano de recuperação judicial, cumpre salientar que vem se consolidando o entendimento jurisprudencial, ao qual me filio, pela dispensa do cumprimento desta exigência. Na verdade, procura-se mitigar o rigor desta norma, com fulcro nos princípios previstos no art. 47 desta Lei, para que seja facilitada a recuperação da empresa e alcançado o escopo da lei.*

*Para corroborar esta assertiva, transcrevo as seguintes ementas de acórdãos do TJESP:*

*'Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que concede a recuperação judicial, com dispensa da apresentação as certidões negativas de débito tributário exigidas pelo artigo 57 da Lei 11.101/2005 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pelo INSS. Reconhecimento da legitimidade e interesse em recorrer, como 'terceiro prejudicado', mesmo não estando os créditos tributários sujeitos à habilitação em recuperação judicial. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei nº 11.101/2005, em especial o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto não for cumprido o artigo 68 da nova Lei que*

*prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida. Agravo desprovido* (Agravo de Instrumento nº 516.982.4/0-00, Relator Desembargador Pereira Calças, da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

*'Recuperação judicial - Certidões negativas de débitos tributários (Art. 57 da Lei 11.101/05) - Inadmissibilidade - Exigência abusiva e inócua - Meio coercitivo de cobrança - Necessidade de se aguardar, para o cumprimento do disposto no art. 57, a legislação específica a que lhe faz referência o art. 68 da Nova Lei, a respeito de parcelamento de crédito da Fazenda Pública e do INSS - Dispensa da juntada de tais certidões - Agravo de Instrumento provido* (Agravo de Instrumento nº 507.990.4/8, Relator Desembargador Romeo Ricupero, da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo).

*'Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que concede a recuperação judicial, com dispensa da apresentação das certidões negativas de débitos tributários exigidas pelo artigo 57. da Lei nº 11.101/05 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pela União Federal. Reconhecimento da ilegitimidade e interesse em recorrer. Como 'terceiro prejudicado', mesmo não estando os créditos tributários sujeitos à habilitação na recuperação judicial. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei nº 11.101/05, em especial, o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto não for cumprido o artigo 68 da nova lei, que prevê a edição específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de*

*negativas mantida. Agravo desprovido.* (Agravo de Instrumento nº 439602 4/9, relator o Desembargador Pereira Calças, da Câmara Especial de Falências e Recuperação Judiciais do Tribunal de Justiça o Estado de São Paulo).

*Por fim, entendo que a impugnação do Banco Santander (fls. 3488/3489) perdeu seu objeto, ante a aprovação do plano, pois se restringe às condições ali descritas.*

*Isto posto, APROVO o plano de recuperação judicial e CONCEDO a recuperação judicial à empresa SUPERMERCADOS ALTO DA POSSE LTDA. N os termos dos arts. 47 e art. 58 da Lei 11.101/2005, com dispensa de apresentação das certidões negativas de débito, por estar afastada a incidência dos artigos 57 da referida lei e do art. 191-A do Código Tributário Nacional, devendo ser observado, também, o teor dos artigos 59 a 61 da Lei 11.101/2005. ....”*

## CONCLUSÃO

A tendência atual é cada vez menos se buscar a normatização, ante a dificuldade e impossibilidade de previsão de todas as situações da vida. A inserção de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais, como ocorre na Lei de Recuperação Judicial, por certo, valoriza a atuação do intérprete, principalmente do juiz, na aplicação do Direito no caso concreto. ♦

# Dever Judicial de Aplicação da Teoria da Causa Madura e o Princípio da Duração Razoável do Processo

**Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi <sup>1</sup>**

## INTRODUÇÃO

Esta monografia visa a atender requisito para aprovação no Curso de Normatividade Jurídica, organizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), coordenado pelo Desembargador Nagib Slaibi Filho, segundo os critérios da Escola Nacional de Formação e Aprimoramento de Magistrados (ENFAM).

Seu objeto é uma sucinta abordagem sobre o tema da aplicação da teoria da causa madura pelos Tribunais, como dever judicial, em observância ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

## A TEORIA DA CAUSA MADURA E O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Merece destaque a aplicação da teoria da causa madura, como verdadeiro poder-dever de conhecimento do mérito, desde que apto o processo para julgamento, em vez da singela cassação da sentença pelo Tribunal, com a remessa dos autos à instância de origem para que outra seja proferida.

Note-se que tal poder-dever do julgador, de observar a prevalência do direito material, do bem jurídico tutelado, sobre o direito processual,

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 3ª Vara Cível Comarca da Capital - Rio de Janeiro.

sempre que possível, não se restringe à primeira instância, mas, também às demais instâncias.

A aplicação de tal teoria se extrai da inteligência do disposto no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, e se faz necessária em prol dos princípios constitucionais da efetividade e da celeridade que se apreendem do disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

Suponha-se que um idoso, gravemente doente, sob risco iminente de morte, ajuíze ação de rito ordinário em face de prestadora de serviços de saúde, solicitando, em razão de recusa do atendimento, a concessão de liminar para determinar que se autorize e providencie procedimento com a colocação de *stent*, e, ao final, requeira a convalidação da liminar em definitiva, bem como a condenação do réu à reparação pelos danos morais sofridos, pelo abalo e angústia, diante da infundada recusa do plano de saúde do qual é usuário há mais de 30 (trinta) anos.

Imagine-se que, na sentença em que se convolou a liminar em definitiva, não tenha sido apreciado o pedido de danos morais, e o advogado não tenha utilizado os embargos de declaração, mas apenas o recurso de apelação. Ora, evidentemente que o Tribunal, cassando a sentença, devolvendo os autos ao Juízo de origem, ao invés de valer-se da teoria da causa madura e apreciar o pedido de danos morais, estará vulnerando os princípios constitucionais da efetividade e da duração razoável do processo e, inclusive, da ética judicial.

Aliás, quanto à necessidade de cobertura pelos planos de saúde da colocação de *stent*, dadas às reiteradas recusas pelas referidas empresas, já existe o verbete sumular nº 12 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, publicado em 24 de outubro de 2006, que se transcreve: “É nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como ‘stent e marca-passo’”.

Quanto à aplicação da teoria da causa madura, que se extrai do disposto no § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, urge observar a necessidade de não se adotar a interpretação meramente literal, que, como se sabe, é a inicial e a mais precária das que pode se valer o intérprete, pois

tal teoria não se restringe aos casos em que o processo tenha sido originariamente extinto sem julgamento de mérito, pois, em diversas outras situações, também se prima pela aplicação da dita teoria, a despeito da divergência doutrinária e jurisprudencial ainda existente.

Nessa esteira, traz-se à colação ementas de acórdãos do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

*DIREITO DO CONSUMIDOR. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO DE REVISÃO DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E OBRIGAÇÃO DE FAZER. SENTENÇA ULTRA PETITA.*

*Condenação em obrigação de instalar novo medidor que possibilite o acompanhamento das informações sobre o consumo que extrapola o pleito autoral. Incongruência entre pedido e sentença. Violação ao princípio da adstrição da sentença ao pedido. Inteligência dos arts. 128 e 460, do CPC. Anulação da sentença. Aplicação da teoria da causa madura. Laudo pericial conclusivo no sentido de não ter estado o consumo compatibilizado com a carga instalada no período reclamado, demonstrando a falha na prestação do serviço. Pedido revisional e de repetição de indébito que devem ser acolhidos pelas cobranças indevidas, em conformidade com o parágrafo único do art. 42, do CDC. Agravo retido que não foi reiterado na apelação. Recurso parcialmente provido (Ap. 2008.001.10355 – Des. Carlos Eduardo Moreira Silva – Julg. em 18 de maio de 2009 – Nona Câmara Cível).*

*DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. Indeferimento de promoção por ato de bravura. A prescrição flui da data da publicação da decisão denegatória proferida no processo administrativo, eis que este foi o momento da lesão ao direito subjetivo. Inocorrência de prescrição. Julgamento da demanda, na forma do art. 515, § 3º, do CPC, com esteio na teoria da*

*causa madura. Observância, pela Administração, dos requisitos de validade do ato administrativo, a afastar sua pretensa ilegalidade. Tese manifestamente improcedente. Recurso a que se nega seguimento (Ap. 2003.001.01674 – Des. Nagib Slaibi – Julg. em 18 de março de 2003 – Sexta Câmara Cível).*

Como se não bastasse, a mais alta Corte Federal do País também vem zelando pela aplicação dos princípios constitucionais da efetividade e da duração razoável do processo com a adoção da teoria da causa madura, afastando a interpretação literal de que a mesma só se aplicaria em casos de apelação, como se transcreve:

*RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO RECORRIDO. RAZÕES DISSOCIADAS. SENTENÇA ORIGINÁRIA. AFRONTA À COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CAUSA MADURA. ART. 515, § 3º, CPC. EFETIVIDADE. PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.*

*1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado pela ora recorrente contra decisão de Juiz estadual que, em ação de indenização proposta pela ora interessada contra o seu ex-cônjuge, determinou à CEF a exclusão do nome de Lélia Maria de Souza do cadastro de inadimplentes.*

*2. No entanto, verifica-se dos elementos constantes dos autos que Lélia Maria de Souza intentou, anteriormente, ação contra a Caixa Econômica Federal buscando provimento judicial para exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes, tendo sido proferida, pela 2ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal de Juiz de Fora, sentença denegatória no referido feito, ocorrendo o trânsito em julgado da decisão.*

*3. Posteriormente, Lélia Maria de Souza ajuizou, então na justiça estadual, ação de indenização por danos morais contra o*

*ex-cônjuge, nela inserindo o pedido de liminar para que fosse determinada à Caixa Econômica Federal, pelo Juiz de Direito, a retirada do nome da autora do cadastro de devedores, o que foi deferido.*

*4. Contra essa decisão, do juízo estadual, a ora recorrente manejou writ que foi denegado, sendo agora objeto do presente recurso.*

*5. Observa-se, portanto, que Lélia Maria de Souza, buscou, por via transversa, provimento judicial igual àquele objeto de sentença já transitada em julgado na Justiça Federal, qual seja, retirar seu nome do cadastro de inadimplentes.*

*6. Assim, verificando-se que o decisum objeto do presente mandamus afrontou sentença anterior já com trânsito em julgado e, por conseguinte, o art. 468 do CPC: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.*

*7. Muito embora a decisão objeto do mandado de segurança tenha natureza jurisdicional e ainda que assente na jurisprudência o entendimento de que não se presta, a ação mandamental, a ser sucedâneo de recurso próprio, segundo inteligência do art. 5º, caput, e inciso II, da Lei nº 1533/51 e da Súmula nº 267/STF, in casu, o decisum combatido ostenta evidente ilegalidade e manifesta teratologia, inserindo-se, portanto, na excepcionalidade permissora da utilização do writ.*

*8. Tendo o Tribunal a quo proferido acórdão cujas razões estão dissociadas do objeto da impetração e atendo-se ao fato de que esta Corte Superior, como instância de superposição, detém jurisdição nacional sobre as Justiças Estadual e Federal e, ainda, considerando estar a causa madura, por prescindir de dilação probatória, cabível, in casu, o disposto no artigo 515, § 3º, do CPC.*

***9. A possibilidade de ser o julgamento do presente feito realizado diretamente por este Tribunal Superior encontra***

***supedâneo na necessidade de dar-se efetividade ao princípio da celeridade processual, garantia fundamental inserida no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição, via Emenda Constitucional nº 45 de 2004*** (grifou-se).

*10. Recurso ordinário provido. Segurança concedida para revo-  
gar a decisão do Juízo Estadual, que determinou a exclusão do  
nome de Lélia Maria de Souza do cadastro de inadimplência em  
franca violação ao instituto da coisa julgada.*

*(Processo RMS 17.126/ES – RECURSO ORDINÁRIO EM  
MANDADO DE SEGURANÇA 2003/0170806-0 – Relator(a)  
Ministro Humberto Martins (1130) – Órgão Julgador T2 – SE-  
GUNDA TURMA – Data do Julgamento 15/04/2008 Data da  
Publicação/Fonte DJE 25/04/2008)*

*RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE INSUMOS POR CONSTRUTORA MEDIANTE OPERAÇÃO INTERESTADUAL. EXIGÊNCIA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA PELA AUTORIDADE FAZENDÁRIA DA UNIDADE FEDERADA DE DESTINO. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE ECONÔMICA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO PELO ISSQN. DIREITO LÍQUIDO E CERTO QUE PODE SER COMPROVADO PELO CONTRATO SOCIAL NÃO JUNTADO QUANDO DA IMPE-  
TRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA.  
IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA EMPRESA. CARACTERIZAÇÃO.  
NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA SANEAMENTO DO DEFEITO PROCESSUAL. ARTIGO 13, DO CPC. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. TEORIA DA CAUSA MADURA. CABIMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS*

*ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.135.489/AL).*

1. *A incapacidade processual ou a irregularidade na representação decorrente da falta de juntada do contrato social ou dos atos constitutivos da empresa enseja a suspensão do processo para que seja concedido prazo razoável à parte para supressão do defeito, ex vi do disposto no artigo 13, do CPC, cuja aplicação é de rigor inclusive em sede de mandado de segurança (Precedentes do STJ: RMS 19.311/PB, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25.08.2009, DJE 05.10.2009; REsp 437.552/PE, Rel.*

*Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.05.2005, DJ 01.07.2005; RMS 6.274/AM, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 27.08.2002, DJ 23.09.2002; e RMS 12.633/TO, Rel.*

*Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 05.06.2001, DJ 13.08.2001).*

2. *A teoria da causa madura (artigo 515, § 3º, do CPC) é aplicável ao recurso ordinário constitucional, viabilizando a análise do meritum do mandado de segurança, em segundo grau, uma vez sanado o defeito na representação processual, mediante a juntada do estatuto social da empresa (fls. 154/162 e 206/230), bem como cumpridas as providências enumeradas no artigo 7º da Lei 12.016/2009.*

3. *In casu, a controvérsia mandamental cinge-se à possibilidade ou não de se exigir pagamento de diferencial de alíquota de ICMS das empresas atuantes no ramo de construção civil que realizem operações interestaduais de aquisição de insumos para utilização em sua atividade fim.*

4. *As empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem em-*

*pregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário (Precedente da Primeira Seção submetido o rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.135.489/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 09.12.2009, DJE 01.02.2010).*

5. *É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Consequentemente, “há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que ‘as pessoas (naturais ou jurídicas) que promovem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual’ (José Eduardo Soares de Melo, in ‘Construção Civil - ISS ou ICMS?’, in RDT 69, pg. 253, Malheiros).” (EResp 149.946/MS).*

6. *Recurso ordinário provido para, reformando o acórdão regional, conceder a segurança, determinando que a autoridade coatora abstenha-se de exigir o recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS nas operações interestaduais de aquisição de insumos para utilização na atividade fim da empresa de construção civil. (RMS 23.799/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJE 01/12/2010)*

Ainda sobre o tema da duração razoável do processo, reporta-se às lições de Nagib Slaibi Filho.<sup>2</sup>

Os Juízes não podem mais ser vistos, como dizia Montesquieu, *como*

2 SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito à Duração Razoável do Processo**. In: Revista da Emerj. Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, p. 118-142, 2000. Disponível em <http://www.nagib.net/artigos>. Acesso em 17 ago. 2009.

*bocas que simplesmente pronunciam as palavras da Lei.*<sup>3</sup>

Ressalta-se, assim, a necessidade de o julgador, na resolução dos conflitos de interesse, dar prevalência aos valores e aos princípios constitucionais. Com a reforma do Código de Processo Civil, já aprovada pelo Senado Federal, visando a corrigir equívocos infelizmente adotados, positivou-se a prevalência da Constituição da República sobre as normas e princípios infraconstitucionais, como está previsto nos arts. 1º e 119 do aludido Código novo:

*Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*

*Art. 119. O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes.*

Destaque-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça, na linha defendida por esta monografista, já vem reputando o não conhecimento do mérito, quando possível, como denegação da prestação jurisdicional, conforme ilumina a ementa abaixo transcrita, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo:

*PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. TERCEIRO ALCANÇADO PELA COISA JULGADA FORMADA EM PROCESSO DE QUE NÃO PARTICIPOU. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. NECESSIDADE DO EXAME DO MÉRITO DO WRIT QUE NÃO RESTA PREJUDICADO PELA DE-*

3 CHARLES DE SECONDAT, “O Barão de Montesquieu”. **O Espírito das Leis**. 1748.

**CLARAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO POSTERIORMENTE INTERPOSTA PELO TERCEIRO CONTRA O MESMO ATO. ACÓRDÃO ORIGINÁRIO QUE, AO DECLARAR PREJUDICADO O FEITO, INCORREU EM NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA APRECIAR O MÉRITO DA SEGURANÇA PLEITEADA**  
(Processo RMS 13.065/MA – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2001/0047269-9 – Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1088) – Órgão Julgador T4 – Quarta Turma – Data do Julgamento 19 de fevereiro de 2002 – Data da Publicação/Fonte DJ 03 de junho de 2002, p. 208 – RDR v. 30 p. 437, RSTJ v. 158 p. 329, RT v. 808 p. 201 – grifou-se).

## CONCLUSÃO

A interpretação do Direito não pode jamais ser a literal, a mais precária – funcionando como mero *start* da interpretação, assim como a chave que apenas liga o veículo, mas não o movimenta sem o uso do acelerador, das marchas, embreagem (salvo os automáticos) e freio.

A interpretação, mormente dos dispositivos constitucionais que asseguram a eficácia dos direitos, não pode ser restritiva, partindo da premissa de que aquele que vai à Justiça não tem direito algum e está querendo apenas tirar proveito.

A despeito de se adotar o sistema do *Civil Law*, e não do *Common Law*, neste prevalecendo os precedentes, o certo é que os Juízes, como indicado pela denominação de seu cargo, são Juízes de Direito, e o Direito não se restringe obviamente à Lei, abrangendo também as normas legais, inclusive as constitucionais, que se extraem dos dispositivos, dividindo-se as normas, quanto à sua densidade normativa, em princípios e regras. O juiz, nos termos do art.126 do atual Código de Processo Civil, na ausência das normas, recorrerá ao uso da analogia, dos costumes e dos princípios ge-

rais do Direito, dispositivo esse que recebeu na proposta do novo Código de Processo Civil nova redação e melhor adequação aos princípios e valores constitucionais em seu art. 119.

Conclui-se, assim, que a aplicação da teoria da causa madura, sempre que possível, constitui poder-dever dos tribunais, inclusive superiores, ressalvados os procedimentos de recurso especial e extraordinário, em observância aos valores constitucionais da celeridade e efetividade que decorrem do princípio constitucional da duração razoável do processo.

Por fim, deseja esta magistrada agradecer à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro a iniciativa e a gratificante oportunidade, concedida aos magistrados, de reflexão e participação no estimulante Curso de Normatividade Jurídica. ◆

# Hermenêutica Constitucional

Maria Daniella Binato de Castro<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Hermenêutica é a ciência filosófica que possui regras e princípios próprios norteadores da interpretação de textos.

A interpretação transforma textos normativos em normas jurídicas, viabilizando sua aplicação para as situações que se apresentarem em concreto.

Conforme aduzido por Gilmar Mendes, em sua doutrina, **Curso de Direito Constitucional**<sup>2</sup>:

*“Interpretação constitucional é a atividade que consiste em fixar o sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas regras ou princípios –, tendo em vista resolver problemas práticos, se e quando a simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão do seu significado e alcance.”*

A finalidade mais relevante da produção da norma jurídica, resultante da interpretação do texto legal, é a sua aplicação num caso concreto e isso ocorrerá mediante uma decisão judicial ou administrativa.

Ressalte-se, outrossim, que não somente nas decisões judiciais é realizada a interpretação da norma, mas também nas decisões administrativas, sendo certo que estas podem ser objeto de questionamento em sede judicial, ocorrendo, por conseguinte, uma nova interpretação da norma jurídica.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 39ª Vara Cível - Capital.

---

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 155.

## DESENVOLVIMENTO

Atualmente, para a realização da interpretação constitucional são utilizados princípios e métodos, que devem ser aplicados conjuntamente.

Apesar de haver outros métodos de interpretação elencados doutrinariamente, neste trabalho somente serão tratados os métodos mais tradicionais, elencados por Gilmar Mendes, em sua já citada obra, quais sejam, método jurídico ou hermenêutico clássico, método tópico – problemático, método hermenêutico – concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante e método da comparação constitucional.

Para os adeptos do método jurídico ou hermenêutico clássico a Constituição, em sua forma essencial, é uma lei, logo devendo ser interpretada segundo as regras tradicionais de interpretação constitucional. De acordo com Gilmar Mendes<sup>3</sup>:

*“(...) a tarefa do intérprete, enquanto aplicador do direito, resumir-se-ia em descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação.”*

No método tópico-problemático não são utilizados os instrumentos hermenêuticos tradicionais, partindo os operadores do direito de um problema concreto para a norma, atribuindo-se à interpretação um caráter prático na busca da solução dos problemas concretizados.

O método hermenêutico-concretizador, diferentemente do método tópico – problemático, parte da Constituição para o problema.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes<sup>4</sup>, faz uma crítica a esse método, afirmando que:

---

3 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.161.

---

4 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163.

*“(...) a pré-compreensão do intérprete, enquanto tal, distorce desde logo não somente a realidade, que ele deve captar através da norma, mas também o próprio sentido da norma constitucional – de si multívoco –, que ele deve apurar naquele incessante ir e vir entre o substrato e o sentido, que singulariza a dialética da compreensão como ato gnosiológico próprio das ciências do espírito.”*

O método científico-espiritual analisa a norma constitucional não de forma fixa na literalidade da norma, mas sim na realidade social e dos valores subjacentes do texto da Constituição.

O que dá a sustentação a esse método é a ideia de Constituição como um instrumento de integração, tanto no sentido jurídico-formal, mas também no sentido político e sociológico, preservando assim, a unidade social.

O Ministro Gilmar Mendes afirma que<sup>5</sup>:

*“(...) sendo o direito constitucional uma positivada das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito – um conjunto de normas que só se compreendem como referência a essas mesmas realidades espirituais, as quais, por seu turno, só se realizam, de forma plena e continuada, por força dessa posituação, que lhes confere normatividade –, por tudo isso, não deve o intérprete encarar a Constituição como um momento estático e permanente.”*

Os doutrinadores defendem que no método normativo – estruturante seria possível a criação de uma nova norma para cada conflito, isso porque este método reconhece a inexistência de identidade entre a norma jurídica e o texto normativo.

Para esse método, a norma terá de ser concretizada não somente pela atividade do Poder Legislativo, mas também pela atividade do Judiciário,

---

5 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165.

da administração, do governo e etc.

O último método a ser tratado é o método da comparação constitucional que faz uso da comparação dos métodos anteriormente citados, mais o direito comparado.

Além dos métodos, os princípios também são utilizados no momento da realização da interpretação constitucional, destacando-se os seguintes:

*Princípio da Unidade da Constituição*, segundo o qual as normas constitucionais não devem ser vistas de maneira isolada, mas sim interpretadas em sua globalidade;

*Princípio da concordância prática ou da harmonização*, segundo o qual os bens jurídicos constitucionais deverão existir de forma harmônica, na hipótese de eventual conflito entre eles, buscando assim evitar o sacrifício de um princípio em detrimento a outro;

*Princípio da Eficácia Integradora*, segundo o qual, ao procurar soluções para os conflitos jurídicos, deve ser dada preferência àqueles que favoreçam a integração social e à unidade política;

*Princípio da Máxima Efetividade*, que aduz que a norma constitucional deve ter a mais ampla efetividade social;

*Princípio da Interpretação conforme a Constituição*, segundo o qual diante de normas que possuem mais de uma interpretação, deve ser dada preferência àquela que mais se aproxima com a interpretação constitucional;

*Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, que aduz que as normas devem ser interpretadas seguindo critérios de equidade, bom senso, ideias de justiça, prudência, moderação, entre outros.

Outro tópico importante a ser colocado é no tocante à mutação constitucional.

A mutação constitucional não é uma alteração física no texto normativo, mas sim uma alteração no significado e no sentido interpretativo de um texto constitucional. O texto permanece inalterado, sendo certo que a mudança ocorre na interpretação daquela regra enunciada.

De acordo com o doutrinador Pedro Lenza<sup>6</sup>,

*“As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas o texto constitucional.”*

Um exemplo de mutação constitucional é o julgado do STF (HC 86.009 – QO, Rel. Min. Carlos Britto), abaixo colacionado, que modificou o entendimento sobre a competência para julgar HC impetrado em face de decisão de uma Turma Recursal, determinando a competência do TJ:

“EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. HABEAS CORPUS CONTRA ATO DE TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. REMESSA DOS AUTOS. JULGAMENTO JÁ INICIADO. INSUBSISTÊNCIA DOS VOTOS PROFERIDOS. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, modificando sua jurisprudência, assentou a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais, impõe-se a imediata remessa dos autos à respectiva Corte local para reinício do julgamento da causa, ficando sem efeito os votos já proferidos. Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga. Questão de ordem que se resolve pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos

<sup>6</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136.

## Territórios, para reinício do julgamento do feito.”

Além da interpretação da própria norma constitucional, também devem as normas infraconstitucionais ser interpretadas conforme a Carta Magna. Como exemplo dessa interpretação, cito o artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que aborda os recursos no âmbito daquela legislação especial, com sua nova redação dada pela Lei 12.010 de 2009.

Não nos parece ter sido a intenção do legislador a alteração recursal no que tange a matéria infracional. Acredita tratar-se de um “cochilo” do legislador que, ao modificar o sistema recursal do Estatuto da Criança e do Adolescente, por via reflexa, atingiu a seara afeta aos adolescentes em conflito com a lei. Atualmente, com a nova redação trazida pela Lei 12.010/09, a regra no que tange aos efeitos dos recursos é que eles sejam recebidos tanto no efeito devolutivo, quanto no suspensivo.

Porém, ante a modificação, quando o julgador entender que perante o caso concreto se faz necessário excepcionar a regra, terá que fazê-lo conforme preceitua o artigo 93, IX, CRFB/88, ou seja, fundamentadamente, sob pena de nulidade da decisão.

O preceito constitucional tem por escopo servir como instrumento de controle sob a atividade jurisdicional, pois poder-se-á verificar se os motivos de decidir são ou não pertinentes, bem como dar a possibilidade para que as partes fundamentem as razões dos recursos.

O adolescente em conflito com a lei que tenha sido internado provisoriamente, com fulcro no artigo 108, c/c parágrafo único, do ECA, e ao final da instrução a representação tenha sido julgada procedente, aplicando-se a atual regra recursal, não será encaminhado para instituição destinada a cumprimento da medida sócio-educativa de internação, sendo imediatamente liberado. Diante desta realidade, deixará o Estado, mesmo que momentaneamente, de atender a função socioeducativa, uma vez que não será de pronto disponibilizado ao adolescente em conflito com a lei o acompanhamento psico-pedagógico necessário ao seu desenvolvimento, trazendo uma falsa sensação de “impunidade”.

A Emenda 45/04 trouxe em seu bojo o Princípio da Tempestividade

da Tutela Jurisdicional, que se encontra em perfeita consonância ao princípio da celeridade preconizado no ECA.

Quanto mais tempo houver na demora da prestação jurisdicional, mais dissociada da realidade ficará a decisão, uma vez que uma Justiça tardia é tão prejudicial quanto uma injustiça.

Todos os estágios de processamento da ação socioeducativa estão norteados pelo Princípio da Celeridade, em virtude da necessidade de uma resposta estatal à conduta infracional que se tornará sem sentido caso ultrapassada a permeabilidade do adolescente na ingerência educacional.

Conclui-se, portanto que, à luz dos Princípios que norteiam o Estatuto, face a revogação do inciso VI, do artigo 198 do ECA, que previa que os recursos seriam recebidos no efeito devolutivo, necessária se torna a interpretação conjunta com o disposto no artigo 152, do mesmo estatuto, aplicando-se, dessa forma, a legislação processual pertinente, qual seja, o CPP. O CPP, em seu artigo 597, que trata da apelação, remete ao artigo 393 do mesmo diploma, que dispõe sobre os efeitos da sentença condenatória recorrível, no sentido de que o réu preso será conservado na prisão. Ainda, em respeito aos Princípios norteadores do Estatuto, o não recebimento da apelação no efeito suspensivo possibilita o início da execução provisória da sentença, que faz com que haja o atendimento mais célere a efetivação dos direitos dos adolescentes, em consonância com o Princípio da Proteção Integral. Logo, é imperativo que, verificada a procedência da representação ministerial, a medida socioeducativa, seja, de plano, cumprida, propiciando ao adolescente o acompanhamento psico-pedagógico necessário ao seu desenvolvimento, haja vista que, em tal fase da vida, as experiências adquiridas repercutem, sobremaneira, na formação da personalidade, devendo, por conseguinte, o representado permanecer internado.

## CONCLUSÃO

Diante dos métodos e princípios acima expostos, verifica-se que devem ser estabelecidos parâmetros objetivos e critérios firmes de interpretação, à luz da certeza e da segurança jurídica.

Não pode o operador do direito desconhecer da realidade social e realizar uma criação de uma nova norma jurídica de forma judicial.

Neste diapasão, conclui-se que a Constituição apresenta-se como limite à interpretação, devendo as normas infraconstitucionais ser interpretadas conforme a Carta Magna. ♦

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

# Os Princípios e a Normatividade Jurídica

Mauro Pereira Martins <sup>1</sup>

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Hodiernamente, os princípios são caracterizados como normas jurídicas, servindo, destarte, como fundamento para a solução de questões controvertidas, sendo certo, no entanto, que a tal ponto se chegou após larga e gradativa evolução.

Com efeito, até a primeira metade do século XX, os princípios tinham valor meramente programático, refletindo uma ideologia, não possuíam caráter coercitivo, servindo para o aplicador da lei de modo supletivo, nas hipóteses em que a norma se apresentava lacunosa.

Em tal diapasão, o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, por inspiração positivista, estabeleceu que, nas hipóteses de lacuna da lei, cabia ao aplicador do direito se valer da analogia, costumes e, por último, dos princípios gerais do direito.

Segundo Luiz Roberto Barroso: “a busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentos. Direito é norma, ato emanado do Estado, com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça” (**A Nova Interpretação Constitucional**, p. 335).

O desprestígio do positivismo como corrente filosófica coincidiu

---

<sup>1</sup> Juiz Titular da 4.ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

com a derrocada do nazifascismo, fenômeno histórico ocorrido próximo ao fim da primeira metade do século XX, uma vez que tais movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade, cabendo frisar que atos de barbárie gravados na história foram cometidos em nome da lei.

No aludido cenário, os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente como justificativa para suas condutas, sendo que, ao término da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal já não tinha mais qualquer aceitação, sendo aquele contexto propício para o surgimento de uma nova corrente filosófica a formatar o mundo jurídico.

O pós-positivismo configurou, então, um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da denominada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e ética.

O novel cenário se espalhou pelos ordenamentos jurídicos, vislumbrando-se, assim, uma diversa maneira de se dizer e de se aplicar o direito, prestigiando-se, sobretudo, os princípios, que passam a se caracterizar como normas jurídicas incidentes direta e imediatamente sobre as relações sociais.

Conforme preleciona Luiz Roberto Barroso “a interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: a primeira, quanto ao papel da norma, que seria o de oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; a segunda, quanto ao papel do juiz, que seria o de identificar a norma aplicável ao problema que lhe cabe resolver, revelando a solução nela contida. Sua função seria uma função de conhecimento técnico, de formulação de juízos de fato. Com o tempo, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tra-

dicional deixaram de ser integralmente satisfatórias, quer quanto ao papel da norma, quer quanto ao papel do intérprete. De fato, quanto ao papel da norma, a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato da norma. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; quanto ao papel do juiz, já não será apenas um papel de conhecimento técnico, voltado para revelar o sentido contido na norma. O juiz torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, ao lado do legislador, fazendo valorações próprias, atribuindo sentido a cláusulas abertas e realizando escolhas” (**Temas de Direito Constitucional**, t. III, 2005, p. 515-16).

### PRINCÍPIOS E REGRAS

Atualmente, constitui consenso no mundo jurídico o entendimento no sentido de que as normas em geral se enquadram em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras, tendo sido superada a ideia, conforme mencionado no tópico anterior, de que os primeiros teriam dimensão puramente axiológica, ética e sem eficácia direta e imediata.

Há que se estabelecer, neste momento, as diferenças entre uns e outros, ressaltando-se, desde logo, que as regras possuem normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Em tal diapasão, verificando-se ocorrer a hipótese prevista em seu texto, a regra incide pelo tradicional método da subsunção.

Os princípios, por outro lado, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificando a conduta a ser seguida e se aplicando a um conjunto amplo e indeterminado de situações. Numa ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas.

Com efeito, os princípios consagram os valores éticos e morais vigentes na sociedade, sendo, por conseguinte, corriqueira a verificação de situações concretas nas quais se vislumbra colisão entre os mesmos, caben-

do ao aplicador do direito a solução da questão.

Em tais hipóteses, a aplicação do direito se dá através da ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, preservando o máximo de cada um, na medida do possível.

Luiz Roberto Barroso enuncia que: “o sistema jurídico ideal se substancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto” (**A Nova Interpretação Constitucional**, p. 340).

Na mesma linha de pensamento, Ana Paula de Barcellos enfatiza que: “é possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitem uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada” (Ponderação de Normas: alguns parâmetros jurídicos, projeto de tese de doutoramento aprovado no programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro).

Impende, outrossim, gizar que vige na doutrina inúmeros critérios distintivos entre as regras e os princípios, sendo que três deles se afiguram destacados: a) o conteúdo; b) a estrutura normativa; c) as particularidades da aplicação.

Quanto ao conteúdo, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem, em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são valores. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são fins públicos.

As regras, por outro lado, limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar-se que regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos.

Com relação à estrutura normativa, tem-se que o relato de uma regra especifica os atos a serem praticados para o seu cumprimento adequado. Conquanto a atividade do intérprete jamais possa ser qualificada como mecânica, uma vez que em todas as hipóteses lhe caberá investigar o sentido da norma, a aplicação de uma regra normalmente não envolve processo de racionalização mais sofisticado.

Com efeito, se ocorre o fato previsto em abstrato, produz-se o efeito concreto prescrito.

Os princípios, por sua vez, indicam fins, estados ideais a serem alcançados. Como a norma não detalha a conduta a ser seguida para a sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar.

Tem-se, ainda, em relação aos princípios outro aspecto, que propicia dificuldade adicional. Eventualmente, o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade pode não ser objetivamente determinado, envolvendo uma integração subjetiva por parte do intérprete.

Assim, um princípio possui um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equipara às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se num espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo se afigura sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete.

À guisa de ilustração, pode ser invocado o princípio da dignidade da pessoa humana. Além de não explicitar os comportamentos necessários para realizar a dignidade humana, pode ocorrer controvérsia acerca do significado da própria dignidade, a partir de um determinado conteúdo essencial, conforme o ponto de observação do intérprete.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, implicitamente contidos no texto da Constituição da República, por igual, possuem

conteúdo impreciso, demandando atividade valorativa por parte do intérprete, inexistindo possibilidade de imediata subsunção do fato à norma.

Em tal diapausa, dúvidas inexistem no sentido de que a realidade social e a formação ideológica e filosófica do intérprete participam do processo de racionalização da norma, sendo que a interpretação demanda a definição em concreto de conceito jurídico indeterminado.

No tocante ao modo ou particularidades de sua aplicação, denota-se que as regras se traduzem em proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada. Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo os seus efeitos. A regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver mais em vigor. A aplicação ocorrerá, precipuamente, mediante subsunção.

Os princípios contêm, normalmente, maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, numa ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos.

A colisão de princípios, destarte, não somente é possível, como integra a lógica do sistema, que, por essência, é dialético.

Portanto, a sua incidência, diversamente do que ocorre com as regras, não ocorre pelo sistema de tudo ou nada, não havendo a subsunção direta e imediata.

Em tal linha de pensamento, deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância, de sorte a ensejar que o intérprete, à vista dos elementos do caso concreto, deva realizar as escolhas fundamentadas ao se defrontar com antagonismos inevitáveis, como os que existem, por exemplo, entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e sua função social.

A aplicação, portanto, dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.

## PONDERAÇÃO DE INTERESSES, BENS VALORES E NORMAS

Conforme já exposto, quando se trata da aplicação de regra à determinada situação de fato, o método adotado é o da subsunção direta e imediata.

No entanto, tratando-se da aplicação de princípio, inexistente a subsunção, impondo-se ao intérprete valorar a situação concreta que lhe é posta, aplicando, caso seja do seu entendimento, o princípio consagrado pela norma jurídica.

Desde logo, faz-se oportuno salientar que no caso concreto, com frequência, verifica-se a colisão entre valores consagrados pelo ordenamento jurídico, sendo, então, a ponderação a forma pela qual o aplicador irá dizer qual o princípio jurídico que, na hipótese concreta, prevalecerá.

Situação emblemática e que se revela costumeira nos dias atuais se traduz no conflito permanente entre a liberdade de expressão e de imprensa e o direito à privacidade. Aludida questão é objeto de debates frequentes nos Tribunais, tendo em vista a colidência entre os valores agasalhados pelas normas e a tensão decorrente do choque entre ambas.

Em tais hipóteses, verifica-se que não há como, em tese, solucionar-se o conflito, sendo somente possível diante da situação concreta, mediante a ponderação, verificar-se qual o princípio deve prevalecer.

A ponderação pode ser descrita como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.

As hipóteses de colisão ou tensão entre enunciados normativos válidos, muitas vezes de estatura constitucional, têm, como exposto, se tornando cada vez mais frequentes. As sociedades democráticas contemporâneas são cada vez mais plurais e as diferentes concepções de pessoas e grupos nem sempre são harmônicas.

Faz-se oportuno ressaltar que não só a Constituição da República consagra normas jurídicas na forma de princípios, como se verifica a tendência de se encontrar normas com expressões genéricas na ordem infraconstitucional.

Com efeito, à guisa de ilustração, pode ser citado o Código Civil, que trouxe para a ordem jurídica normas com caráter genérico e com conteúdo impreciso, transferindo para o intérprete a missão de aplicá-las no caso concreto, mediante a ponderação.

A função social do contrato em contraposição à liberdade contratual e a boa-fé objetiva em contraposição ao princípio de que o contrato é lei entre as partes configuram situações de tensão que somente nos casos concretos se é possível averiguar qual o valor se mostra preponderante.

Transfere-se, assim, para o aplicador a missão de dizer o sentido da norma jurídica, alargando-se, sobremodo, o campo para a interpretação do direito.

Depreende-se, de tal modo, que, considerando que cada intérprete traz consigo sua própria bagagem de pré-compreensões, o cenário para a proliferação de conflitos se encontra montado.

Ana Paula de Barcellos afirma que: “se as exigências de racionalidade e justificação são próprias a toda interpretação e decisão jurídicas, o serão ainda com maior intensidade nas hipóteses em que se pretenda utilizar a ponderação. Isso, porque, nesses casos, a legitimidade de uma decisão ou dos critérios adotados para superar conflitos normativos não decorre de forma evidente de enunciados normativos e nem se funda em uma sub-sunção simples” (**Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**, p. 297/298).

Há que se mencionar, entretanto, que aludida liberdade conferida ao intérprete na aplicação do Direito, em se tratando da incidência de princípio com conteúdo impreciso, se por um lado propicia a busca de fins objetivados pela norma, a consagração de valores éticos e morais vigentes no meio social, por outro traz certa insegurança, que por vezes não se afigura desejável.

Com efeito, um dos pilares do estado de direito se traduz na segurança jurídica, que, com a presente tendência ora apresentada afigura-se relativizada.

Luiz Roberto Barroso adverte que: “no estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o estágio desejável de objetividade, dando lugar a ampla

discrecionalidade judicial. Tal discrecionalidade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial” (**A Nova Interpretação Constitucional**, p. 350).

### EXAME DE CASO CONCRETO

Em conformidade com o que foi desenvolvido, tem-se que, nos dias atuais, inúmeras são as situações concretas nas quais se verifica a existência de conflito entre valores tutelados pela ordem jurídica, cabendo, em tais hipóteses, ao aplicador do Direito, mediante a técnica da ponderação, esclarecer qual o princípio deve prevalecer, pesando e sopesando todos os aspectos envolvidos na discussão e concluindo pela prevalência de um sobre o outro. Também como já afirmado, neste momento, o intérprete atua com carga maior de liberdade e discrecionalidade, valorando o caso concreto e buscando no âmago do ordenamento jurídico a solução que melhor atende aos seus objetivos e anseios.

Dentre as inúmeras hipóteses possíveis, opta-se, neste momento, pela análise dos casos nos quais o paciente, por convicção religiosa, livre e conscientemente, se recusa a receber tratamento por transfusão de sangue, ainda que tal recusa lhe venha a propiciar risco de morte.

Aludido conflito deságua, com grande frequência, nos Tribunais, tendo em vista que profissionais da medicina buscam, ante a recusa por parte do paciente, a providência jurisdicional respectiva, visando a receberem autorização para ministrarem compulsoriamente a transfusão de sangue.

Invocam, para tanto, o direito à vida, por essência, indisponível, cabendo, em tais hipóteses, ao juízo valorar o conflito entre os valores em choque.

A jurisprudência, de início, inclinou-se por acatar a tese da indisponibilidade do direito à vida, acolhendo, assim, os pedidos deduzidos no

sentido de que fossem os pacientes compelidos a receberem a transfusão de sangue.

Ao contrário do que a princípio pode parecer, a questão não se revela singela, envolvendo inúmeros aspectos, razão pela qual, ainda que o conflito não se tenha resolvido na jurisprudência, tem-se nos dias de hoje posicionamento abalizado em sentido contrário àquele aludido, ou seja, de prestígio à decisão consciente e esclarecida do paciente, que, por suas próprias convicções, se opõe ao recebimento de transfusão de sangue.

Há que se salientar, por importante, que a hipótese contempla pacientes maiores e em plena consciência para decidir a questão, de maneira absolutamente esclarecida.

Assim, tem-se de um lado, conforme explicitado, o direito sagrado e inalienável à vida, invocado pelo médico ou pela instituição hospitalar e, de outro, o direito à liberdade de crença e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Afigura-se, pois, concretizado o conflito de valores, incumbindo ao intérprete, através da ponderação, decidir qual o princípio preponderante.

A hipótese, como tantas outras, afigura-se de difícil solução, havendo bons argumentos num e noutro sentido, sendo certo que, em que pesem as abalizadas opiniões em contrário, o direito à vida se condiciona a uma existência digna.

A pessoa que professa, com absoluta legitimidade, a religião “Testemunhas de Jeová” possui crenças e não admite a transfusão de sangue como tratamento médico. Em tal circunstância, mais uma vez em absoluto respeito a entendimentos diversos, não cabe ao Estado impor a medida que pode vir a lhe salvar a vida, mas, por outro lado, impor-lhe-á uma existência infeliz e irremediavelmente divorciada de suas convicções religiosas, com o comprometimento do convívio em seu meio social.

Haverá, assim, ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, a pretexto de assegurar-se o direito à vida.

Há, outrossim, aspectos relacionados com a saúde pública que vêm a legitimar eventual decisão do paciente de não se submeter à transfusão

de sangue. Impende destacar, entretanto, ser fundamental que o paciente esteja consciente para decidir, de maneira esclarecida, não querer o tratamento na forma citada.

A situação exposta não comporta, a toda evidência, solução única e imune a críticas. Ao revés, demanda um processo de valoração e racionalização no qual o aplicador irá concretizar o Direito, mediante a ponderação, sopesando de um lado o direito à vida e de outro o direito à liberdade de crença e a dignidade da pessoa humana.

Ainda que, num primeiro momento, haja uma tendência de se prestigiar o direito à vida, impondo-se o tratamento necessário, sob o fundamento da indisponibilidade do direito, há que se ter em mente os demais valores envolvidos na questão.

Assim, ainda que, ao final, entenda-se que o direito à vida deve prevalecer, a aludida conclusão deve forçosamente levar em consideração todos os aspectos e valores envolvidos. ♦

# Normatividade Jurídica e a Internet, o Direito de Imprensa e de Informação. Possibilidade de Ponderação e Limitação pelo Poder Judiciário

Mirella Correia de Miranda Alcântara Pereira<sup>1</sup>

Em 1948, ao terminar seu romance **1984**, certamente o escritor inglês George Orwell não imaginava que na última década do século XX, o mundo passaria por uma revolução digital, através da qual a humanidade estaria interligada por milhões de computadores, tendo acesso praticamente imediato a uma vasta gama de informações e notícias.

Tampouco poderia ele imaginar que tal velocidade no fornecimento da informação iria acarretar problemas de saúde em escala epidêmica e mundial, tendo em vista que o número de pessoas que procuram os consultórios médicos se queixando de estar sofrendo de angústia e de ansiedade cresce diariamente, isso por se sentirem obrigadas a estar atualizadas com as notícias e informações que são veiculadas pela internet. A sensação é de que o tempo está passando rápido demais, ou ainda, de que não há tempo para se cumprir todas as tarefas do dia. Contudo, essa é apenas uma das mazelas trazidas pela revolução digital. Outras serão abordadas mais a frente.

Publicado em junho de 1949, ainda sob o fantasma da Segunda Grande Guerra, **1984** descreve um aterrador quadro no qual a sociedade

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito Titular da 3ª Vara Cível de Niterói.

está sob constante e sufocante fiscalização e controle do governo, que vai, num crescendo, usurpando todos os direitos individuais, até extingui-los totalmente. Os relacionamentos interpessoais inexistem por serem proibidos, salvo em raras circunstâncias, todas previamente autorizadas e vigiadas pelo Partido e pela figura onipresente e opressora do Grande Irmão. Realmente, assustador!

Seis anos após a publicação de **1984**, em pleno período da “Guerra Fria”, preocupado com o sucesso do lançamento do foguete soviético “Sputnik”, o governo norte-americano criou a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (em inglês, Defense Advanced Research Projects Agency - DARPA), cujo escopo era reaver a liderança tecnológica perdida para os soviéticos.

Foi então que os norte-americanos, através da DARPA, passaram a investir em pesquisas objetivando interligar os inúmeros radares espalhados por todo o seu território. Daí para o desenvolvimento da denominada DARPANET foi um pulo! E podemos afirmar, sem medo de errar, que a DARPANET foi a precursora da internet como a conhecemos hoje.

É importante salientar que, ao investir no desenvolvimento e aprimoramento de uma rede mundial de computadores, os governos tinham em mente preservar a integridade de suas informações e comunicações em caso de ataque inimigo, pois o tráfego de informações seria automaticamente desviado para outras conexões da rede. Curiosamente, a prova de fogo do sistema de defesa ocorreu durante a Guerra do Golfo, em 1991, quando a inteligência norte-americana teve dificuldades em invadir e desmantelar a rede de comando do Iraque que, ironicamente, utilizava o mesmo sistema.

Atualmente, a rede mundial de computadores é utilizada diuturnamente para os mais variados fins. As crianças do século XXI preferem fazer suas pesquisas escolares pela internet, pois, sem dúvida, é muito mais prático e rápido do que consultar uma enciclopédia pesada, escrita em letrinhas miúdas e, provavelmente, colônia de ácaros e bactérias!

Os adultos, por sua vez, pagam suas contas, fazem compras, têm a possibilidade de estudar, leem livros e periódicos, visitam lugares longín-

quos e, até mesmo, se relacionam pela internet! Infelizmente, são cada vez mais frequentes os casos de pessoas que possuem mais amigos “virtuais”, com os quais jamais tiveram qualquer contato físico, do que de carne e osso.

É bem verdade que as denominadas redes sociais geraram uma nova forma de interação e socialização. Entretanto, se por um lado, a revolução digital trouxe significativas e positivas mudanças para a sociedade, diminuindo as distâncias, aproximando pessoas e servindo até como ferramenta para propaganda política, como fez o presidente norte-americano Barack Obama em sua campanha de 2008, é inquestionável que, por outro viés, essa mesma revolução trouxe mazelas que estão longe de ser extirpadas, dada a dificuldade de se legislar as atividades praticadas através da web.

Atualmente, crimes são facilmente cometidos através do computador, via internet. Em virtude da velocidade de transmissão das informações, pululam na rede mundial de computadores páginas que veiculam pornografia infantil.

Em 2006, foi distribuída para a 3ª Vara Cível da Comarca de Niterói, tombada sob o nº 2006.002.005557-3, uma ação ordinária de responsabilidade civil por danos morais cuja Autora era uma menor, de apenas catorze anos, atriz de um canal televisivo, e que foi alvo de textos de extremo mau gosto, difamando-a pela internet. Na ocasião, proferi a seguinte decisão antecipando os efeitos da tutela de mérito:

“Vistos etc.

Anote-se no D.R.A., e onde mais couber, que a presente demanda deverá ser processada em **SEGREDO DE JUSTIÇA**, na forma da lei, havendo severa punição para quem não observar a presente ordem. A Serventia deverá atentar para a presente determinação sempre que movimentar o feito no sistema de informática do TJ.

Os fatos narrados na inicial são aterradores! Uma menor, de apenas 14 anos, vem sendo difamada pela internet, em total afronta aos ditames do art. 5º, inciso X da Magna Carta promulgada em 05 de outubro de 1988.

A cópia do texto veiculado na internet (fls.27/29), além de ser de extremo mau gosto, pode ser considerado pedofilia pura, sendo certo que os provedores de acesso que o colocaram na rede, sem qualquer autorização dos responsáveis da menor, são responsáveis solidários pelos danos causados à Autora.

Neste sentido, temos a lição do Dr. Ricardo Alcântara Pereira, Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>2</sup>:

*“De outra parte, o provedor de acesso pode ser responsabilizado civilmente se hospedar home pages de seus clientes, que divulguem ou propagandeiem, por exemplo, crimes contra a honra, pedofilia, racismo, tóxicos, violações de direitos autorais ou firam preceitos ético-morais de trato comum.*

*Mas entende-se que essa responsabilidade, isoladamente ou in solidum, como litisconsorte passivo facultativo (inciso III, do art. 46 do CPC), fica condicionada à inércia do provedor de acesso, após ser notificado, judicial ou extrajudicialmente, de que está hospedando páginas com tais características. Isto por que, no âmbito da tecnologia atual, o provedor de acesso não tem como exercer um controle prévio do upload, isto é, do material que está sendo transferido pelo seu cliente, portador de uma senha e de um login, que lhe dão acesso ao servidor FTP do provedor, máquina onde, materialmente, ficam alojadas as páginas.*

*Porém, feita a prévia comunicação do ilícito ao administrador de rede do provedor, ou seu equivalente, e ocorrendo a letargia do mesmo em não tomar as devidas providências para pôr fim à divulgação indevida, surge, com tal conjugação, a pretensão jurisdicional em face do provedor, diante da culpa presumida, juris et de jure, o que significa inversão do onus probandi, levando em conta, neste aspecto, que o Supremo Tribunal Federal, desde a década de 40, com os posicionamentos dos Ministros Orosimbo Nonato e Filadelfo Azevedo, amenizou a disposição do art. 1.523*

2 PEREIRA, Ricardo Alcântara Augusto. **Direito Eletrônico – A Internet e os Tribunais**, São Paulo: Edipro, 2001.

*do Código Civil, em razão do risco assumido pela empresa, conforme entendimento atualmente consolidado na Súmula 341. Neste cenário, por certo, hodiernamente, quanto a tais aspectos, o assunto mais tormentoso envolve a pedofilia na internet...  
... O provedor, como visto acima, exerce um serviço de valor adicionado, conforme art.61 da Lei nº 9.472/1997, e, na condição de usuário dos serviços de telecomunicação, pode sofrer, nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas (inciso V, do art. 3º), uma investigação, sob controle judicial, com acesso, por via reflexa, aos fluxos de comunicação dos seus clientes, usuários finais da Internet, visando à colheita de prova em procedimento criminal e em instrução processual penal, nos termos do parágrafo único do art.1º da Lei nº 9.296/1996. Tais situações distintas geram reflexos na esfera civil, conforme preceituam o art. 63 e o art. 64, actio civilis ex delicto, ambos do Código de processo Penal”.*

A continuação do texto na rede importará em dano irreparável à imagem da Autora, que é atriz e, portanto, vive de sua imagem pública, sem mencionar os danos à sua dignidade e à sua honra. Entendo que os requisitos autorizadores da concessão da antecipação dos efeitos da tutela de mérito estão presentes. Trata-se de uma menina, de apenas 14 anos, que deve ser respeitada como ser humano e protegida pelo Estado da exploração doentia de pessoas como as que produziram e colocaram o referido texto na rede mundial.

Afinal, os Réus foram notificados (fls. 36/46), quedando-se inertes. Apenas o 5º Réu apresentou contranotificação (fls. 47/48), porém sem tomar maiores providências, com o escopo de evitar a propagação do mau que vem sendo causado à Autora.

À vista do exposto, e tudo ponderado, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DE MÉRITO,

determinando que os 1º e 2º Réus retirem do conteúdo do site *www.contoseroticos.com.br* o texto denominado “M. B. - A Atriz Ninfeta”<sup>3</sup>, em 24 (vinte e quatro) horas, abstendo-se de inseri-lo novamente neste ou em qualquer outro site, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sujeita à majoração.

Determino, ainda, aos 3º e 4º Réus que se abstenham de incluir ou utilizar o referido texto no site “*www.megasex.com.br*” ou em qualquer outro, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sujeita à majoração.

Outrossim, ainda no contexto da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, determino que os Réus apresentem ao Juízo, em cinco dias, as informações e os dados cadastrais dos usuários que disponibilizaram o texto ofensivo à Autora na internet, especialmente os titulares das contas de e-mail “*albsrodrigo@yahoo.com*” e “*marciacristinamc@bol.com.br*”, ou quaisquer outros que venham a ser identificados, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sujeita à majoração.

Por fim, determino que os Réus apresentem ao Juízo, no prazo de cinco dias, os registros dos acessos aos sites ou à internet (log), com a data, hora e os números do Protocolo da Internet, vinculados aos usuários que encaminharam as mensagens ou que realizaram o upload do texto ofensivo à Autora, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sujeita à majoração.

Ressalto, por oportuno, como é cediço, que a responsabilidade civil independe da criminal e as medidas aqui tomadas não impedem que sejam adotadas outras medidas penais contra os eventuais infratores. (...)”.

---

3 Para preservar a Autora, seu nome foi omitido.

Segundo informações do Ministério Público Federal<sup>4</sup>, os dados da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos demonstram que em 2008 foram denunciadas 91.038 páginas da rede mundial de computadores, das quais 57.574 se referiam à pornografia infantil. Antigamente, havia uma maior dificuldade em se localizar os criminosos. Contudo, no final de 2008, foi firmado um termo de cooperação entre a Justiça Federal e os provedores de acesso objetivando a entrega das informações necessárias para o combate aos denominados crimes cibernéticos.

Além da perniciosa pornografia infantil, existem ainda inúmeros sites desenvolvidos por fanáticos religiosos que ensinam desde como fazer uma bomba caseira até em como se tornar um homem-bomba, causando efeitos deletérios na ordem mundial, bem como páginas que, sob o argumento de que todos têm o direito à informação, se limitam a veicular notas falsas, denegrindo e difamando pessoas, sejam elas famosas ou não, como no caso anteriormente mencionado.

Embora ainda não haja uma legislação específica para a internet, entendo que o Magistrado deve decidir com base nos princípios gerais e na equidade, objetivando sempre a entrega da prestação jurisdicional de forma célere e satisfatória, atendendo aos anseios dos jurisdicionados. A meu ver, principalmente nas questões envolvendo a internet, com todos os desdobramentos delas advindos, há que se considerar sempre, e cada vez mais, a supremacia da norma constitucional.

Gosto muito da analogia que compara a Constituição Federal à espinha dorsal de um corpo humano, sendo a coluna que sustenta todo o sistema, fazendo com que todo o organismo funcione de forma concatenada. Assim, se não existe uma legislação específica, os princípios gerais, as normas constitucionais, a analogia e a equidade socorrem o Magistrado no momento de aplicar o direito ao caso concreto.

Tal ponto se torna ainda mais relevante, na medida em que constatamos que as notícias que, antigamente, eram veiculadas apenas por rádio, televisão e por jornais e revistas impressos, hoje o são, na velocidade de

---

4 Disponível em: [http://www.jcnet.com.br/editorias/detalhe\\_geral.php?codigo=149775](http://www.jcnet.com.br/editorias/detalhe_geral.php?codigo=149775)

um átimo de segundo, pela internet. E nesse ponto, nos deparamos com um dilema de difícil solução para os operadores do Direito: O que fazer quando o direito à informação vai de encontro ao direito à intimidade, à privacidade? Existe preponderância de um sobre o outro, ou ambos têm igual valor?

Se formos analisar o texto constitucional, ambos são considerados pelo legislador constituinte como direitos fundamentais do cidadão, são cláusulas pétreas que não podem ser modificadas sequer por emenda constitucional. Logo, a meu ver, a valoração de um e de outro vai depender do caso concreto em comento.

Afinal, no Título II, em que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 assegura, entre outros, o direito de resposta além de indenização por dano moral, material ou à imagem (art. 5º, inciso V); a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, inciso X), e ainda, o acesso à informação, resguardando o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, inciso XIV).

Tal questão foi debatida à exaustão pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADPF 130, como explanado pelo Desembargador Luis Gustavo Grandinetti C. Carvalho<sup>5</sup>. Ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, o Supremo Tribunal Federal excluiu a Lei nº 5.250/67, a denominada Lei de Imprensa, do ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando que o Magistrado deverá, de agora em diante, aplicar o princípio da razoabilidade para ponderar eventual conflito entre o direito à informação e um dos direitos individuais indisponíveis.

O Ministro Cezar Peluso, durante o julgamento da ADPF nº 130, afirmou que a imprensa é livre, mas que tal liberdade encontra limites predefinidos no próprio texto constitucional, principalmente no princípio da

---

5 CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho; GALVÃO, Mônica Cristina Mendes, **O STF e o Direito de Imprensa: Análise e Consequência do Julgamento da ADPF 130/2008**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

dignidade da pessoa humana.<sup>6</sup> Já o Ministro Carlos Ayres Britto, relator da ADPF nº 130, por seu turno, sustentou que apesar de entender que os direitos fundamentais devem ser observados, não podem limitar o exercício da atividade de imprensa e do dever de informar.<sup>7</sup> Portanto, é fácil perceber que não existe uma opinião uniforme sobre o assunto.

Em outra demanda distribuída para o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Niterói, Jefferson Carvalho propôs uma ação ordinária de responsabilidade civil por danos morais em face da Editora Esquema Ltda., responsável pelo jornal “A Tribuna”, e de uma de suas jornalistas, pois, ao noticiarem que, no dia 28 de agosto de 2008, houve intenso tiroteio entre bandidos de uma facção criminosa da favela do Sabão e do Morro da Boa Vista e os donos de uma Lan House situada no local, publicaram o nome completo do Autor e uma fotografia de seu rosto, apontando-o como sendo um dos acusados de coparticipação no crime.

Entretanto, na época, além de ser menor de idade, o Autor logrou comprovar nos autos que, no momento do crime, estava em seu local de trabalho. É desnecessário dizer que a publicação da matéria veiculada pelos Réus causou ao Autor graves prejuízos.

Os Réus, em sua defesa, afirmaram que os jornalistas não têm livre acesso aos registros policiais e devem aceitar a informação que lhes é fornecida pelo policial de plantão.

Ao julgar o feito, após a devida instrução, com farta produção de prova oral e documental, proferi a seguinte sentença:

“(…) É O RELATÓRIO, EM SÍNTESE. PASSO A DECIDIR.

Finda a instrução, entendo assistir razão ao Autor. Pela simples leitura da notícia veiculada pelos Réus, cuja cópia encontra-se

---

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Preceito Fundamental nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19.02.2008, publicado no D.O. do dia 06.11.2009. Voto do Ministro Cezar Peluso, na ADPE p.123.

---

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Preceito Fundamental nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19.02.2008, publicado no D.O. do dia 06.11.2009. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p.46.

às fls.22 verifica-se que os Réus extrapolaram o seu dever de informar.

A manchete da notícia é: “POLÍCIA IDENTIFICA MAIS UM SUSPEITO NO TIROTEIO DO MORRO BOA VISTA”. A notícia vem acompanhada por uma fotografia do Autor e informa o nome completo do Autor.

No caso em tela, existe um conflito entre a liberdade de imprensa e de comunicação e o direito à proteção à honra e ao bom nome dos cidadãos.

Não existem dúvidas de que vivemos em um Estado democrático, no qual a liberdade dos meios de comunicação não pode ser objeto de qualquer espécie de cerceamento ou censura. Contudo, obviamente, o dever/direito de bem informar deve ser exercido de forma responsável, mormente se estiver diante de outro direito fundamental constitucionalmente garantido a todos nós, que é o direito à preservação de seu patrimônio moral (honra, imagem, bom nome).

Concordo com os Réus quando afirmam, em sua bem elaborada peça de bloqueio, que o assunto era de interesse público, tendo eles o dever de informar. No entanto, no caso em tela, me parece que os Réus extrapolaram os limites do razoável tendo em vista que sequer souberam identificar qual foi o policial que forneceu as informações que originaram a notícia. Outrossim, à época da veiculação da notícia, o Autor tinha apenas dezessete anos.

Apenas foi dito que as informações foram colhidas com a autoridade policial, sem fornecer nomes, o que impossibilitou que aquele que forneceu as informações à 2ª Ré pudesse ser ouvido em Juízo para esclarecer os fatos.

Os Réus extrapolaram o exercício regular do direito de informar a partir do momento em que imputaram ao Autor a prática de um fato criminoso, sem terem em mãos quaisquer embasamentos fáticos.

O **quantum** indenizatório, contudo, deve ser apreciado à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito de uma parte, em detrimento da outra. Por outro lado, porém, deve a indenização ser de tal monta a representar, para o causador do dano, também uma sanção, com o escopo de evitar que o mesmo volte a praticar atos semelhantes, causando novos danos a outras pessoas.

À vista do exposto, e tudo ponderado, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS, condenando os Réus a pagarem ao Autor, solidariamente, a importância de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a título de indenização por danos morais, quantia que deverá ser corrigida monetariamente e acrescida dos juros de mora a partir da data da citação.

Outrossim, condeno-os a efetuar a retratação através de publicação de matéria jornalística veiculada no mesmo periódico e nas mesmas dimensões que teve a notícia ofensiva, em cinco dias, sob pena de multa diária de R\$50,00 (cinquenta reais) (...).”

Não houve recurso e “**A Tribuna**” resolveu cumprir a decisão judicial, publicando sua retratação<sup>8</sup>, além de pagar ao Autor a indenização por danos morais a que fazia jus. É importante ressaltar que, no caso, não houve qualquer violação ao sigilo da fonte por parte da jornalista que também integrava o polo passivo da demanda, tendo em vista que a profissional sequer sabia declinar quem lhe havia prestado as informações que embasaram seu artigo.

Naquele caso, a meu ver, existia um aparente conflito entre o direito à informação e o direito à honra. No Estado Democrático em que vivemos, ao contrário do regime totalitário descrito com requintes por George Orwell, cabe ao Poder Judiciário, em situações como essa, ponderar, valo-

8 Disponível em: [www.alcantarablog.com/2011\\_11\\_03\\_archive.html](http://www.alcantarablog.com/2011_11_03_archive.html); publicado em 03/03/2011.

rar e limitar a tão propalada liberdade de expressão e de informação se a mesma estiver dissonante com outros direitos fundamentais que devem ser resguardados, sem esquecer que na nossa sociedade, ao contrário daquela retratada na obra de Orwell, a intervenção estatal na vida dos cidadãos deve ser mínima.

Não se discute a relevância do direito à informação. Todavia, a meu ver, a informação, antes de ser tornada pública, deve ser esmiuçada e verificada, e não baseada em simples rumores e suposições. É por isso que se diz que a imprensa tem o direito/dever de informar. Tal dicotomia traz em si uma grande responsabilidade, uma vez que a imprensa é formadora de opiniões. Muitas vezes, no afã de informar, a imprensa acaba atropelando os fatos e “pré-julgando”, subtraindo daqueles que estão no centro das atenções o direito ao devido processo legal e à ampla defesa.

Todos se recordam do caso da Escola Base, ocorrido em São Paulo, em que o casal de proprietários da referida escola, acusados de abusar sexualmente das crianças ali matriculadas, foram presos e verdadeiramente massacrados pela imprensa, até serem absolvidos por ausência de provas. Nunca mais a vida desse casal será a mesma, ou será que alguém duvida disto? Salvo engano, nenhum jornal ou revista, impresso ou eletrônico, lhes concedeu o direito de resposta, embora esteja constitucionalmente garantido no inciso V do art. 5º, da Magna Carta, como já salientado.

Mas, além das questões já expostas, existe outro ponto envolvendo a internet e o direito à informação, e que merece muita atenção por parte do Poder Judiciário.

As grandes empresas fornecedoras de bens de consumo e os prestadores de serviços descobriram que a rede mundial de computadores é um grande mercado e investiram pesado nesse campo, por vislumbrarem quão lucrativo pode ser esse filão. Obviamente, havendo problemas entre tais empresas e fornecedores e os internautas consumidores, cabe ao Magistrado, ao apreciar o caso concreto, aplicar os princípios reitores da defesa do Consumidor, principalmente a Constituição Federal e a Lei nº 8.078/90, mais conhecida como Código de Proteção e Defesa do Consumidor, enquanto legislação mais específica não surgir.

Ressalte-se que os contratos eletrônicos têm uma natureza jurídica especialíssima, por serem híbridos. As pessoas contratam a distância, sem o contato do olho no olho, sem assinaturas ou papéis que possam comprovar efetivamente a existência da relação jurídica.

Não é a tônica, mas, em muitas ocasiões, aqueles que negociam pela internet não sabem se realmente existe alguém do outro lado, se o produto será efetivamente entregue, se o serviço será prestado. Enquanto isso, no afã de contratar, o incauto consumidor internauta já forneceu espontaneamente seus dados pessoais, inclusive número de cartão de crédito e código de validação do mesmo.

Para apimentar ainda mais essa discussão, no início de março de 2012, o Google, o maior buscador da rede mundial, lançou sua nova política de privacidade, através da qual passou a ter um maior controle sobre os dados pessoais de seus usuários. Imediatamente, vozes indignadas foram ouvidas no mundo inteiro. O presidente norte-americano Barack Obama foi um dos que publicamente questionou o novo regulamento da companhia e a União Europeia<sup>9</sup>, através de sua Comissão Nacional de Informática e Liberdade – CNIL, demonstrou insatisfação com o controle das informações pessoais dos internautas, sustentando, ainda, que o regulamento não observa a legislação europeia de proteção de dados.

Estaria o Gigante Google dando primazia aos interesses de seus anunciantes, em detrimento dos interesses pessoais e direitos individuais de bilhões de internautas que utilizam seus serviços diariamente? Há quem já sustente que o Google usará os dados pessoais dos internautas para propagandas direcionadas.

Lembram-se do onipresente Grande Irmão? Pois é! Preocupa não saber o que uma empresa do porte do Google irá fazer com os dados pessoais de tantos bilhões de usuários. Tais informações podem ser utilizadas para finalidades imprevisíveis, inclusive a venda de tais dados para outras empresas, cibernéticas ou não.

O buscador defendeu-se publicamente afirmando que não está cole-

<sup>9</sup> Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/03/120301\\_google\\_privacidade\\_dg.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/03/120301_google_privacidade_dg.shtml)

tando informações novas ou adicionais de seus usuários e que deseja apenas tornar a internet cada vez mais segura e a navegação mais simples e intuitiva. Entretanto, após o seu anúncio, e diante das reações indignadas que ele gerou em toda a comunidade digital, não pude deixar de lembrar, mais uma vez, o livro de George Orwell e a frase que se tornou o maior símbolo do seu romance: “Big Brother is watching you”, isto é, o Grande Irmão está vigiando você.

Indubitavelmente, a tendência é que o comércio eletrônico aumente em progressão geométrica e que as informações nos cheguem de forma cada vez mais rápida, muitas vezes sem o prévio crivo da credibilidade e da veracidade sobre o qual mencionamos anteriormente. Será necessário que o Magistrado do Século XXI esteja preparado para se deparar com tais questões, que se mostraram cada vez mais complexas, não só por envolverem o Direito, mas também por envolverem outras áreas das ciências humanas, tais como: a sociologia, a filosofia e a antropologia.

Afinal, através da rede mundial de computadores, os internautas travam relacionamentos com pessoas de diversos países, com culturas e hábitos totalmente diferentes; fato que, certamente, irá modificar o Direito, criar precedentes e fazer jurisprudência. Como lembrado pelo Desembargador Nagib Slaibi Filho em sua palestra de abertura do nosso curso, citando o Professor da Sorbonne e advogado francês Jean Cruet: “Nunca se viu o Direito reformar a sociedade, mas se viu a sociedade transformar o Direito”.

De agora em diante, na era da inclusão digital, do processo eletrônico e da sociedade de informação, o Magistrado deverá munir-se de maior sensibilidade para ponderar sobre eventual preponderância do direito à informação sobre os direitos individuais, limitando-o onde e quando couber, deixando-o prevalecer quando este se mostrar mais importante do que os demais.

Conclui-se que o que importa é jamais esquecer que cada Magistrado tem a missão de defender o regime democrático tentando, através do exercício diuturno e incansável da Judicatura, auxiliar na redução das desigualdades sociais. No mundo globalizado, o Magistrado deverá estar

atento para as ameaças que se farão cada vez mais presentes através do ciberespaço, defendendo a sociedade da possibilidade, ainda que remota, da existência real de um Grande Irmão, que saia da ficção sorrateiramente para tudo ver, e cercear, não apenas o direito à intimidade, ao bom nome, à honra e à privacidade, mas também o direito de receber informação e de informar, sem manipulação, sem retoques, sem censura. ♦

# O Papel dos Princípios Diante da Lacuna Legislativa

Patricia Rodriguez Whately<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO: A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Passada a fase jusnaturalista, em que os princípios gozavam de pouca valia, sendo considerados uma esfera abstrata do direito cuja normatividade era nula e, superada a fase do positivismo, em que os princípios só teriam espaço quando houvesse um caso de lacuna legislativa e a única justificativa para a utilização dos princípios era que eles eram derivados das leis, chega-se ao pós-positivismo, onde os princípios são vistos com o máximo de normatividade.

A ideia de que os princípios derivam das leis é absolutamente superada, sendo construída de maneira inversa: agora são as leis que derivam dos princípios, reconhecendo-se o caráter destes de geração das normas.

Atualmente, considera-se que os princípios são, pela sua própria natureza, elementos-chave da normatividade da Constituição e desse modo vêm ganhando uma força extraordinária no que se refere à proteção da identidade da Constituição e à garantia de Justiça, justamente devido a seu alto grau de indeterminação, que permite aos princípios a se adaptarem a situações diversas e, a partir deles, ser elaborada uma variedade de regras.

## DIFERENÇA ENTRE REGRA E PRINCÍPIO

De acordo com Canotilho<sup>2</sup>, distingue-se o princípio da regra pelos

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito em exercício na 35ª Vara Cível.

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1124-1125.

seguintes critérios: grau de abstração, grau de determinabilidade na aplicação no caso concreto, caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, proximidade da ideia de Direito e sua natureza normogênica (os princípios se situam como fundamento para as regras).

Segundo a doutrina de Kelsen, o ordenamento jurídico pode ser visualizado como um complexo escalonado de normas de valores diversos, no qual cada norma ocupa uma posição intersistêmica, formando um todo harmônico, com interdependência de funções e diferentes níveis normativos.

Nessa linha de raciocínio, uma norma só será válida caso consiga buscar seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, até que se chegue à norma última, que é a norma fundamental.

Desse modo, conforme já demonstrado, os princípios estão inseridos no conceito lato de norma jurídica, e, assim como Kelsen demonstrou que as normas estão escalonadas hierarquicamente, poderíamos facilmente deduzir que o mesmo ocorre com os princípios.

O sistema jurídico se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes.

Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores, e estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras.

### **APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS AO CASO CONCRETO: FILIAÇÃO HOMOPARENTAL**

Por muitos anos a sociedade admitia apenas a família constituída através de um casamento civil e os filhos legítimos advindos desta união, relegando à própria sorte as uniões estáveis, os concubinatos e a prole extraconjugal.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, os filhos de uniões extraconjugais passaram a ter direitos idênticos aos filhos concebidos

na constância do casamento, revogando normas até então vigentes dispostas no Código Civil de 1916.

A união estável também passou a ser reconhecida como entidade familiar, contudo, a Lei Maior dispôs no art. 226, § 3º, que tal união é assim reconhecida entre homem e mulher.

Interpretando-se tal norma em sua literalidade, sem utilização de uma interpretação sistemática da Constituição, poderia se pensar que as uniões homoafetivas ficaram de fora do conceito da união estável e, portanto, sem a devida proteção jurídica.

Contudo, não se pode olvidar da força normativa dos princípios constitucionais.

No art. 1º da Constituição consta que a República Federativa do Brasil tem como um de seus princípios a dignidade da pessoa humana.

Já o art. 3º da Lei Maior dispõe que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pela leitura de tais normas principiológicas se denota que o art. 226, § 3º, da Constituição naturalmente não poderia excluir a união homoafetiva como espécie de união estável, já que não estaria construindo uma sociedade mais justa nem promovendo o bem todos se, em virtude de preconceito em relação a opção sexual de um grupo da sociedade (homossexuais), os excluísse do conceito de entidade familiar.

A mesma interpretação deve ser dada ao art. 226, § 7º, da Constituição, já que tal norma dispõe que “fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal”.

Ou seja, apesar de tal norma mencionar “paternidade responsável”, também deve ser considerada incluída em tal disposição constitucional a maternidade responsável, nos casos de união homoafetiva.

Desse modo, quando o casal for constituído por duas mulheres seria possível que o filho destas fosse registrado em nome de ambas?

A norma infraconstitucional que rege a matéria, a Lei 6.015 de

1973, prevê em seu art. 54 que o assento de nascimento conterà o dia, mês, ano e lugar do nascimento, o sexo do registrando, o fato de ser gêmeo ou não, o nome e prenome da criança, a ordem de filiação de outros irmãos, os nomes, prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos e nome e prenome de duas testemunhas.

Portanto, segundo a lei, somente o filho nascido de uma união heteroafetiva poderia ser registrado com o nome de ambos os pais, na medida em que a norma supracitada menciona a exigência de nome e prenome paterno e materno.

Seria essa a interpretação mais adequada da norma, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana?

Insta destacar que também é necessário investigar a *mens legis*, ou seja, a finalidade da norma, a fim de verificar se, com a interpretação realizada, foi atendido o escopo da norma.

A norma que exige o registro do nascimento ocorrido em território nacional e exige que vários elementos ligados a esse nascimento constem do assento de nascimento visa a dar subsídios ao nascituro acerca de sua família e suas origens, garantindo assim sua identidade.

Por conseguinte, a fim de promover o bem da criança nascida em um lar homoafetivo, no tocante a sua identidade, bem como no que concerne a sua dignidade, não seria possível vedar a esta criança que, de seu assento de nascimento, não constasse o nome de ambos os pais, sejam eles hetero ou homossexuais.

No Estado de São Paulo, foi apreciada demanda cujo pedido consistia em ver reconhecida a dupla maternidade, já que o óvulo pertencia a uma das companheiras (mãe biológica), enquanto a outra teve tal óvulo fertilizado *in vitro* e implantado em seu útero (mãe gestacional), dando à luz a criança.

O processo de nº 0203349-12.2009.8.26.0002 correu sob segredo de justiça perante a 6ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro e o juiz Fabio Eduardo Basso reconheceu o direito das mães, que viviam firme, estável e pública união afetiva em ter ambos os nomes

constantes do assento de seus filhos.

No caso em comento, a inseminação artificial foi realizada por meio de fertilização *in vitro* dos óvulos de uma das conviventes com sêmen masculino de doador anônimo, formando embriões posteriormente transferidos para o útero da outra convivente.

Destaque-se que a mãe gestacional já tinha tido sua condição reconhecida e o que as companheiras buscavam era que o nome da mãe biológica também constasse do assento de nascimento dos menores.

O juiz constatou o vínculo afetivo que ambas possuíam com as crianças e entendeu que tal vínculo era preponderante sobre qualquer eventual discussão sobre qual delas deveria ser coroada ‘MÃE’.

De acordo com o magistrado, o fato estava consolidado, e as chances de insucesso e frustrações eram idênticas às do casal heterossexual e seus filhos, ou daqueles que sozinhos se dedicam à sublime condição de pai ou mãe, *verbis*:

“Os temidos e ocasionais constrangimentos, próprios da vida em sociedade e a atingir qualquer de nós sem distinção, por razões iguais ou diferentes, mas sempre sem nobreza, além da improvável insurgência das crianças, na fase adulta, com a filiação a elas atribuída, não afetarão ou modificarão a situação consumada, o estado imutável das coisas. (...) Ainda assim, dar força jurídica à realidade, assegurar todos os encargos e direitos inerentes ao poder familiar, ao parentesco, é nada mais que o justo com este núcleo familiar.

Quando a técnica conhecida e permitida melhora e até contraria a natureza, não cabe ao Direito ficar indiferente ou resistente. Duas genitoras, como exhibe o caso e nas suas especificidades, não se pode estranhar ou deixar de ver. (...). Alicerça a solução e pelo que por si e em si diz, o princípio da dignidade da pessoa humana. Igualmente, a liberdade, o direito a se ter filhos e de planejá-los de maneira responsável. Ainda, o dever da não discriminação e igualdade, às várias formas de família e aos filhos que delas se originem e, conseqüentemente, o

direito ao estado de filiação e ao nome, reciprocamente entre pais e filhos, não só para a perfeita e própria identificação, mas também daqueles e da célula familiar de que derivam. Ao final certo que respeitados, na hipótese, os superiores interesses dos menores de idade.”

## CONCLUSÃO

As velozes mudanças ocorridas no seio da sociedade moderna não são acompanhadas pelo Poder Legislativo, de modo que é impossível a este prever todos os conflitos sociais que possam vir a existir e estabelecer regras para sua solução.

Tal solução tampouco seria adequada, uma vez que a velocidade das mudanças poderia deixar as normas produzidas ultrapassadas, retirando seu poder normativo.

Ademais, quando uma regra é concretizada em uma lei, ela deriva de comportamentos praticados repetitivamente pela sociedade e aceitos por sua grande maioria.

Ocorre que não se pode esquecer a minoria - que pratica comportamentos muitas vezes não aceitos pela maioria e, portanto, que jamais serão albergados pela lei -, que igualmente merece proteção jurídica, mormente quando tais comportamentos estão em consonância com os princípios que funcionam como diretrizes gerais do sistema.

Tal é o caso da união homoafetiva que desafia dos operadores do Direito a interpretação das normas à luz dos princípios inculpidos na Lei Maior, promovendo assim o bem de todos sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. ♦

# Aspectos da Hermenêutica Constitucional

**Paulo Luciano de Souza Teixeira<sup>1</sup>**

A Constituição de 1988 inegavelmente contribuiu para o aprimoramento das instituições sociais, políticas e econômicas de nosso país. Trata-se de um estatuto político centrado na dignidade da pessoa humana, diferentemente da Carta anterior, concebida para o Poder. É fato que esta longeva Constituição passou por diversos processos de reforma/revisão, mas foram as mutações informais que realmente produziram a verdadeira revolução silenciosa que o Brasil tem realizado sob a vigência da Constituição de 1988, conduzida judicialmente e motivada pela consciência progressiva da comunidade jurídica brasileira sobre o significado da Constituição. Ora, para uma exata compreensão dessa revolução, sobretudo no campo hermenêutico e sua influência na construção do Estado Democrático de Direito, faz-se necessária a compreensão da temática fato, norma e valor, na perspectiva da transposição do dogma da sacralidade do texto legal, objetivando uma compreensão da norma concreta de resolução de cada caso, inspirada nos valores protegidos pela Constituição, abstraindo-se da interpretação literal ou gramatical, transcendendo a interpretação sistemática, para se chegar à compreensão da Constituição, muito além da sua letra.

Inicialmente, faz-se necessário estabelecer a distinção entre texto ou dispositivo, norma ou regra de conduta e valor ou objetividade jurídica, institutos claramente diferenciados. Efetivamente, o texto pode ser definido como símbolo gráfico finito e limitado que pretende expressar o significado, o conteúdo e a extensão das regras de conduta. Por outro lado, a norma tem no texto o seu ponto de partida, mas vai muito além

---

<sup>1</sup>Juiz de Direito do II Juizado Especial Cível de Campos dos Goytacazes.

dele, sendo infinitas as possibilidades normativas na resolução dos casos concretos. Com efeito, o texto é genérico e abstrato, a norma é concreta e individual e somente incide na resolução do caso concreto pela intrínseca e invencível impossibilidade do legislador, por mais bem intencionado que seja, de regular toda a multidão de casos que surgem a cada momento histórico em sociedades pluralistas e de segmentos tão diferenciados como a brasileira. O texto legal é produto do legislador, mas a norma subjacente, que constitui a regra de conduta no caso concreto, é produto da jurisdição, na satisfação da parte que estiver com a razão ou consectária da atuação governamental em prol do interesse público. O texto é produto da Política, a Ciência do poder, que é a capacidade de alterar a conduta. A norma é produto do Direito, a Ciência da norma de conduta. O valor é produto da Ética, a Ciência da conduta.

O texto pode se fragmentar em artigo, seção, inciso, parágrafo, como recomenda a nomografia brasileira. Por outro lado, a norma, quanto à sua abrangência, pode se denominar princípio, quando dotada de maior abstração, como os princípios fundamentais ou regra ou preceito, ou seja, norma mais específica, como o disposto no art. 242, § 2º CF. Com relação à sua eficácia, já não se fala mais em normas de eficácia plena, contida ou limitada, na classificação popularizada por José Afonso da Silva, partindo-se do pressuposto de que toda norma, com fonte na Constituição, tem eficácia e aplicação direta e imediata, como está no art. 5º, § 1º. A supremacia da Constituição sobre todos os atos estatais vincula juridicamente os atos dos Poderes da República, constituindo a transição entre a Política e o Direito, limitando juridicamente o poder político. Note-se que a constituição alberga valores de diferentes tendências, que geralmente se mostram conflitantes. Tal situação se verifica no art. 220, § 1º: “Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Em outras palavras, a lei não pode instituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística, valor que o juiz deve sopesar em cada caso com os valores da dignidade humana, decorrentes do disposto nos mencionados incisos do art. 5º. O processo

de aplicação da norma ao caso concreto é uma descoberta, como sustenta Ronald Dworkin: o Direito, e desde logo o Direito Constitucional, não se inventa, descobre-se. Ora, o Direito não está somente no texto, nem o direito subjetivo se confunde com o direito objetivo, daí se apurando que não se mostra fechado ou estrito o imenso rol dos direitos objetivos constantes nos diversos incisos do art. 5º da Constituição, mesmo porque os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime (democrático) e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

As Constituições do século XX ampliaram o rol da matéria constitucional, dispondo sobre os mais variados temas, como se pode ver na Carta atual, cujas disposições avançam sobre temas tão variados como o casamento, a união estável, o regime jurídico dos idosos, dos portadores de necessidades especiais, dos indígenas, confisco de bens dos traficantes etc. O conteúdo constitucional se tornou extremamente variado e até mesmo decorre de regulação indireta pela Constituição, como, v. g., o princípio da proibição de discriminação (art. 3º, IV), que é utilizado pelas minorias como fundamento de transformação. Ficou assim ultrapassado o conceito de constituição material, assunto que somente se destacou no século XIX. Também quanto ao conceito de constituição formal, grandes avanços ocorreram, alterando o posicionamento anterior de se admitir como forma de constituição todos os atos emanados do poder constituinte originário e de emenda. Sobreleva, na atualidade, a interpretação principiológica, operando o peso preponderante dos princípios em face das regras ou preceitos, aqueles dotados de maior abrangência e menor densidade, estes específicos e de maior concretude, assumindo vital importância os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cabendo advertir que tais princípios são referidos em várias decisões judiciais que simplesmente se referem a eles como fundamentação, sem sequer explicitar o nexo com o caso em julgamento. Desta forma, a noção de constituição formal perde a sua importância, porque os operadores do Direito estão aplicando normas que são apreendidas não pela interpretação literal ou filológica, mas

por interpretação sistemática e até mesmo axiológica. A ultrapassagem dos conceitos de constituição material ou formal se deve não ao tão alardeado desprestígio da Constituição, mas em virtude de o sistema jurídico moderno não ter mais fundamento em níveis ou patamares, como aprendemos pela pirâmide que Merkl e Kelsen popularizaram no século XX, mas em normas centrais, ou normas que estão no centro do ordenamento jurídico, no sentido de sua densidade normativa de proteção de valores essenciais, fontes da legitimidade das demais normas.

No que diz respeito aos princípios interpretativos na perspectiva da transição da hermenêutica clássica à hermenêutica baseada em princípios constitucionais, insta analisar o tema interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto. Em outras palavras, uma norma pode admitir várias interpretações, sendo que, dentre estas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada conforme a Constituição, será, portanto, considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde que haja naturalmente a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição. Em consequência, a interpretação conforme a Constituição pode se operar com declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto. Esses método especial de interpretação é originário do direito alemão (*Verfassungskonforme Auslegung*), significa, na essência, que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação “em harmonia com a Constituição”, e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado.

No ordenamento pátrio, a Lei no 9.868 disciplina o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: ‘Art. 28. ... A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito

vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual e municipal'. Interpretar conforme a Constituição não significa alterar o conteúdo da lei. Até mesmo porque, se assim fosse, tratar-se-ia de uma intervenção extremamente drástica na esfera de competência do legislador – mais drástica do que a própria declaração de nulidade dessa mesma lei. A declaração de nulidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição não se confundem. Tomá-las por iguais significaria considerar a interpretação conforme a Constituição como uma modalidade específica de decisão, e não como uma regra geral de hermenêutica ou princípio ampla e largamente utilizado, no qual a mesma verdadeiramente se constitui. Na interpretação conforme a Constituição tem-se, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial; constata-se, por outro lado, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. A interpretação conforme a Constituição, portanto, existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. Implica, necessariamente, dizer que se excluem as possibilidades de interpretação consideradas inconstitucionais. Pode-se perceber com maior clareza, no Brasil, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, duas dimensões abarcadas pelas possibilidades de interpretação conforme a Constituição. Por um lado, sua utilização em casos concretos vincularia apenas as partes envolvidas pela decisão, por meio do controle difuso de constitucionalidade. Por outro, a interpretação conforme a Constituição pode ser justamente utilizada no controle abstrato de normas. Em ambas as situações, limita-se o órgão judiciário a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. Entende-se pelo princípio da prevalência da Constituição que a única possibilidade de escolha viável seria aquela que não fosse contrária ao texto ou ao programa da norma ou normas constitucionais. O princípio da conservação das normas, por sua vez, considera que uma dada

norma, suscetível de ser interpretada conforme a Constituição, não deve ser declarada inconstitucional.

A força vinculante da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive da interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, tem sido tema merecedor de especial atenção de todos em face da natureza jurídica claramente legislativa do Excelso Pretório, com efeitos *erga omnes*, não só nas ações de inconstitucionalidade, como, também, na resolução dos casos concretos, como decorre do disposto nos arts. 481, parágrafo único, e 557, *caput*, e § 1º A, todos do Código de Processo Civil. Por ocasião da Constituição de 1988, muito se discutiu sobre o que se denominava de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, buscando fundamentos na doutrina clássica, principalmente em Rui Barbosa, que dizia que a inconstitucionalidade é írrita, nula e sem efeito algum. Tal posicionamento decorria do fato de que não se distinguia ainda perfeitamente os planos de realização do ato jurídico e somente se atribuía aos tribunais o poder de dispor a sua decisão de força de lei apenas para as partes, como decorre do disposto nos arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil. No entanto, adotando a Corte Suprema cada vez mais o papel de Corte Constitucional segundo o modelo parlamentar da Europa Continental, principalmente o paradigma da Corte alemã, veio como corolário lógico o seu poder de proclamar a inconstitucionalidade de forma diferida no tempo. Admite-se preservar as relações estabelecidas durante a vigência da lei inconstitucional, em razão da circunstância de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Nesse caso, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Não só o Plenário do Supremo Tribunal Federal, mas também os Tribunais de Justiça dos Estados, estes ao processar e julgar as representações de inconstitucionalidade do art. 125, § 2º, ganharam competência funcional para o reconhecimento diferido no tempo da declaração de inconstitucionalidade, podendo estabelecer, fundamentadamente, o termo inicial da eficácia da proclamação da inconsti-

tucionalidade da norma infraconstitucional.

Uma questão relevante que tem-se colocado diante do Supremo Tribunal Federal é o tema da norma ‘ainda constitucional’. Embora o tema possa gerar perplexidade, porque a constitucionalidade ou inconstitucionalidade é efeito necessário e obrigatório da compatibilidade ou não da norma inferior com a norma constitucional superior. Todavia, a Constituição não é algo estático, que não se altere. A Constituição é um processo de apreensão do significado da norma jurídica e, como processo, admite assim critérios de progressividade. Com efeito, o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o “pensamento do possível”, como na referência ao precedente firmado no Recurso Extraordinário Criminal no 147.776, sob o relato do Ministro Sepúlveda Pertence, quanto à legitimação do Ministério Público para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação, reputando-se transferida para a Defensoria Pública, onde e quando organizada, a legitimação.

Outra questão a ser examinada é o de bloco de constitucionalidade. Não se concebe o significado da Constituição meramente através de um ou mais dispositivos esparsos, pois a constitucionalidade ou inconstitucionalidade somente pode ser percebida através de um paradigma ou “bloco”. A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. A busca do paradigma de confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em

regime de vigência temporal, permita ao intérprete o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal contestado em face da Constituição.

Esse processo de indagação, no entanto, impõe que se analisem dois elementos essenciais à compreensão da matéria ora em exame. De um lado, põe-se em evidência o elemento conceitual, que consiste na determinação da própria ideia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhes dão consistência. De outro, destaca-se o elemento temporal, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito. No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar - distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual. A Constituição deve ser entendida não em seu conceito único, mas como uma pluralidade de acepções, ensejando a elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, de acordo em o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios

contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental.

Outro ponto de suma importância diz respeito à noção de coisa julgada inconstitucional. Como se sabe, a Emenda Constitucional no 32 inseriu no ordenamento constitucional as medidas provisórias permanentes. Dentre estas, existe a MP no 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que alterou o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, considerando inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. Assim, a sentença transitada em julgado, mesmo que não possa ser mais rescindida pela via indicada pelo art. 485 da lei processual, será ineficaz se o seu fundamento jurídico for posteriormente reconhecido inconstitucional pela mais Alta Corte. Apontam-se duas exigências opostas, mas conciliáveis – ou seja, a exigência de certeza ou segurança, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de justiça e legitimidade das decisões, que aconselha a não radicalizar essa autoridade. Nessa linha, repito: a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.

Por fim, embora não se possua ainda o necessário distanciamento histórico para ponderar sobre a influência da Constituição de 1988 na construção do Estado Democrático de Direito, não se tem dúvidas que uma parte importante da cidadania foi resgatada, em consonância com os objetivos fundamentais traçados na Carta Magna, conduzida judicialmente e motivada pela consciência progressiva da comunidade jurídica brasileira sobre o significado da Constituição. ♦

# **A Hermenêutica do Artigo 50, § 13, Inciso III, do ECA, Frente à Equidade e aos Princípios Constitucionais da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta**

**Pedro Henrique Alves<sup>1</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

O presente esboço objetiva um estudo sobre a interpretação do artigo 50, § 13, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, introduzido pela Lei 12.010/2009, frente à equidade e aos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta, diante de considerável alteração acerca dos requisitos para a adoção de crianças e adolescentes no Brasil.

## **DESENVOLVIMENTO**

O instituto da adoção de crianças e adolescentes no Brasil sofreu considerável alteração com a novel legislação introduzida no ano de 2009. A Lei 12.010/2009 alterou e incluiu diversos dispositivos no Estatuto da Criança e do Adolescente e, dentre eles, introduziu o § 13 ao artigo 50 que trata de um cadastro, em cada Comarca, de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro cadastro de pessoas interessadas na adoção.

Com efeito, o artigo 50, § 13, inciso III, da Lei 8.069/90 (ECA)

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de São Gonçalo.

trouxe ao Ordenamento Jurídico Brasileiro novos requisitos para o deferimento da adoção por casais que não estejam previamente habilitados e cadastrados no registro de pessoas interessadas na adoção, *in verbis*:

*Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.*

(...)

**§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:**

*I - se tratar de pedido de adoção unilateral;*

*II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;*

***III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.***

## OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA PRIORIDADE ABSOLUTA

Na doutrina jurídica são vários os conceitos destes princípios, inúmeras as classificações que lhes são atribuídas, não existindo um consenso sobre sua função.

Discorrendo acerca da importância dos princípios constitucionais em geral, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>2</sup> assevera que:

*“... violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucio-*

<sup>2</sup> Elementos de Direito Administrativo, p. 300.

*nalidade conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”*

No que tange à infância e juventude, esta preocupação é ressaltada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU 1948), pela Declaração dos Direitos da Criança – ONU – 20 de novembro de 1959, e mais recentemente pela Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro 1989, além das regras mínimas para administração da Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing – de 24 de Maio de 1989).

A Constituição da República, em outubro de 1988, trouxe em seu bojo o princípio da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta e, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 65 de 2010, estabeleceu, no artigo 227, que:

*“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”.*

Nestes termos, o princípio da proteção integral traz, em relação à legislação anterior, uma grande mudança. Trata-se da proteção que abarca todas as necessidades de um ser humano em início de desenvolvimento. Às crianças e aos adolescentes deve ser assegurada toda assistência material, moral e jurídica. Todos os direitos devem lhes ser ofertados, de preferência, no seio de uma família, mesmo que substituta.

A sociedade tem várias prioridades, mas a infância e a juventude têm prioridade ABSOLUTA para a sociedade, ou seja, uma prioridade dentre as prioridades.

O artigo 1.º do ECA, fonte secundária do princípio da proteção integral, conjugado como o artigo 3.º, estabelece, além da proteção integral, que “*A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade*”.

### A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

A Adoção *intuitu personae* é aquela que ocorre quando os próprios pais biológicos escolhem as pessoas que irão adotar seu filho e exercer o poder familiar dali por diante.

Esta modalidade de adoção não é expressamente prevista no atual ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, apesar de não prevista expressamente, há quem sustente que ela é possível, uma vez que também não é vedada. Nesse sentido, Maria Berenice Dias<sup>3</sup>:

*“E nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção intuitu personae, que não está prevista na lei, mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC, art. 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção”.*

Como retromencionado, o disposto no artigo 50, § 13, inci-

3 DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. Disponível em: [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br).

so III, inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n.º 12.010/2009, implementou novas discussões acerca da adoção *intuitu personae*.

O prévio cadastramento de pessoas interessadas na adoção de crianças e adolescentes passou a ser obrigatório.

Assim, o interessado domiciliado no Brasil e não cadastrado somente pode ter deferida adoção em três hipóteses:

I – Em adoção unilateral;

II – Formulada por parentes com os quais a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade;

III – Por quem detenha a tutela ou guarda de criança maior de três anos desde que existam laços de afinidade e não seja constatada má-fé ou qualquer das situações previstas nos artigos 237 ou 238 do ECA.

Neste diapasão, vemos que o Legislador preferiu não contemplar a adoção *intuitu personae*, que continua sem previsão expressa no nosso ordenamento jurídico. A afetividade entre aquele que quer adotar e aquele que será adotado mereceria maior valorização por parte do Legislador.

Para Paulo Lôbo<sup>4</sup>, “o princípio da afetividade está implícito na Constituição. Nela encontram-se fundamentos essenciais do princípio da afetividade”.

Por vezes, a afetividade entre adotante e adotado é tamanha e perdura por tanto tempo que a retirada de uma criança ou adolescente de uma família que, até mesmo àquelas que tenham usado de má-fé para ficar com o adotado, por exemplo, os casos de “adoção à brasileira”, não será causa para o indeferimento do pleito adotivo, já que, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, será melhor permitir que o infante permaneça naquela família a colocá-lo em acolhimento institucional ou família habilitada.

<sup>4</sup> Paulo Lôbo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. página 48.

## CONCLUSÃO

A interpretação sistemática do artigo 50, § 13, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, com nova redação dada pela recente Lei 12.010/2009, deve passar pelo filtro do princípio da proteção integral e da prioridade absoluta.

Não há dúvidas de que o cadastro de adotantes deve existir e sua ordem de preferência deve ser observada, em especial, em relação àquelas crianças e adolescentes disponibilizadas para adoção sem vínculo de afetividade.

Não obstante, ficando patente que o melhor interesse da criança ou do adolescente está, de alguma forma, ameaçado, deve o julgador se valer do princípio da proteção integral e garantir que seus direitos fundamentais se sobreponham, até mesmo, à norma positivada no artigo 50, § 13, inciso III, da Lei 8.069/90.

Note-se que o artigo 6.º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece de forma ampla que na sua aplicação deverão ser levados em conta os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Não deve o julgador, portanto, sob o pretexto de aplicar a norma cogente positivada no artigo 50, § 13, inciso III, da Lei 8.069/90, deixar de observar o melhor interesse dos principais destinatários da proteção jurídica, as crianças e adolescentes. ♦

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de Direito Administrativo**, 2ª ed., São Paulo: RT, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. Disponível em: [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br).

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

# Interpretação e Aplicação do Ordenamento Jurídico pelo Magistrado à Luz dos Princípios e Critérios Socionormativos

Raquel de Oliveira<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Magistrado (conceito): “vocábulo tecnicamente empregado para designar o juiz, ou seja, a autoridade judiciária, a que se comete o poder de julgar as questões jurídicas.”<sup>2</sup>

O magistrado faz atuar a lei, aplicando-a ao caso concreto trazido pelas partes, exercendo a jurisdição.

Aplica, portanto, o conjunto de regras e normas positivadas.

Com o dinamismo da vida cotidiana, nem todas as relações entre as partes são reguladas. À falta de regramento jurídico positivo a ser aplicado em determinado caso dá-se o nome de omissão, lacuna ou silêncio da lei. A ordem jurídica tem a pretensão de ser completa e não se pode conceber a existência de nenhuma situação juridicamente relevante que não encontre uma solução nela prevista. A *integração* é o processo de preenchimento de eventuais vazios normativos. Ocorre através de pesquisa de uma forma no ordenamento capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi expressamente cogitada pelo legislador.

Ao magistrado cabe dirimir os conflitos a ele trazidos, mesmo que não haja especificamente norma ou regramento legal tipificado aplicado àquela determinada situação.

---

<sup>1</sup> Juíza Titular da 6ª Vara Cível Regional de Jacarepaguá.

<sup>2</sup> SILVA, Oscar Joseph de Plácido e – **Vocabulário Jurídico** – Ed. Forense – 9ª. Edição – 1986, p. 126.

O Juiz deve deixar de ser mero aplicador do direito e ter consciência de que, ao aplicar o direito, passa a ser um criador de normas. Como bem diz Cassio Scarpinella Bueno, “*trata-se, é certo, de uma modalidade de criação um tanto diferente daquela que está sob responsabilidade do legislador, mas a interpretação e a aplicação do direito, mesmo quando feitas pelo juiz que tem o dever de julgar um caso concreto, são, necessariamente, criativas.*”<sup>3</sup>

### REGRAS E PRINCÍPIOS: IGUALDADE NA APLICAÇÃO?

Luis Roberto Barroso esclarece que *Regras* são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações.<sup>4</sup>

Ao ocorrer a hipótese tipificada, a regra deve incidir, de forma automática, produzindo seus efeitos. Aplica-se da seguinte forma: ou regula toda a matéria ou é descumprida.

Incide através da chamada *subsunção*: os fatos são enquadrados na previsão abstrata e chega-se a uma conclusão. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer.

*Princípios*, por sua vez, não especificam condutas a serem seguidas, indicam fins, *estados ideais* a serem alcançados. Aplicam-se a um conjunto indeterminado de situações. Os relatos caracterizam-se por serem mais abstratos. De forma frequente, os princípios apontam para direções diversas.

Dessa maneira, sua aplicação caracteriza-se pela *ponderação*. Mediante o caso concreto, o intérprete deverá verificar o peso que cada princípio irá desempenhar na hipótese e, através de concessões recíprocas, preservando, no que for possível, o máximo de cada um. Sua aplicação será graduada à vista das

3 BUENO, Cassio Scarpinella - *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil* - V. I – São Paulo - Ed. Saraiva – 2007 – p. 77.

4 BARROSO, Luis Roberto - *Interpretação e Aplicação da Constituição* – São Paulo - Ed. Saraiva, 6ª. Edição – 2008, p. 351.

circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Assim, existem princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. Cabe ao magistrado, quando defrontar-se com situação de antagonismos, fazer escolhas fundamentadas.

Com a ascensão da carga valorativa dos princípios como elementos normativos, pode-se almejar um sistema jurídico ideal, consubstanciado na distribuição equilibrada de regras e princípios. As regras têm a finalidade de proporcionar a segurança jurídica, caracterizada pela previsibilidade e objetividade das condutas descritas. Os princípios, com o caráter da flexibilidade, proporcionariam a realização da justiça no caso concreto.

### INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA: NOVO PARADIGMA?

A ascensão dos princípios e a aplicação de tais valores pela Constituição Federal, através da “teoria dos direitos fundamentais”, denota um novo tipo de interpretação da norma jurídica.

A doutrina tradicional aludia que não cabia ao juiz *criar* direito algum, que a atribuição do Poder Judiciário ainda seria a de julgar conforme e sob as condições da lei preexistente. A atividade do juiz seria apenas a de aplicar a lei, sem qualquer margem de apreciação do fato e do direito. Chega-se ao seguinte problema: somente a lei, nem sempre, é suficiente para cobrir todo e qualquer fato conflituoso entregue ao juiz para julgamento.

Na atualidade, o direito não pode ser estudado, aplicado ou analisado apenas com valores exclusivamente jurídicos.

Passou-se atualmente a atividade do magistrado de mero aplicador do direito, a outra *conscientemente* criadora e valorativa. Ou seja, passou a assumir um comportamento ativo na criação do direito.

A cada dia, diante a agilidade que toma conta da vida em sociedade, torna-se cada vez mais difícil encontrar-se leis que esgotem todos os elementos necessários e inquestionáveis para segura e inequívoca aplicação. Com isso,

cada vez mais, para a correta aplicação das normas e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico, ao magistrado compete uma verdadeira *criação* do direito para o caso concreto, valorando pessoalmente aquilo que está em julgamento. Acrescenta Cassio Scarpinella Bueno que “*não, apenas, a recuperação de uma valoração que terá sido feita pelo próprio legislador ao editar a “lei” mas, bem diferentemente, de uma valoração presente, feita pelo próprio juiz, que se vê diante do caso concreto com todas as suas peculiaridades e que deve decidir mesmo que a solução não esteja clara, expressa, pressuposta, “dada” na letra da lei.*”<sup>5</sup>

Portanto, valora-se a hipótese concreta do julgamento, tendo-se a norma jurídica como um padrão mínimo de conduta.

Por outro lado, passou-se a entender que a jurisdição constitucional guarda estrita relação com a atenção do constituinte ao equilíbrio entre poder e liberdade. Do mesmo modo, reconheceu-se que a lei, os estatutos e o contrato só têm legitimidade na medida em que são compatíveis com os valores constantes na Constituição.

Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, a sentença constitui ato de positivação do poder, por conter a formal afirmação, pelo titular deste, de uma valoração feita em torno de fatos apreciados, com a subsequente decisão a respeito.<sup>6</sup>

## FINALIDADE DO PROCESSO: A CHAMADA INSTRUMENTALIDADE

Pela chamada instrumentalidade procura-se aprimorar o sistema processual, tendo como premissa facilitar o acesso ao Judiciário, eliminar as diferenças de oportunidades em razão das situações econômica das partes, nas proposições de inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, garantia da ampla defesa e igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade para apreciação dos feitos.

---

5 BUENO, Cassio Scarpinella - **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil** - V. I - São Paulo - Ed. Saraiva - 2007 - p. 67.

---

6 DINAMARCO, Cândido Rangel - **A Instrumentalidade do Processo** - 8ª. Edição - São Paulo - Malheiros Editores - 2000, p. 91.

Nos sistemas jurídicos da “*common law*”, obtém-se do julgamento de cada caso critérios para julgamentos futuros, procurando-se alcançar estabilidade e segurança para a existência do próprio direito.

No direito escrito, deve-se esperar, com a apreciação judiciária de casos concretos, a evolução do próprio direito, segundo a dinâmica social e a evolução das perspectivas axiológicas.

O que se quer hoje é que no processo “se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídico-substanciais, sempre na medida e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política.”<sup>7</sup> Neste sentido, para atingir-se um bom nível de desenvolvimento da personalidade humana, deve ocorrer um clima de liberdade e igualdade.

Conforme já dito, tende-se ao abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas. Por outro lado, existe também a tendência a destinar a jurisdição para tutelar o indivíduo contra possíveis abusos ou desvios de poder pelos órgãos estatais em um verdadeiro equilíbrio entre os valores poder e liberdade. Da mesma forma, reconhece-se que o Estado tem o dever, mediante o devido processo legal, de interferir na vida da sociedade e nas relações entre seus membros, em nome da chamada paz social, eliminando conflitos mediante critérios justos.

Trazer a população ao Judiciário para exibir as suas insatisfações para serem remediadas em juízo e obter a sua confiança na solução dos problemas é também um objetivo instrumental do processo.

### **A APLICAÇÃO CADA VEZ MAIOR DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE**

O princípio da Equidade é na verdade um modelo de justiça ideal, a inspirar o direito a ser aplicado pelo órgão jurisdicional em um conflito de interesses, visando a verdadeira igualdade material e a evitar eventual injustiça ou desigualdade.

A decisão será equitativa quando tomar por base não apenas o aspecto

---

7 DINAMARCO, Cândido Rangel – **A Instrumentalidade do Processo** - 8ª. Edição – São Paulo - Malheiros Editores – 2000, p. 156.

jurídico do caso, mas também suas especiais circunstâncias e a situação pessoal dos interessados.

Portanto, a equidade tem por finalidade, como método de interpretação jurídica, conceder ao intérprete maior autonomia para buscar um direito que tenha por razão proporcionar solução justa para determinadas situações concretas.

Não é fonte de Direito, já que não tem o poder de criar normas jurídicas. É um critério de decisão de casos singulares, que se apresenta como essência e sob a forma de uma cláusula geral e que serve de recursos nos casos previstos, conforme previsão do art. 127 do CPC.

Tem função interpretativa, adequando a regra ao caso concreto, recorrendo aos critérios de igualdade e proporcionalidade. Sendo a lei omissa, tem a função supletiva. Pode ainda quantificar os efeitos da aplicação da norma, no caso, por exemplo, de fixação de valores de uma indenização.

A equidade pode ser eleita pelas partes para a solução de um litígio, como ocorre nos casos de compromisso arbitral.

Em resumo, se recorre à equidade: quando a lei assim determinar (CPC, art. 127); quando houver sido convencionada pelas partes (compromisso arbitral); quando o juiz tiver de decidir com base em cláusulas gerais, utilizando o critério de igualdade e proporcionalidade.

## O MAGISTRADO E A NOVA INTERPRETAÇÃO NORMATIVA

Atualmente, exige-se do juiz maior sensibilidade ao analisar as realidades da vida que chegam através do drama de cada processo. Deve analisar a questão cuidadosamente e de maneira sensível ao proferir uma decisão, para identificar os fatos e enquadrá-los em determinada categoria jurídica, descobrindo a verdade nas alegações dos envolvidos e interpretar o verdadeiro sentido da lei à luz dos princípios e das exigências sociais do tempo.

O juiz não pode ficar indiferente às expectativas da sociedade e às mudanças da nova era que vive, pois apegar-se à exagerada literalidade da lei apenas o tornará injusto.

Nos dizeres de Dinamarco, “o juiz moderno compreende que só se lhe

*exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença.”<sup>8</sup>*

A lei deve corresponder à realidade sociopolítica da nação. Em algumas situações, o envelhecimento da lei torna obsoleto seu sentido gramatical, sendo necessário o uso de outros sentidos para adequá-la às aspirações da sociedade. Este é um dos delicados aspectos da magistratura: adequar as decisões à realidade contemporânea, sem, no entanto, ser *contra legem*, uma vez que se vive em um estado de legalidade.

Ilegítima, no entanto, não será a sentença que poderá suprir o valor profundo e insuperável formado entre o texto da lei e os sentimentos da nação.

Permite-se ao juiz que se afaste do sentido gramatical dos textos legais somente quando for necessário para o cumprimento do direito. A isso é adotado o entendimento de “direito jurisprudencial”, que se caracteriza pelas posições de juízes e tribunais frente a modificações que o legislador ainda não concretizou. Antecipa-se a ele, sendo sabido que a criação de leis não consegue suprir com a devida velocidade as alterações nessa sociedade cada vez mais dinâmica.

“Um bom juiz pode muito bem ser criativo, dinâmico, ‘ativista’ e patentear-se como tal, mas só um mau juiz agiria pelas formas e modos de um legislador; conforme penso, um juiz que agisse de tal maneira simplesmente deixaria de ser um juiz”.<sup>9</sup> (Cappelletti)

Ao juiz, repita-se, cabe aplicar a lei, tendo liberdade de opção entre duas soluções igualmente aceitáveis no texto legal, pendendo para a que melhor satisfaça seu senso de justiça. Salvo em situações teratológicas, o magistrado não tem o poder de alterar os desígnios positivados pelo Estado, mesmo que as situações lhe pareçam desequilibradas.

---

8 DINAMARCO, Candido Rangel – **A Instrumentalidade do Processo** - 8ª. Edição – São Paulo - Malheiros Editores – 2000, p. 196.

9 (Cappelletti, **Giudici legislativi**, n. 11, esp. p. 64) *Apud*.

O disposto no ordenamento jurídico, em princípio, indica o critério de justiça adotado pela sociedade em uma determinada época de sua história. Em uma sociedade em que as mutações acontecem em uma velocidade cada vez maior, se só a lei estiver atenta, o magistrado se afastará dos critérios de justiça vigentes.

Cada momento de decisão em um caso concreto é sempre valorativo. É precisamente nesse momento que o juiz se investe no canal de comunicação entre a sociedade e os ditames da norma jurídica. Faz-se necessário toda a sensibilidade do intérprete aos valores sociais.

Em uma sociedade em que, por vezes, as leis podem não ser bem feitas e que envelhecem, as decisões que só as considerem carecem de legitimidade. É indispensável a interpretação dos textos legais em consonância com os princípios e garantias constitucionais.

O comprometimento do magistrado com o ideal da justiça também se encontra na maneira como interpreta os fatos provados nos autos. Deve, portanto, valorar adequadamente as provas produzidas. A sua liberdade de convencimento, demonstrando a independência do juiz, só tem valia se canalizada para obter a justiça das decisões.

### SENTENÇA PROFERIDA E A NOVA INTERPRETAÇÃO NORMATIVA

O caso que se traz ao trabalho com o intuito de demonstrar a utilização dos critérios sociais e humanos conjugados ao direito positivado no ordenamento jurídico no momento de decidir o mérito, foi a sentença proferida em um pedido de reconhecimento de união estável tendo por réus os filhos do *de cuius*.

Verificou-se que a autora conviveu com o falecido, ininterruptamente, em duas oportunidades, sendo a segunda findada com a morte do alegado companheiro.

O Ministério Público opinou pela procedência parcial dos pedidos a se reconhecer a união estável no período entre 1976 a 1992 e improcedente o pedido quanto ao período entre 2003 e 2008, por entender que, apesar dos laços de afeto e cuidado que uniram a autora e o falecido, não se configurou a

existência da *affectio societatis*, por vontade da própria autora.

A sentença proferida não acompanhou o parecer do Ministério Público, utilizando-se dos critérios sociológicos para reconhecer o que se entende como relação geradora de efeitos e o conceito de família.

Eis a fundamentação e o dispositivo do Processo (com nomes fictícios, em razão do segredo de justiça), Ação de Reconhecimento de União Estável, que tramitou perante a 2ª Vara de Família Regional de Santa Cruz:

*“Trata-se de ação de Reconhecimento de União Estável formulada em face dos herdeiros, visando o reconhecimento da convivência more uxorio com o falecido Sr. Antonio, genitor dos réus.*

*A instrução probatória, corroborando as alegações iniciais, comprova que houve um relacionamento more uxorio, ocorrido entre 1976 a 1992 e de dezembro/2002 até o falecimento de Antonio, em 13/05/2008. Positivamente a convivência existiu, conforme se extrai dos depoimentos da autora, da ré, das testemunhas da autora e, ainda, da testemunha arrolada pela ré, além das demais provas carreadas aos autos.*

*Os réus, Carmen e Caio filhos da autora e do falecido, concordaram expressamente com o pedido e a ré Sra Regina tentou negar a união estável, afirmando que o Sr Antonio, após a separação da genitora da ré, passou a residir em um imóvel quarto e sala na propriedade da autora, a quem pagava aluguel. Alegou ainda, que por ter saúde frágil, em decorrência da idade, a autora o auxiliava, sendo sua procuradora.*

*Resta-se incontroversa a convivência do Sr Antonio, ora falecido, com a autora, no período de 1976 a 1994, quando tiveram os dois filhos, ora réus. Entretanto, a mesma incontrovérsia não ocorre em relação ao segundo período, de dezembro/2002 até o falecimento do Sr. Antonio.*

*A questão seria simples se a filha do casal, Carmen, que concordou expressamente com o pedido, não tivesse dito em seu depoimento que sua mãe não aceitou se reconciliar com o companheiro, não dando a ele nenhuma chance e que “todos residiam na mesma*

*casa, como uma família, mas seus pais não dormiam juntos”. É fato que, para as pessoas jovens, o casal ter quartos separados afasta o convívio maritalis. Todavia, essa separação de corpos pode não significar uma separação do casal e, por isso, merece uma análise mais profunda.*

*O Sr. Antonio conviveu com a autora até 1994, quando tinha 76 anos de idade e ela 47 anos. Ele deixou o lar e se casou com a Sra Regina, que tinha 33 anos, em 09/06/1995, com quem teve uma filha, Belinha, nascida em 03/12/1996, quando ele já estava com 78 anos de idade.*

*Segundo a Sra.Regina, em seu depoimento, o casamento durou apenas 04 meses após o nascimento da filha, com uma tentativa de reconciliação um ano depois, com duração de 07 meses, ou seja, 02 anos de casamento.*

*Separado, o Sr. Antonio, doente e com 80 anos de idade, morando sozinho, em precárias condições, foi recolhido pela primeira família, isto é, filhos e companheira. Nesse período, a autora não constituiu nenhuma outra união e quando recebeu o companheiro de volta em casa já estava com mais de 50 anos de idade.*

*Realmente, olhando a situação pelo ponto de vista da autora, que recebia o companheiro de volta em casa, precisando de tratamento médico, cirurgia para colocação de marcapasso, e com idade bastante avançada, depois de uma grande aventura fora que lhe rendeu um casamento e uma filha, por óbvio não se vislumbra nenhum atrativo emocional e sexual para justificar o retorno ao leito comum.*

*Porém, aceitar o companheiro de volta ao lar, cuidando da sua saúde, da sua higiene, da sua alimentação e de tudo mais necessário a sua sobrevivência digna, representa na mais pura essência o dever de mútua assistência exigido na convivência more uxorio. Não é tão comum na atualidade, mas ainda existem resquícios de relacionamentos e casamentos, em que, num dado momento, a mulher não aceitava mais dividir a mesma cama com o marido,*

*quando este tinha algum relacionamento extraconjugal, mesmo já findo, mas mantinham o casamento e a família até o falecimento de uma das partes.*

*Por outro lado, olhando pelo ponto de vista da filha do casal, Carmen, que ainda adolescente viu o pai sair de casa para constituir outra família e a sua mãe aceitou recebê-lo de volta quando tudo acabou, é realmente uma questão de orgulho, como filha e mulher, dizer que sua mãe “aceitou cuidar dele”, mas não deu chance de reconciliação e não o deixou dormir no mesmo quarto. Ela não mentiu, não foi contra a sua mãe, apenas expressou seus sinceros sentimentos quando teve oportunidade de ser ouvida.*

*A testemunha Albertina, sabia que o Sr. Antonio e a Sra. Maria não dividiam o mesmo quarto, mas frequentava a casa e os via como um casal e com os filhos compunham uma família. Em seu depoimento disse “... a união era de homem e mulher, apesar de não dividirem o mesmo quarto, o Sr. Antonio era apaixonado pela autora e inclusive a pediu em casamento na frente da depoente e de toda a família, dizendo que queria casar porque queria dar maior segurança para ela e os filhos; a Dona Maria cuidava do Sr. Antonio, levando-o ao hospital e cuidando dele em casa, com alimentação, roupa e tudo mais ..., assim eles permaneceram até o falecimento do Sr. Antonio”.*

*A testemunha Oscar disse “... costumava jogar sinuca com o Sr. Antonio na própria casa, pois a Dona Maria comprou uma sinuca e pôs em casa para o Sr. Antonio não ir para o bar; quando conheceu a família, já conheceu todos juntos e o Sr. Antonio e a Dona Maria sempre em casa, não tinham nenhum relacionamento fora de casa ... a Dona Maria cuidando do Sr. Antonio, levando-o para o hospital, chamando taxi, cuidando da alimentação e o tratando como marido, o que tudo indicava é que moravam juntos como se casados fossem, inclusive foi assim até o falecimento do Sr. Antonio.”*

*A testemunha arrolada pela ré, Sr. Álvaro, disse que “... as vezes*

*que visitou o Sr. Antonio a Dona Maria estava sempre cuidando dele; não faltava a ele nenhum cuidado, nem atenção; os filhos não eram moradores da casa, apenas visitavam; na casa morava apenas o Sr. Antonio e a Dona Maria ...”*

*Como se observa, os depoimentos foram uníssonos quanto aos cuidados despendidos pela autora ao réu, que lhe deu total assistência, moral, emocional e familiar dos 80 anos de idade, quando retornou ao lar, até o seu falecimento em 13/05/2008, com 90 anos de idade.*

*A união estável é a relação homem e mulher com o fim de constituir família. Essa relação deve estar revestida dos deveres do casamento, que são fidelidade, coabitação, mútua assistência e coberta pela afetividade familiar. A situação, acima analisada, configura verdadeira união estável, com o fim de reconstituir a família perdida, revestida de todos os deveres inerentes ao casamento, principalmente a afetividade familiar. Todos que frequentavam a casa, conforme colhido nos depoimentos, reconhecem a convivência como se casados fossem.*

*Vale mencionar que, se ao invés de terem convivido em união estável, com um lapso de separação, fossem casados, o retorno dele ao lar não teria nenhuma discussão quanto a finalidade de “retomada da família”. Por analogia, a mesma interpretação deve ser dada ao caso em tela, uma vez que o retorno foi uma retomada da família.*

*Para melhor elucidar a questão, trazemos a colação um trecho publicado no ANAIS - V Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, coordenado por Rodrigo Pereira da Cunha, 2006, São Paulo: IOB Thomson, pag. 332, sobre UNIÃO ESTÁVEL:*

*Da união estável como espécie de entidade familiar pode afirmar-se que somente existe e perdura enquanto traduzir uma “união feliz”. Consiste numa relação de puro afeto entre homem e mulher. A comunhão de vida que se estabelece por essa via informal tem por objetivo a mútua felicidade e a formação de uma família, sem necessidade de intervenção cartorária ou judicial.*

*Trata-se de espécie de família paralela ao casamento, tanto que pode, a união estável, converter-se em casamento. As duas formas de convivência constituem entidade familiar digna de proteção do Estado, conforme previsto na Constituição Federal, art. 226 e seus incisos, e regulamentado, primeiro por leis especiais (Lei nº 8.971, de 29.12.1994, e Lei nº 9.278, de 10.05.1996) e, depois pelo Código Civil em vigor.*

*A Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, veio reconhecer a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, disciplinada posteriormente pela Lei 9278/96 e pelo Código Civil/2002, que dedicou o Título III à União Estável, inclusive aplicando-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Assim, não restam dúvidas de que a união havida entre a autora e o Sr. Antonio constitui convivência geradora de direitos.*

*Diante de todo o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito, na forma do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para declarar reconhecida a existência da União Estável entre MARIA DA SILVA e ANTONIO PEREIRA, no período de 1976 a julho/1994 e de dezembro/2002 até a data do falecimento deste último, em 13/05/2008, na forma do art. 226, § 3º, da Constituição Federal da República de 1988, Lei 9278/96 e art. 1723, do Código Civil/2002.*

*Condeno os réus em custas e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, isentando-os do pagamento, conforme art. 12, da Lei nº 1060/50.*

*P.R.I. Com o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se.*

*Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2009.*

**RAQUEL DE OLIVEIRA**

**Juíza de Direito**

## CONCLUSÃO

Com o surgimento cada vez maior de novas relações interpessoais, com o dinamismo que caracteriza o cotidiano contemporâneo, como já foi dito, dificilmente o legislador, preso às regras e procedimentos para criação de novas leis, consegue adequar com celeridade o comportamento e aspirações da sociedade ao sistema jurídico.

Não podendo o Judiciário se furtar à análise dos casos concretos que necessariamente surgem, mesmo não existindo legislação específica sobre determinado assunto, cabe ao magistrado a solução do conflito. Ao analisar e decidir a questão deverá proceder com a sua sensibilidade e sentimentos socio-políticos, em adequação ao sistema jurídico vigente.

Deverá utilizar também os critérios de razoabilidade e proporcionalidade a fim de dosar os princípios a serem adotados. Tudo isso para se aproximar seu ideal de justiça ao caso.

Assim agindo, o juiz passa a ser o meio de comunicação entre as aspirações e os ideais com o comportamento da sociedade e o mundo jurídico. Tal qual o legislador, ele é agente estatal e tem a missão de decidir segundo as escolhas da sociedade.

O magistrado deve sempre sopesar as consequências sociais de cada decisão, levando em conta que cada processo que recebe para julgar não é apenas mais um número ou um mero calhamaço de papéis. Tem que ter a consciência de que ele contém vida de pessoas, com aspirações, sonhos ou frustrações. Toda decisão tomada pelo julgador acarretará consequências aos interessados, podendo, direta ou indiretamente, atingir não só a vida dos envolvidos, mas de seus descendentes e terceiros que deles dependam.

Nesse sentido, o magistrado deixa de ser mero aplicador de leis para ser realmente o intérprete da lei, adequando-a aos princípios constitucionais fundamentais, fazendo uso, sempre que necessário, do julgamento por equidade.

Apesar de o ordenamento jurídico estipular limites para a adoção do princípio da equidade, este deve ser utilizado pelo juiz, sempre que possível, a fim de tentar obter justiça em sua decisão.

**REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

BARROSO, Luis Roberto - **Interpretação e Aplicação da Constituição** – São Paulo - Ed. Saraiva, 6ª. Edição – 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella - **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil** - V. I – São Paulo - Ed. Saraiva – 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel – **A Instrumentalidade do Processo** - 8ª. Edição – São Paulo - Malheiros Editores – 2000.

SILVA, Oscar Joseph de Placido e – **Vocabulário Jurídico** – Ed. Forense – 9ª. Edição – 1986.

# Hermenêutica Constitucional

**Regina Lucia Chuquer de A. C. de Castro Lima <sup>1</sup>**

## INTRODUÇÃO

Os muitos séculos de Constituições brasileiras que não chegavam a gerar qualquer efeito prático, porque continham normas dissociadas das ambições políticas, sociais e materiais do povo a que se destinavam, produziram um país que não dava certo, subdesenvolvido, pela falta de políticas públicas de amparo a saúde, educação, saneamento, habitação e acesso a uma vida digna.

O povo brasileiro massacrado, primeiro pelo colonialismo destrutivo de que foi vítima e, depois, pelos regimes autoritários que ora foram eleitos e ora, impostos, exibia uma tibieza própria dos carentes de liberdade, de cultura e, especialmente de progresso financeiro, de modo que a miséria extrema fosse afastada da maior parte de sua população, a classe menos abastecida pudesse ter acesso aos bens de consumo necessários para uma vida confortável e os ocupantes da classe média pudessem fomentar, utilizando-se do maior poder aquisitivo de que dispunham, a indústria e o comércio, de forma a gerar empregos, formar capitais e distribuir as riquezas, impedindo a concentração de renda em um segmento específico e privilegiado da sociedade brasileira.

A ausência de efetividade das normas constitucionais decorria da ilegitimidade dos seus articuladores, da falta de vontade política de concretizá-las e da pouca força normativa de seu texto.

Nesse contexto, despontou o movimento político que exigia eleições diretas e, após, a Assembleia Nacional Constituinte, que veio a produzir o belíssimo texto da Constituição que foi nomeada de cidadã,

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito Titular do I Juizado Especial Cível da Comarca de Nova Iguaçu.

porque colocou o homem como o epicentro para onde convergem a formação do Estado e do Governo, a constituição dos Poderes da República, com o seu sistema de freios e contrapesos, a forma republicana de governo, o Estado Democrático de Direito, o processo legislativo, as cláusulas pétreas, tudo organizado de forma a proteger e dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos do Estado Brasileiro.

### DESENVOLVIMENTO

A Constituição da República de 1988 trouxe a perspectiva de uma mudança sem precedentes para a história do nosso povo porque, pela primeira vez, tornou-se ele o protagonista do seu próprio destino, amparado pela previsão constitucional dos direitos fundamentais do cidadão e pela garantia das ações constitucionais que visam a sua proteção.

A opinião pública tornou-se mais consciente por força de uma imprensa livre e afastada de qualquer censura prévia, pela alternância de poder, que respeitou a bem sucedida política econômica e as ações governamentais de incentivo à ascensão da classe menos abastada, fatos que propiciaram o surgimento de uma nova classe média, com acesso a bens de consumo, maior escolaridade, planos de saúde, viagens, etc.

Os efeitos positivos dessa nova ordem normativa decorrem da efetividade das normas constitucionais, dotadas de imperatividade e que estão aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que positivaram, valendo-se de um Poder Judiciário cada vez mais atuante e respeitado, pela força que emana de sua independência e da possibilidade de, através de um Tribunal Constitucional, guardar fielmente o espírito de liberdade, ordem, ética e democracia que delas emanam.

Esses valores vêm se cristalizando ao longo desses 20 anos, desde a sua promulgação, de forma tão inovadora e peculiar que se espalharam por toda legislação recepcionada, das leis civis às leis processuais, penais, tributárias e econômicas, imprimindo um sentido moderno e inovador às disposições já existentes, pela efetividade das suas normas garantidoras que fortaleceram o povo brasileiro e que propiciaram respostas aos ques-

tionamentos alvissareiros de quem somos, o que somos, o que queremos e para onde queremos seguir.

Hoje, podemos afirmar, com certeza, a Supremacia da Constituição da República de 1988 sobre todos os segmentos das Leis, que se realiza não mais, apenas, pela subsunção do fato à norma, mas, principalmente, pela interpretação jurídica do Juiz, cujo papel consiste em revelar, em cada caso específico, a vontade da norma ou até afastar a sua aplicação, quando em dissonância com os princípios e regras da Lei Maior.

A interpretação da norma constitucional desprende-se do seu texto, adquirindo alcance amplo que passa pela interpretação sistemática, valendo-se o intérprete de valores filosóficos, éticos e de justiça, sem se esquecer do cidadão, figura que é a razão de toda essa normatização.

Todavia, o intérprete deve sempre procurar o sentido da norma e o seu valor, de forma a dar efetividade ao texto constitucional, para tanto, valendo-se das regras e princípios que orientam determinada previsão, conforme a Constituição, com ou sem redução de seu texto, ou conferindo-lhe até, uma interpretação histórica.

*Regras* são, normalmente, relatos objetivos, que descrevem uma conduta ou situação que, perfectibilizadas, fazem incidir o comando legal, ocorrida a situação, incide a regra. A aplicação de uma regra é um processo racional.

*Princípios* não especificam uma conduta a ser seguida, mas extraem-se de um sistema e se aplicam a um conjunto amplo e indeterminado de situações. Por essa razão, a sua aplicação deve ser feita mediante ponderação de valores e dos fins a serem alcançados, à vista de um caso concreto. Os princípios realizam a Justiça no caso concreto.

Os princípios contêm uma carga valorativa considerável, porque detêm fundamento ético ou uma decisão política relevante, e indicam uma direção a seguir. Por isso, a colisão de princípios deve ser resolvida mediante a aplicação da dimensão de valor ou importância, fundamentando a escolha do intérprete, é a ponderação de valores.

Sem qualquer posituação a respeito, o intérprete deve utilizar-se, primordialmente, dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabili-

dade, que decorrem de construção doutrinária e visam, especialmente, a balizar decisões de relevo, que têm por melhor alternativa, a valoração do Juiz do local dos fatos, que deles se valerá, de acordo com os costumes e modo de vida de determinada localidade. Assim, em um País de dimensões continentais, como o Brasil, nem sempre o valor que é Razoável e Proporcional no Estado do Amazonas, também o será em São Paulo ou Rio de Janeiro, cabendo ao aplicador essa valoração. E, assim, para todos os outros valores expressos na Constituição.

Essa nova forma de interpretação constitucional, todavia, não significa uma ruptura com os valores passados, mas é fruto de uma evolução que conserva alguns valores tradicionais, até subsuntivos, mas agrega ideias de normatividade de princípio e ponderação de valores, como exigência de um novo tempo, de uma nova sociedade e do caminho de um povo para a modernidade.

Um reflexo importante dessa nova ordem constitucional, do novo Estado que vem se constituindo desde a promulgação da Constituição de 1988 é a formação de Estatutos diversos, que são peculiares a diferentes segmentos e implementam, com base nos Direitos e Garantias Fundamentais, os direitos de minorias e de pessoas anteriormente desassistidas, cujos direitos não eram respeitados.

Assim é que portadores de necessidades especiais, mulheres, idosos, consumidor, ascendentes desassistidos, têm, atualmente, legislação específica que, a par de análise profunda e humana da situação desses segmentos em uma sociedade pluralista, mas ainda preconceituosa, fixou normas de proteção, mediante instituição de cotas, de afastamento do lar, de entrada gratuita em centros de lazer, de hipossuficiência fática, técnica e jurídica, do dever de assistência e alimentar, como meio de realizar a sua condição humana, inserida em uma sociedade que, pelo tratamento diferenciado, lhes confere a igualdade material.

Nesse sistema de normas abertas, que envolve escolhas pelo intérprete, conceitos indeterminados, valoração e harmonização de princípios, confere-se ao Juiz uma discricionariedade que encontra seu limite na concreção da vontade constitucional, mediante a análise do caso con-

creto e da repercussão da sua decisão na realidade do mundo.

Essa relação entre valores, princípios e regras são aspectos da *nova hermenêutica constitucional*, nela se incluindo a teoria dos direitos fundamentais, que está edificada sobre o conceito de dignidade humana. Extrai-se daí, um movimento de aproximação entre o Direito e a Ética, que obriga os aplicadores do Direito a ultrapassarem a reflexão filosófica, analisarem a dogmática jurídica para produzirem efeitos positivos no mundo real.

A esse respeito, assim se expressa o Prof. Luis Roberto Barroso, *in* **Temas de Direito Constitucional**, Tomo III, fls. 14: “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.”

### CONCLUSÃO

As normas constitucionais são espécies de normas jurídicas, que contêm o atributo que lhes é típico, a imperatividade e, por isso, aplicam-se direta e imediatamente às situações nelas contempladas e a sua inobservância deverá deflagrar os mecanismos de sanção e coerção.

A interpretação das normas constitucionais, por serem normas jurídicas, submetem-se ao modo próprio de interpretação, guardando algumas especificidades, tais como, a superioridade jurídica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político.

Convém ressaltar que uma Constituição revela as escolhas políticas de um povo e, por isso, na interpretação do seu texto, deve ser observado esse critério político, como forma de realizar o seu fim. ♦

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988 – aspectos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, Tomo III. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

# A Utilização de Escuta Telefônica como Prova Prestada no Processo Civil

**Ricardo Coimbra da Silva Starling Barcellos <sup>1</sup>**

Trata-se de saber se o ordenamento jurídico permite que a interceptação telefônica obtida de forma lícita em processo criminal sirva como prova emprestada no processo administrativo.

De acordo com o art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Muitas vezes o magistrado fica diante de situações em que há mais de uma interpretação razoável, com resultados opostos. Tem-se, como exemplo, a possibilidade ou não de se utilizar a interceptação telefônica obtida de forma regular no âmbito criminal, como prova emprestada no âmbito do processo administrativo.

De acordo com a Constituição da República: “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”.

E a Lei nº 9.296/1996 prevê expressamente a possibilidade da interceptação telefônica no âmbito do processo criminal. Vejamos:

*Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução*

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 13ª Vara da Fazenda Pública.

*processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.*

*Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:*

*I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;*

*II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;*

*III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.*

Assim, uma interpretação mais liberal sustenta que a interceptação telefônica tem que ficar restrita ao processo criminal, não sendo possível sua utilização como prova emprestada no cível por força de restrição constitucional e legal.

Uma simples interpretação literal demonstraria que a Constituição restringiu a possibilidade de utilização desta prova somente ao âmbito criminal.

Tal corrente também se vale de uma interpretação histórica, pois a Constituição teve a intenção de impedir os abusos praticados pelo Estado na violação dos direitos fundamentais. Para essa corrente, admitir a utilização da interceptação telefônica, ainda que produzida no processo criminal, como prova emprestada no cível seria flexibilizar um direito fundamental no sentido de retroceder, abrindo mão de uma conquista histórica. Afinal, não se pode esquecer a nossa história de repressão estatal que justificou a inclusão deste artigo na Constituição.

Outra corrente menos liberal entende que há a necessidade de se realizar uma interpretação sistemática, pois a Constituição, como ato político de decisão, busca harmonizar as várias correntes divergentes da sociedade.

Por exemplo, quanto às provas, a Constituição dispõe em seu art. 5º inc. LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

E o Código de Processo Civil ressalta que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (art. 332).

Então, uma interpretação sistemática sugere a possibilidade de utilização da interpretação telefônica no processo administrativo, desde que tenha sido obtida de forma regular em processo criminal.

Na verdade, diante de uma situação como essa, em que as normas podem ser interpretadas de forma a se chegar a conclusões opostas, o Juiz deve buscar o valor preponderante na sociedade de acordo com as normas constitucionais.

O Poder Judiciário é contra majoritário. Deve respeitar a opinião da maioria, mas garantir os direitos da minoria de acordo com as normas constitucionais. As soluções encontradas devem ficar dentro das possibilidades de interpretação, sem violar o texto constitucional.

Diante de duas possibilidades de interpretação viável, o Juiz tem que buscar fazer prevalecer os valores preponderantes na sociedade.

Por exemplo: a possibilidade de se utilizar ou não a interceptação telefônica no processo administrativo exige do Juiz determinar se deve preponderar a liberdade e a intimidade ou a moralidade e eficiência administrativa. Ao ponderar esses valores, o Juiz tem que respeitar o peso que a sociedade confere a cada um deles na época do julgamento.

Logo após a redemocratização do país, com o advento da Constituição de 1988, o valor predominante poderia ser a liberdade e a intimidade. Mas, com a evolução da redemocratização e a consolidação de um maior respeito estatal pelos direitos fundamentais, verifica-se o anseio social pela moralidade e eficiência administrativa.

Em 1992 foi editada a Lei de Improbidade Administrativa. Já no início desse século, foi criado o Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de garantir maior eficiência e moralidade ao Poder Judiciário. Foi editada a Lei da Ficha Limpa e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal chancela esse anseio popular, declarando a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, da possibilidade do CNJ investigar e punir magistrados.

Portanto, deferida a interceptação no processo criminal de forma regular, ainda que o réu não tenha sido condenado pelo crime investigado, ele pode ser punido administrativamente e até punido no serviço público, utilizando-se como prova emprestada a interceptação telefônica.

No âmbito criminal, a interceptação telefônica só deve ser deferida de forma excepcional. A regra é garantir a integridade das pessoas.

Escutas telefônicas deferidas com base em denúncias anônimas, sem outros embasamentos probatórios, devem ser indeferidas para não se admitir sua utilização para fins de perseguição ou opressão.

Por outro lado, se a prova for obtida de forma lícita, ou seja, escuta telefônica baseada em provas consistentes, ainda que o réu tenha sido absolvido criminalmente, dependendo do fundamento da absolvição, ele pode ser punido administrativamente. Afinal, todas as provas obtidas de forma lícita serão admitidas no processo de âmbito cível. E, de acordo com o CPP:

*Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*

*Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.*

*Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:*  
*I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;*

*II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;*

*III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.*

Existe, portanto, uma independência entre as instâncias cível, criminal e administrativa. E a interceptação telefônica utilizada como prova emprestada no processo administrativo poderá ensejar a punição daquele que foi absolvido criminalmente, salvo quando a sentença absolutória re-

conhecer categoricamente a inexistência material do fato ou nas hipóteses do art. 65 do CPP.

Os valores, moralidade e eficiência da Administração estão cada vez mais fortes na sociedade. Eventuais atos de improbidade verificados através de escuta telefônica produzidos no processo criminal, de forma regular e lícita, não devem ficar impunes no âmbito administrativo.

E o Poder Judiciário deve construir a melhor solução, declarando a vontade do ordenamento jurídico que emana da sociedade nos limites do texto constitucional.

Jean Cruet, citado por Nagib Slaibi Filho, dispõe que: “Nunca se viu o direito transformar a sociedade, mas sempre se viu a sociedade transformar o direito”.

Assim, a jurisprudência se inclina no sentido de garantir a eficiência e a moralidade administrativa através da possibilidade de se utilizar no âmbito administrativo, interceptação telefônica deferida regularmente em processo criminal.

Neste sentido:

*0033092-52.2009.8.19.0000 (2009.004.00502) - MANDADO DE SEGURANÇA*

*2ª Ementa*

*DES. VALMIR DE OLIVEIRA SILVA - Julgamento: 25/01/2010 - ÓRGÃO ESPECIAL*

*EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO DA JUCERJA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DEMISSÃO POR ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA JUDICIALMENTE AUTORIZADA POR JUIZ CRIMINAL - UTILIZAÇÃO DA PROVA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO, DEVIDAMENTE AUTORIZADA INOCORRÊNCIA DE ILICITUDE - AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO EXERCIDOS SOBRE A PROVA EMPRESTADA AUSÊNCIA DE VÍCIOS - DEFICIÊNCIA DE DEFESA PREJUÍZO*

*NÃO DEMONSTRADO - MANUTENÇÃO DO ATO IMPUGNADO. Não logrando o impetrante demonstrar a ocorrência dos vícios apontados na inicial, que fundamentaram o pedido de anulação do Decreto que o demitiu do serviço público, os quais, aliás, foram até convincentemente rebatidos nas informações prestadas pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, e estando a atuação do Poder Judiciário limitada, quanto ao controle do processo administrativo, unicamente à regularidade do procedimento e à legalidade do ato dele nascido, sendo vedada a incursão no seu mérito, em respeito ao poder discricionário do administrador, tem-se que a via mandamental não se presta para alcançar o objetivo pretendido. Ordem denegada.*

0359083-85.2008.8.19.0001 - APELAÇÃO

*1ª Ementa*

*DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM - Julgamento: 07/07/2010 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL*

*Constitucional. Administrativo. Apelação cível. Processo administrativo disciplinar. Lei nº 9.296/96. Pretensão de anulação de Portaria que instaurou procedimento administrativo disciplinar, ou sua suspensão, até trânsito em julgado da ação penal respectiva. Alegações da defesa que dizem respeito a ilegalidade de interceptações telefônicas por prazo superior a 30 dias; falta de transcrição e juntada de cópias da íntegra das interceptações e de seus áudios; inadmissibilidade do empréstimo de prova produzida em processo no qual o apelante não era parte; impossibilidade de utilização de interceptação telefônica como prova emprestada, em processo administrativo; cerceamento de defesa por falta de contraditório; e utilização de provas ilícitas. Lacunas interpretativas da legislação infraconstitucional que têm ensejado dissídio doutrinário-jurisprudencial sobre diversos temas relativos à in-*

*terceptação telefônica. Hipótese dos autos em que o conjunto da prova não revela utilização ilícita de provas e tampouco quebra da ampla defesa e do contraditório. Precedentes do STF. Recurso desprovido.*

0408582-38.2008.8.19.0001 - APELAÇÃO

*1ª Ementa*

*DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 10/08/2010 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL*

*DECISÃO MONOCRÁTICA. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DESNECESSIDADE. O recorrente, delegado de polícia civil, teve suas conversas gravadas durante a “Operação Gladiador”, investigação realizada pela Polícia Federal para apurar crimes ligados a máfia dos caça-níqueis. O comportamento verificado nas conversas interceptadas gerou processo administrativo disciplinar contra o recorrente. Poder Discricionário da Administração Pública na reprimenda aos seus servidores. Interferência do Poder Judiciário apenas nas hipóteses de violação ao ordenamento jurídico pátrio, o que não ocorreu. A transcrição integral de todas as gravações interceptadas não é possível, devido às inúmeras horas gravadas e foge à razoabilidade. A falta não gera a nulidade do processo, visto que se mostra imprescindível a transcrição apenas das conversas que baseiam as alegações, tanto numa denúncia criminal, quanto num processo administrativo disciplinar. São estas suficientes para garantir o exercício do contraditório e ampla defesa. Precedentes do STF e STJ. É admissível a utilização das provas produzidas em processo criminal, de forma emprestada, nos autos do processo adminis-*

*trativo disciplinar, desde que respeitado o contraditório e ampla defesa, não havendo que se falar em ilegalidade. Precedentes do STF. Manutenção da sentença. Recurso que se nega seguimento, na forma do art. 557, caput, do CPC.*

Vejamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*RMS 24194 / DF - DISTRITO FEDERAL.*

*RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA*

*Relator(a): Min. LUIZ FUX*

*Julgamento: 13/09/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma*

*Publicação*

*DJe-193 DIVULG 06-10-2011 PUBLIC 07-10-2011*

*EMENT VOL-02603-01 PP-00001*

*Parte(s)*

*RECTE.(S): CLAUDIO VIEIRA DE MOURA E OUTRO*

*ADV.(A/S): MAURO ULYSSES CARVALHO*

*RECDO.(A/S): UNIÃO*

*ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO*

*Ementa*

*Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. DEMISSÃO DE SERVIDOR FEDERAL POR MINISTRO DE ESTADO. POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO ATO DE DEMISSÃO A MINISTRO DE ESTADO DIANTE DO TEOR DO ARTIGO 84, INCISO XXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA*

*PACÍFICA DO STF. PROVA LICITAMENTE OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INSTRUIR INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PODE SER UTILIZADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS AVALIADAS COMO PRESCINDÍVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PUNIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO COM FUNDAMENTO NA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INDEPENDENTE DE PROVIMENTO JUDICIAL QUE RECONHEÇA A CONDUTA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ADMINISTRATIVA. NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO.*

#### *Decisão*

*Por unanimidade, a Turma negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio quanto à preliminar de competência do Pleno e, superada essa questão, acompanhou o Relator.*

*Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 13.9.2011.*

#### *Indexação*

*- POSSIBILIDADE, PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA, MINISTRO DE ESTADO, PROVIMENTO, CARGO VAGO, ABRANGÊNCIA,*

*DELEGAÇÃO, ATO, DEMISSÃO. SANÇÃO, PREVISÃO, LEI, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, AUSÊNCIA, IDENTIDADE, PENALIDADE ADMINISTRATIVA, PREVISÃO, LEI, REGIME JURÍDICO, SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POSSIBILIDADE, COMISSÃO DISCIPLINAR, PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, UTILIZAÇÃO, CONDUTA, PREVISÃO, LEI, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CARACTERIZAÇÃO, ATO, FINALIDADE, APLICAÇÃO, PENA DE DEMISSÃO. DESRESPEITO, PRINCÍPIO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ESSENCIALIDADE, CARACTERIZAÇÃO, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, INEXIGIBILIDADE, COMPROVAÇÃO, LESÃO AO ERÁRIO, ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. LESÃO AO ERÁRIO, ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, CONFIGURAÇÃO, AGRAVANTE, POSSIBILIDADE, RESPONSABILIDADE CIVIL. - VOTO VENCIDO, MIN. MARCO AURÉLIO: DESPROVIMENTO, RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA, COMPETÊNCIA EXCLUSIVA, PLENÁRIO, APRECIÇÃO, CONSTITUCIONALIDADE, DECRETO, FUNDAMENTO, ATO COATOR, OBJETO, MANDADO DE SEGURANÇA.*

Em face do exposto, verifica-se a possibilidade constitucional de se utilizar no processo administrativo disciplinar a interceptação telefônica obtida de forma regular em sede de processo criminal. ♦

# Hermenêutica Constitucional

**Sheila Draxler Pereira de Souza<sup>1</sup>**

A hermenêutica possuiu como objetivo a coordenação de modo sistemático dos princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a renovação do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação. Conceitua-se a Hermenêutica Constitucional como o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das normas constitucionais.

Os instrumentos hermenêuticos se regeneram a partir de si mesmos, pois a cada situação resolvida amplia-se o seu âmbito de incidência, servindo, no último caso, como ponto de partida para enfrentar novos desafios, como confirma Olivier Wewndell Holmes que a vida do Direito não foi a lógica, mas sim a experiência.

## INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição, embora se qualificando pela sua supremacia sobre as demais fontes normativas, é também ato jurídico. E como todo negócio jurídico, esta não é neutra a respeito de suas consequências jurídicas, pois se o legislador considerou determinada matéria importante para entrar no texto constitucional, significa que certa consequência é esperada.

Sendo a Constituição um ato de decisão, e como todo ato de decisão, esta não é imparcial, pois intenta uma determinada consequência.

Merecem comentários os chamados princípios de interpretação constitucional, os quais, à semelhança dos métodos interpretativos, também devem ser aplicados conjuntamente.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da Vara de Família, da Infância, da Juventude e do Idoso de Itaperuna.

Tais princípios, para maioria dos autores, são os da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição, e da máxima efetividade. Além desses princípios, aponta-se ainda, embora não esteja ligado exclusivamente à exegese constitucional e não menos importante, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Embora esses princípios se apresentem com enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam anteriores aos problemas hermenêuticos que, afinal, eles ajudam resolver, em verdade e quase sempre, funcionam como argumentos utilizados pelos aplicadores do direito para justificar suas pré-decisões, que mesmo sendo necessárias, mostrar-se-iam arbitrárias ou desprovidas de fundamento.

### **RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE**

O princípio da razoabilidade e o critério da proporcionalidade encontram-se entre os modismos da transição entre séculos e milênios, é uma idéia saudável, pois conduz a consciência do aplicador do Direito a repensar o seu papel, que não mais é de mera aplicação do que está escrito na lei – como chegou a dizer o juiz Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, no célebre “O Espírito das Leis” que os juízes nada mais são do que bocas que pronunciam as palavras da lei, assim os reduzindo ao mero papel de declaração do Direito previamente explicitado pelo legislador – mas a relevante função de construir a regra de conduta que regulará a intensa e densa vida desta sociedade.

O Direito está muito além da Lei, a interpretação literal ou gramatical, presa aos significados linguísticos dos dispositivos legais, somente era legítima no velho liberalismo dos séculos XVIII e XIX, em que se afirmava a supremacia do Parlamento sobre o poder absoluto dos monarcas através de leis genéricas e abstratas.

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade origina-se diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo, e enquanto princípio

geral do direito, serve de regra para todo o ordenamento jurídico.

Ao critério de razoabilidade, corroboro com a seguinte sentença:

### SENTENÇA

*Trata-se de ação de representação por infração administrativa em que figura no pólo passivo a Sra. Margarida Albertina Mendes.*

*A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 05/58.*

*Decisão a fls. 60 recebendo a representação e determinando a citação da representada.*

*Certidão cartorária a fls. 71 informando que não houve apresentação de resposta por parte da representada.*

*Relatório do Conselho Tutelar de Itaperuna a fls. 69/70 traz a informação de Ranielly está residindo com a Sra. Silvana de Fátima.*

*Promoção ministerial a fls. 73/76 opina pela procedência da pretensão autoral.*

*Relatórios do Conselho Tutelar de Itaperuna juntados a fls. 79/92 e a fls. 97/101.*

*Ofício do Conselho Tutelar de Laje do Muriaé apresenta termo de compromisso e responsabilidade, assinado pela Sra. Margarida e pelo Sr. Geraldo, recebendo a menor Rafaela juntado a fls. 102/104.*

*Relatório do CT de Itaperuna a fls. 105/106.*

*Ofício da APAE apresentando relatório referente a Rafaela a fls. 107/109.*

### **É sucinto o relatório. Passo pois a decidir**

*Trata-se de ação de representação por infração administrativa em que figura no pólo passivo a Sra. Margarida Albertina Mendes.*

*Diante da certidão cartorária de fls. 71, decreto a revelia da representada.*

*Instada a se manifestar a requerida quedou-se inerte, presumin-*

*do-se, portanto, verdadeiros os fatos articulados na representação.*

*Não bastasse a presunção, farta é a documentação acostada aos autos que demonstra a falta do correto exercício do poder familiar por parte da genitora.*

*O presente procedimento teve trâmite regular, inexistindo vícios aparentes a inquiná-lo, razão pela qual passo ao exame do mérito.*

*A representação decorre de infração às disposições do artigo 249 do ECA (Lei 8069/90).*

*No caso em tela, são inúmeros os relatos de violação aos direitos das menores, inclusive há relato da representada ter deixado as filhas trancadas fora de casa, deixando-as expostas à situação de risco.*

*A representada informa “que seu marido está querendo lhe deixar por causa desta situação, sendo assim a mesma não que mais sob nenhuma hipótese permanecer com a adolescente” (fls. 70) e que o “o Sr. Geraldo afirmou que a adolescente não iria ficar em sua residência em hipótese nenhuma” (fls. 98). Com tais falas, a representada denota dependência em relação ao Sr. Geraldo, em detrimento das filhas.*

*A matéria apresenta questões de direito e de fato e não há necessidade de produção de prova em audiência, comportando o processo o seu julgamento antecipado, na forma do disposto no art. 330, I, do Código de Processo Civil.*

*Assiste razão ao Ministério Público.*

*Compulsando os autos, verifica-se que houve violação dos direitos inerente às adolescentes que culminaram na trágica narrativa de prostituição e uso de drogas conforme relatório de fls. 107/109.*

*Posto isso, diante da gravidade dos fatos e de suas consequências no desenvolvimento das menores, encampo a promoção ministerial como razão de decidir e JULGO PROCEDENTE a representação, e aplico à representada a multa administrativa que*

*entendo como razoável no valor de 01(um) salário mínimo, a ser revertida ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e em consequência, JULGO EXTINTO o feito, com resolução do mérito, na forma do art.269, I, do CPC.*

*Determino que a adolescente Rafaela Albertina Leôncio mantenha o tratamento na APAE. Oficie-se.*

*Determino que a representada reinicie o tratamento no CAPS. Oficie-se.*

*Determino ainda, como medida protetiva, seja efetivada a matrícula das adolescentes em rede de ensino para que sejam retomados os estudos em colégio mais próximo à residência.*

*Defiro a extração de cópia de fls. 97/109 conforme requerido a fls. 109-v.*

*Determino que o Conselho Tutelar acompanhe o caso devendo arquivar os relatórios naquele órgão. Oficie-se enviando cópia da presente decisão.*

*Procedimento isento de custas, ante o art.141 § 2º do ECA.*

*Intime-se a representada da presente decisão.*

*P.R.I.*

*Dê-se ciência ao MP.*

*Transitada em julgada, dê-se baixa e arquivem-se.*

**SHEILA DRAXLER PEREIRA DE SOUZA**

**Juíza de Direito**

### CONCLUSÃO

A atividade hermenêutica é de grande importância para os operadores do direito, principalmente aos magistrados que são os responsáveis pela aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

A interpretação da norma constitucional é indispensável para uma melhor compreensão das demais normas que compõem o nosso ordenamento jurídico.

A hermenêutica constitucional transformou-se na teoria do conhecimento jurídico, pois incumbe a ela a supertarefa de interpretar as diferentes interpretações do fenômeno jurídico, a partir de análise crítica das múltiplas leituras da lei fundamental e dos vários mundos constitucionais que podem sair dessas leituras. ♦

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

# A Inconstitucionalidade da Criminalização do Usuário de Drogas

Vinicius Marcondes de Araujo<sup>1</sup>

Lembro-me de quando estudava para concurso a advertência de um professor a respeito da tese sustentada pela Prof<sup>fa</sup>. Maria Lucia Karan, sobre a inconstitucionalidade da criminalização do usuário: “– Nem aborda isso, porque a reprovação é certa”.

Realmente o tema é um assunto maldito. Os detratores da possibilidade da não criminalização do usuário apontam para o suplício dos viciados e de suas famílias para concluir que os entorpecentes devem ser proscritos e as pessoas não devem se drogar, sob a ameaça de submissão à lei penal.

O objetivo deste trabalho é revisitar o tema com argumentos e dados à reflexão jurídica, sem receio de moralismo ou conservadorismo.

Para tanto, é preciso que se levante uma premissa de fato, inquestionável: o homem, desde sempre, se droga.

Praticamente todos nós usamos drogas, mesmo o Sumo Pontífice, que ao repetir o ritual da Santa Ceia ingere vinho (droga, aqui e hoje lícita), tal como fez Jesus Cristo e seus apóstolos.

A diferença é que determinadas drogas o poder público decidiu proibir o consumo, criminalizando-as, e outras não; o fundamento jurídico estatal é o de que as proibidas afetam a saúde pública de tal maneira que devem ser proscritas.

O presente estudo busca identificar os motivos que levam à proibição do uso das drogas e se existe possibilidade jurídica de o juiz declarar a inconstitucionalidade da criminalização do consumo e condutas afins,

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito em exercício na 1ª Vara Criminal de Madureira.

tipificadas no art. 28 da Lei 11.343.

## DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS E PANORAMA ATUAL

As populações mais primitivas de caçadores/coletores descobriram o que poderia se constituir em alimento no método “tentativa e erro”. À procura de alimentos acabaram descobrindo substâncias alucinógenas que passaram a fazer parte de seus cotidianos.

Através dos tempos essa lógica se sofisticou, mas nunca foi abandonada, em lugar algum do planeta, mesmo onde o flagrante do porte de droga pode significar a morte.<sup>2</sup>

Há registros do consumo da maconha em 2.700 anos antes de Cristo. *Ópio, 1.000 ac.* Sigmund Freud receitava cocaína a seus pacientes no século XIX, e não era incomum que festas da alta sociedade carioca no início do século XX fossem regadas com carreiras desta droga, época em que não havia proibição do consumo de drogas no Brasil.

Os EUA fomentaram o movimento para proibição das drogas, inclusive a bebida alcoólica, no início do século XX, influenciando a ONU, e dali o resto do mundo, recrudescendo esta política na virada da década de 60 para 70, no que se convencionou denominar *Guerras contra as Drogas*.

De lá para cá foram gastos, só nos EUA, mais de um trilhão de dólares na vã tentativa de transformar o mundo num lugar sem drogas. O insucesso dessa guerra é mais do que evidente.

O homem sempre se drogou e isto nunca vai mudar, mesmo com prisão de usuários e/ou penas pesadíssimas aos traficantes. Muito ao reverso, o consumo das drogas não parou de aumentar durante todo o período nos países que tomaram parte na política incentivada pelos EUA.

Na contramão da *Guerra contra as Drogas* está a descriminalização em países da Europa, que desviaram os vultosos valores gastos no encarceramento de usuários para campanhas de educação e desestímulo ao con-

---

2 Dois brasileiros (Marco Archer Cardoso Moreira e Rodrigo Gularte) encontram-se presos na Indonésia, aguardando execução de pena de morte por tráfico de drogas. Mesmo ciente do risco extremo e fatal, assumiram o risco do transporte da droga naquele canto do planeta.

sumo, e notadamente o adequado tratamento dos dependentes químicos. Os resultados são bons.

Na Revista Carta Capital de 31 de agosto de 2011 há o registro de que Portugal:

*“comemorou dez anos de descriminalização de todas as drogas e é considerado o país mais avançado da Europa em termos de legislação. (...) Na entrevista de dez anos da descriminalização, Goulão apontou a queda no consumo de drogas em Portugal como a maconha, a heroína e a cocaína, atualmente dos menores em todo o continente europeu.”<sup>3</sup>*

Parece intuitivo, pois, que a política de proibição, criminalizando condutas associadas às drogas, não seja a mais eficaz.

### DOS MOTIVOS ALEGADOS E ESCAMOTEADOS PARA CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS

O discurso oficial é o de que a lei de drogas procura tutelar a saúde pública quando criminaliza o usuário. Isso está em qualquer manual a respeito do tema.

Há jurisprudência relevante no sentido de que o indivíduo que usa sua liberdade para se drogar afeta a saúde pública, na medida em que terá de se submeter a atendimento/tratamento médico custeado pelo Estado.

Mas será mesmo?

Acredita-se que não.

Relatório do Ministério da Saúde acerca das estatísticas do SUS revela um dado assustador e intrigante.

Do total de gastos no SUS relacionados às drogas (lícitas e ilícitas), 87,90% são por bebida alcoólica. O restante dos atendimentos consta da rubrica: “outras drogas”. (A POLÍTICA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

<sup>3</sup> Menezes, Cynara, *Carta Capital*, edição nº 661, 31 de agosto de 2011.

PARA ATENÇÃO INTEGRAL A USUÁRIOS DE ÁLCOOL E OUTRA DROGAS, p. 19, 2003)<sup>4</sup>

Aliás, o Estado Juiz, quando afirma em seus julgados que a criminalização do uso de drogas visa à proteção da saúde pública, se esquece de perguntar ao Estado Administração se isto realmente procede, tal como o fez (ou não fez) o Estado Legislador, pois o Ministério da Saúde, através do relatório acima citado, página 26, afirma o contrário: **“o rigor da lei criminal de drogas manifesta-se em condições desfavoráveis de acesso à saúde e a participação e organização dos usuários de drogas, ao estabelecer o uso como “proibido”.**

Daí pergunta-se: O Estado realmente está preocupado com a saúde pública quando criminaliza usuários de outras drogas?

Como se viu, os números demonstram que o álcool é responsável por quase 90% do impacto das drogas na saúde pública. Se o fundamento da criminalização é a saúde pública, qual seria a razão para a maconha ser proibida e a cachaça não?

Sabe-se, por estudos científicos incontestáveis, que dentre os vários tipos de drogas, a maconha é das menos nocivas ao organismo, bem menos que o álcool e o tabaco (vide documentários “Quebrando Tabu” e “Cortina de Fumaça”).

Volviendo o rumo da argumentação à normatividade constitucional, afigura-se clara a violação ao princípio da isonomia que um sujeito surpreendido com maconha para uso próprio, exemplificativamente, tenha de submeter à persecução criminal, enquanto um alcoólatra beba até cair todos os dias na mesma esquina em que o usuário de maconha foi flagrado.

A conduta daquele que bebe desmedidamente tem uma potencialidade lesiva muito maior em relação à saúde pública do que a do usuário de maconha, ainda que este também faça dela um uso abusivo.

Mesmo drogas pesadas, como o crack e a cocaína, juntas, estão muito longe do álcool no ranking do Ministério da Saúde que afere o impacto das drogas no SUS.

<sup>4</sup> [bvsms.saude.gov.br/publicações/pns\\_alcool\\_drogas.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/publicações/pns_alcool_drogas.pdf)

Daí que a propalada proteção à saúde pública é uma falácia, um embuste. Não existe este comprometimento estatal. A verdadeira razão da criminalização é de outra ordem.

Abram-se parênteses para esclarecer que não se está a reivindicar que a bebida alcoólica seja criminalizada, pois a história demonstra que a tentativa neste sentido só serviu para potencializar o crime organizado, tal como se dá hoje com as drogas ilícitas.

Os Estados Unidos editaram a lei seca e o que se viu foi o fortalecimento das máfias ítalo-americanas.

Aliás, ainda dentro dos parênteses uma situação esdrúxula e curiosa; se Jesus Cristo tivesse praticado o milagre de transformar água em vinho, numa festa da Chicago dos anos vinte do século passado, seria considerado traficante.

Veja-se que o ordenamento jurídico também produz aberrações.

Fechados os parênteses, o que realmente justifica a criminalização do usuário de drogas, mas não se assume, é uma cultura conservadora de nossa sociedade em relação ao diferente, ou numa única palavra: *preconceito*. O estigma do drogado é algo muito forte entre nós.

Contraditoriamente, é da nossa cultura achar graça e admirar algumas pessoas que se notabilizam por beber muito. O talentosíssimo Zeca Pagodinho é um exemplo disso. Já o usuário de drogas é estigmatizado como criminoso.

O direito penal, entretanto, como última *ratio* do ordenamento jurídico, não deve impor às pessoas criminalização de conduta que não afete realmente o bem jurídico que se pretende tutelar, *in casu* a saúde pública, pois do contrário seria, como reprova o mestre Assis Toledo, ***a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar.***<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Toledo, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª edição. São Paulo. Saraiva. 1994, p. 19.

## DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343

O art. 28 e seu parágrafo primeiro da Lei de Drogas criminalizam diversas condutas relativas ao usuário<sup>6</sup>, sob o falso argumento, como já fundamentado, de proteção à saúde pública.

Quando o bem jurídico alegadamente tutelado na verdade não está sob afetação, o corolário de direito é considerar como violado o princípio constitucional da lesividade, que se extrai do art. 98, I da Carta Magna.

Outra vertente do princípio da lesividade é a de impedir a punição de atos que tenham consequências restritas à esfera íntima do indivíduo que pratica uma determinada conduta, ou no dizer abalizado de Rogério Greco:

*“o Direito Penal também não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois que não excedem ao âmbito do próprio autor, a exemplo do que ocorre com a autolesão ou mesmo a tentativa de suicídio.”*<sup>7</sup>

Outro doutrinador de escol, Nilo Batista, sustenta que a legislação que ***“incrimina o uso de drogas, [está] em franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações política criminais”***.<sup>8</sup>

Ainda na mesma linha, Alexandre Bizzoto *et al* sustentam:

**“O art. 28, que criminaliza a posse de droga para consumo, é inconstitucional, porque o indivíduo é senhor de seu próprio destino, corpo e saúde, razão pela qual lhe**

---

6 Art. 28 – Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...) parágrafo primeiro – Às medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência química.

---

7 Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral. 5ª edição. Belo Horizonte. Impetus. 2007, p. 55.

---

8 *Apud* Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral. 5ª edição. Belo Horizonte. Impetus. 2007, p. 55.

**compete decidir sobre o que é melhor (e pior) para si mesmo. Assim, por força do princípio da lesividade, só pode constituir infração penal uma conduta que implique violação a interesse, à liberdade ou a bem jurídico de terceiro, razão pela qual ações que encerrem apenas má disposição de direito ou interesse próprio não podem ser objeto do direito penal, a exemplo da autolesão, do suicídio tentado ou do dano à coisa própria. John Stuart Mill escreveu, a propósito, que o “indivíduo não responde perante a sociedade pelas ações que não digam respeito aos interesses de ninguém, a não ser ele próprio. Conselho, ensino, persuasão, esquivança da parte de outras pessoas, se para o bem próprio a julgam necessária, são as únicas medidas pelas quais a sociedade pode legitimamente exprimir desagrado ou desaprovação da conduta do indivíduo.”<sup>9</sup>**

Em direito comparado, convém citar que as cortes supremas da Argentina e da Colômbia declararam a inconstitucionalidade da criminalização dos usuários de drogas, ao argumento de que a conduta que cause lesão apenas ao próprio agente não pode ser sancionada pelo Direito Penal.

Realmente, o sujeito que se droga só pode estar fazendo mal a si próprio.

Outro princípio constitucional vergastado pela Lei de Drogas é o da isonomia, dado o caráter aleatório com que as drogas proibidas são selecionadas para o enquadramento típico.

Gabriel O Pensador tratou do tema na música “O Cachimbo da Paz”, em que faz uma crítica à proibição da maconha, usando como símbolo um cacique que trouxe à urbe “o cachimbo” para tranquilizar a sociedade, muita violenta na sua visão. Acabou preso, torturado e morto. Antes de morrer assassinado na prisão, expressou sua perplexidade pela falta de

---

<sup>9</sup> Bizzoto, Alexandre, Rodrigues, Andréia de Brito e Queiroz, Paulo, **Comentários Críticos à Lei de Drogas**, 3ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 45/46.

coerência entre o que era e o que não era proibido, vazada no seguinte trecho:

**“Na delegacia só tinha viciado e delinqüente  
Cada um com um vício e um caso diferente  
Um cachaceiro esfaqueou o dono do bar  
Porque ele não vendia pinga fiado  
E um senhor bebeu uísque demais  
Acordou com um travesti e assassinou o coitado  
Um viciado no jogo apostou a mulher  
Perdeu a aposta e ela foi seqüestrada  
Era tanta ocorrência, tanta violência  
Que o índio não tava entendendo nada  
Ele viu que o delegado fumava um charuto fedorento  
E acendeu um “da paz” pra relaxar  
Mas quando foi dar um tapinha  
Levou um tapão e um chute naquele lugar  
Foi mandado pro presídio e, no caminho  
Assistiu um acidente provocado por excesso de cerveja  
Uma jovem que bebeu demais  
Atropelou um padre e os noivos na porta da igreja  
E pro índio nada mais faz sentido  
Com tantas drogas por que só o seu cachimbo é proibido?”**

Como já dito alhures, qual a razão para a maconha ser droga ilícita e a bebida alcoólica não, sob o prisma da saúde pública, quando se sabe que quase noventa por cento dos atendimentos no SUS em função das drogas decorrem do consumo abusivo de álcool?

Fere a igualdade constitucional, *ad colorandum*, que o usuário de maconha, cientificamente considerada como droga leve, seja submetido à persecução penal, e o alcoólatra não, pois a conduta deste é bem mais nociva, do ponto de vista médico, do que a daquele.

A ordem constitucional vigente expressa profundo compromisso com a liberdade do indivíduo, seja no expressar, no ser, no agir e no consu-

mir, desde que não afete a esfera jurídica de terceiros, como sói acontecer com aquele que simplesmente se droga.

Extrai-se da leitura do art. 5º da Carta Magna que é livre a manifestação do pensamento (IV), é inviolável a liberdade de consciência e de crença (VI) e que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (X).

O indivíduo que resolve se drogar age no espaço aberto pela Constituição, tanto quanto aquele que senta no bar para beber cerveja, revelando-se atentatória a criminalização de sua opção ínsita a sua liberdade, garantida no texto maior.

Mariana de Assis Brasil e Weigert exprime com precisão o tema:

**“Ao limitar a vida privada e a intimidade da pessoa, o proibicionismo atua em esfera tutelada pela Constituição. Em inúmeras disposições a Carta visou proteger os direitos de personalidade dos cidadãos, informando existir parcela de direitos de personalidade dos cidadãos que não pode ser invadida pelo Estado. A personalidade e as opções que dela exsurgem está inserida em tais direitos individuais inacessíveis, devendo ser igualmente respeitadas “a esfera do pensamento, das convicções, das paixões e emoções como núcleo inviolável, como reserva de direito do cidadão na qual o Estado não pode interferir.**

**Em não se respeitando o direito de escolha do indivíduo, nas diferentes expressões que possui, viola-se o princípio da secularização, vislumbrado por Zaffaroni como princípio metajurídico, referencial de legitimidade externa do direito penal. Entendido como o princípio dos quais os demais princípios e valores são dedutíveis, este objetiva exatamente a busca de limites do Estado perante as liberdades dos cidadãos, como referido anteriormente. Deste modo, não é constitucionalmente possível impor-se a proibição (penal) de comportamentos unicamente imorais, malvados ou hostis, pois é imprescindível a efetiva**

**lesão a terceiros.**

**Esta é uma das razões pela qual a criminalização do consumo não se justifica. A punição de atos autolesivos, que causam dano somente ao indivíduo que os pratica, não pode ser considerada nada além de resíduo pré-moderno, baseado em concepções filosóficas e religiosas incapazes de traçar diferenciação entre o Direito e a moral.<sup>10</sup>**

A liberdade constitucional não há de ser uma mera indicação poética ou quimérica. Trata-se de direito fundamental do cidadão que precisa ser afirmado e reafirmado segundo a prática cotidiana da sociedade e do Estado.

Pautada nessa premissa de alto valor axiológico, surgem precedentes na jurisprudência na linha de raciocínio que se está a argumentar. Neste sentido, o seguinte aresto do TJSP:

**“O art. 28 da lei 11.343/06 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade, da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direito Humanos ratificados pelo Brasil.<sup>11</sup>**

Estrema-se usuário de drogas do dependente químico, vez que nem

---

10 Weigert, Mariana de Assis Brasil, **Uso de Drogas e Sistema Penal – entre o proibicionismo e a redução de danos**. 1ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Júris. 2010, p. 79/80.

---

11 Apelação Criminal 0011135633, 6ª Câmara Criminal, Relator José Henrique Rodrigues Torres, julgado em 31/03/2008.

sempre essas figuras se acumulam numa única pessoa. O dependente químico já sofre a desgraça de sê-lo, e a verdadeira providência esperada do Estado é que ofereça tratamento adequado.

Aqui outro ponto de relevo, pois o princípio da proporcionalidade, de jaez constitucional, impõe que qualquer medida estatal guarde uma relação instrumental entre o fim alvitado e a medida propriamente dita.

Relembre que o princípio da proporcionalidade se descortina através de um método trifásico, em que num primeiro momento cabe aferir se a medida estatal que venha a restringir algum direito fundamental é idônea ou adequada para se atingir o objetivo alvitado pelo legislador, no caso a proteção da saúde pública; a segunda etapa é o exame de necessidade da medida, ou seja, se não existe outro meio menos gravoso para se atingir o objetivo estatal; a terceira fase diz com a proporcionalidade em sentido estrito, que remete à ideia de ponderação entre os interesse contrapostos.

A Lei de Drogas não passa no teste da proporcionalidade já nas duas primeiras etapas, porquanto a persecução penal do usuário não é adequada à proteção da saúde pública, bem como existem outros mecanismos mais eficazes à aludida proteção e menos gravosos ao exercício da liberdade constitucional.

Cediço que o direito penal é o último recurso normativo do Estado, o mais contundente. O só fato da persecução criminal importa em certo constrangimento, no que se convencionou denominar *strepitus judicii*. Uma mera anotação criminal na folha de antecedentes já inviabiliza uma série de empregos formais.

Outro problema é o estigma criminoso que envolve o uso de drogas, de forma que o usuário, notadamente aquele que se viciou, tem dificuldade de assumir sua condição no relacionamento médico, ocultando-a e dificultando um diagnóstico mais preciso, e, por conseguinte o tratamento.

O direito penal não é adequado para proteção da saúde pública, antes dificulta o tratamento, afastando o doente, como o próprio Ministério da Saúde, através do relatório acima citado, página 26, afirma: **“o rigor da lei criminal de drogas manifesta-se em condições desfavoráveis de acesso à saúde e a participação e organização dos usuários de drogas,**

### ao estabelecer o uso como “proibido”.<sup>12</sup>

Na observação empírica, tem-se que a política de repressão ao usuário, com a criminalização de sua conduta, não logrou diminuir o consumo em lugar algum do planeta. Os Estados Unidos gastaram mais de trilhão de dólares na *Guerra Contra As Drogas* e consumo só fez aumentar. Já em países como Portugal e Suíça, onde os valores gastos com repressão criminal foram redirecionados para campanhas de educação e desestímulo, bem assim ao adequado tratamento médico de alguém que não é estigmatizado como criminoso, mas como doente, o consumo diminuiu.

Tal observação empírica impõe considerar que a criminalização não passa no segundo teste de aferição do princípio da proporcionalidade (subprincípio da necessidade ou inexistência de meio menos gravoso).

Mais eficazes e menos gravosos à liberdade constitucional no trato da questão das drogas são as amplas campanhas de orientação e as medidas administrativas de desestímulo, tal como o tabaco no Brasil, em que o consumo diminuiu pela metade de 1989 até esta quadra.

O crack é um sério problema há mais de uma década e só agora o governo federal se mobilizou para promoção de campanhas de rádio e televisão avisando sobre os riscos da rápida dependência química que esta droga proporciona.

Quantos experimentaram o crack ignorando por completo os riscos a que estavam submetidos.

O Estado tem o dever de explicar adequadamente os riscos que as drogas, singularmente consideradas, podem proporcionar, conferindo ao cidadão a liberdade de assumi-los através de sua vontade, agora sim, informada.

Noutra ponta, é dever do Estado promover a saúde dos dependentes químicos com tratamento adequado e leitos para internação, escassos em geral, inexistentes em muitos locais desse imenso país.

Verifica-se, portanto, que não é o direito penal o meio proporcional para se buscar a redução do consumo e a cura dos dependentes químicos. Vem a talho o apotegma: “*Não se matam pardais com canhões*”.

<sup>12</sup> [bvsm.s.saude.gov.br/publicações/pms\\_alcool\\_drogas.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/publicações/pms_alcool_drogas.pdf).

## CONCLUSÃO

O homem se droga desde sempre e esta realidade é imutável. A política de proibição do consumo através da persecução penal é um fracasso mundial e importa em violação de vários princípios constitucionais.

A proteção da saúde pública pela criminalização do usuário é uma falácia, pois o álcool, droga, hoje e aqui lícita, é responsável por quase 90% dos atendimentos no SUS relativos ao uso abusivo, razão pela qual não existe esse comprometimento estatal na proibição das drogas; o que se busca, mas não se assume, é a restrição ao diferente, é a manutenção de um moralismo paralisante, o conservadorismo, pois o estigma do drogado é muito forte em nossa cultura, o que mais se robustece com o direito penal, em que o usuário de drogas figura como criminoso.

Tal cenário impõe considerar que o princípio constitucional da lesividade encontra-se violado com a criminalização do usuário, pois este só pode fazer mal a si próprio com o ato de se drogar. Tal conclusão encontra precedentes na doutrina e na jurisprudência, doméstica e internacional; o princípio da isonomia também afigura-se vergastado pelo caráter aleatório com que as drogas são escolhidas à proibição a importar em consequências completamente distintas, sendo que o usuário de droga mais branda, de que é exemplo a maconha, sofre a persecução criminal, ao passo que o alcoólatra bebe até cair cotidianamente sem qualquer repressão estatal, restando provado estatisticamente que a conduta deste é bem mais nociva à saúde pública do que a daquele.

Por fim, a criminalização do usuário fere o princípio da proporcionalidade, na medida em que o direito penal não é idôneo ou necessário à proteção da saúde pública, antes atrapalha essa missão estatal, como o próprio Ministério da Saúde reconhece em documento formal alhures citado, e como o empirismo internacional leva a crer, sendo certo que existem outros mecanismos mais eficazes e menos gravosos à liberdade do indivíduo, tais como campanhas de orientação e medidas de desestímulo.

Enfim, por todos estes argumentos, o art. 28 da Lei 11.343 não passa pelo filtro de constitucionalidade. ◆

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bizzoto, Alexandre, Rodrigues, Andréia de Brito e Queiroz, Paulo, **Comentários Críticos à Lei de Drogas**, 3ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

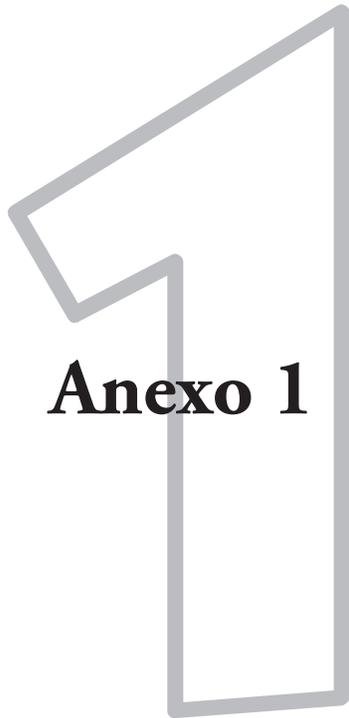
Costa, Humberto. **A política do ministério da saúde para atenção integral a usuários de álcool e outra drogas**, Brasília, 2003, in [bvsms.saude.gov.br/publicações/pns\\_alcool\\_drogas.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/publicações/pns_alcool_drogas.pdf).

Grego, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral. 5ª edição. Belo Horizonte. Impetus. 2007.

Menezes, Cynara, **Carta Capital**, edição nº 661, 31 de agosto de 2011.

Toledo, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª edição. São Paulo. Saraiva. 1994.

Weigert, Mariana de Assis Brasil, **Uso de Drogas e Sistema Penal – entre o proibicionismo e a redução de danos**. 1ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2010.



# **Anexo 1**



**EMERJ**

## Programação do Curso

# Normatividade Jurídica

**Coordenação: Des. Nagib Slaibi Filho**

**Dia 02/03/2012**

**DAS 08h30min às 12h30min**

**Tema: Princípios Gerais**

**1. Normas jurídicas. Os diversos estatutos do cidadão do século XXI.**

**Professor:** Des. Nagib Slaibi Filho

**2. Hermenêutica. Critérios de interpretação. Proporcionalidade. Razoabilidade.**

**Professor:** Des. Nagib Slaibi Filho

**Dia 05/03/2012**

**DAS 08h30min às 12h30min**

**Tema: Fontes Normativas**

**3. Fontes normativas: Constituição, tratados, contratos, entidades estatais e paraestatais. Instituições religiosas.**

**Professor:** Des. Cláudio Brandão

**4. Cortes Internacionais de Direitos Humanos**

**Professor:** Antonio Celso

**Dia 09/03/2012**

**DAS 08h30min às 12h30min**

**Tema: Sistemas Jurídicos**

**5. Sistemas jurídicos: Civil Law e Common Law, legalidade e equidade. Cooperação judicial internacional.**

**Professor:** Des. Nagib Slaibi Filho.

**6. Informação. Imprensa. Internet (Limitação e ponderação).**

**Professor:** Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

**Dia 12/03/2012**

**DAS 08h30min às 12h30min**

**Tema: Regulação Econômica**

**7. Sistema bancário. Defesa do trabalhador.**

**Professor:** Dr. Leonardo Vizeu

**8. Defesa do consumidor e regulação comercial. Superindividamento.**

**Professor:** Dr. Antonio Laerte Vieira (Advogado e Presidente da Comissão do Direito do Consumidor do Instituto dos Advogados Brasileiros)

**DAS 13h30min às 17h30min**

**Tema: Direito Desportivo e Arbitragem**

**9. Direito desportivo: organizações internacionais privadas. A Lei da Copa x Estatuto do Torcedor.**

**Professor:** Des. Nagib Slaibi Filho

**10. Arbitragem. Técnicas de conciliação/mediação.**

**Professor:** Desembargadora Marilene Mello Alves.



**Anexo 2**



**EMERJ**

**PROCESSO Nº 201230****PARECER Nº 201230 – 0012012****INTERESSADA: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ****CURSO: Normatividade Jurídica**

Senhora Coordenadora de Ensino,

**I – Relatório**

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, encaminha a esta Enfam, através do Sisfam, em 08 de fevereiro de 2012, para fins de credenciamento, o projeto do curso denominado “**Normatividade Jurídica**”, oferecidas 100 (cem) vagas.

O curso, ora em exame, sob a modalidade presencial, com carga horária de 20 (vinte) horas-aula, será realizado no período de 09 a 22 de março de 2012.

Em sua justificativa assim aduz a escola:

*“O que se pretende é proporcionar ao magistrado atualização permanente sobre temas de sua realidade laborativa, que estão a provocar reflexão e ações qualificadas mediante o aprofundamento de valores, princípios e compromissos que estão postos pelo contemporâneo sistema jurídico nacional e internacional”.*

O curso tem como objetivo geral analisar, interpretar e aplicar as normas sobre o controle de constitucionalidade das leis.

Quanto ao que diz respeito à abordagem pedagógica, o Curso em tela desenvolver-se-á por meio de aulas interativas, voltado para o desenvolvimento de habilidades e competências atinentes à profissão da clientela-alvo, no âmbito do cotidiano forense. Nesse viés, o trabalho pedagógico assumirá, com o foco escolhido, uma formação baseada na interação entre teoria e prática, desde o início do curso, com vistas ao aprimoramento de magistrados, buscando desta forma, instrumentalizá-los para as decisões adequadas e pertinentes ao tema proposto.

A avaliação dos cursistas está condicionada aos seguintes critérios: Relacionamento interpessoal, pontualidade, interesse, postura, participação nas atividades

*Superior Tribunal de Justiça*  
*Superior Tribunal de Justiça*

2

presenciais da classe, além de frequência mínima de 75% (setenta e cinco por cento) das aulas do curso na modalidade presencial; essa aferição é feita mediante lista de presença. Apresentação de trabalho: findo o curso, no prazo de 10 (dez) dias, os participantes deverão entregar texto de 5 a 8 laudas, em que aplicarão a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso; a esse trabalho será atribuído conceito muito bom, bom, regular ou insuficiente, segundo avaliação a cargo do coordenador do curso. No intuito de uniformizar os trabalhos acadêmicos a Escola da Magistratura do Rio de Janeiro padronizou a formatação dos mesmos, seguindo as normas da ABNT.

Os cursistas deverão avaliar o curso através do preenchimento de folha própria de avaliação, considerando critérios elencados no projeto.

O conteúdo programático está assim esquematizado:

Carga horária total: 20 horas-aula

<b>DISCIPLINA – DIREITO CONSTITUCIONAL</b>	<b>CARGA HORÁRIA</b>
<b>Normas Jurídicas</b>	<b>2 horas-aula</b>
<b>EMENTA</b>	
<b>Normas Jurídicas. Os diversos estatutos do cidadão do século XXI.</b>	
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>	
Texto. Norma. Valor. Fontes Normativas. Legalidade e equidade. Supremacia dos direitos fundamentais. Elementos da norma. Princípio e Regra.	
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	
Compreender o sistema normativo e os seus fundamentos no Estado Democrático de Direito.	

<b>DISCIPLINA – DIREITO CONSTITUCIONAL</b>	<b>CARGA HORÁRIA</b>
<b>Hermenêutica.</b>	<b>2 horas-aula</b>
<b>EMENTA</b>	
<b>Hermenêutica. Critérios de interpretação. Proporcionalidade. Razoabilidade.</b>	
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>	
Hermenêutica. Interpretação. Aplicação do Direito. Critérios de interpretação. Interpretação conforme a Constituição. Modulação dos efeitos. Razoabilidade. Proporcionalidade.	
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	
Compreender a hermenêutica como o modo de apreensão do sistema normativo e da realidade.	

*Superior Tribunal de Justiça*  
*Superior Tribunal de Justiça*

3

<b>DISCIPLINA – DIREITO CONSTITUCIONAL</b>	<b>CARGA HORÁRIA</b>
<b>Sistemas Jurídicos</b>	<b>2 horas-aula</b>
<b>EMENTA</b>	
Sistemas jurídicos: Civil Law e Common Law, legalidade e equidade. Cooperação judicial internacional.	
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>	
Sistemas jurídicos: Civil Law e Common Law, legalidade e equidade. Cooperação judicial internacional. Arbitragem. Direito islâmico.	
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	
Compreender os sistemas jurídicos e a aplicação no mundo moderno.	

<b>DISCIPLINA – DIREITO CONSTITUCIONAL</b>	<b>CARGA HORÁRIA</b>
<b>Fontes Normativas I</b>	<b>2 horas-aula</b>
<b>EMENTA</b>	
Fontes Normativas: Constituição, tratados, contratos. Entidades estatais e paraestatais. Instituições religiosas.	
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>	
Fontes formais e fontes materiais de produção normativa.	
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	
Compreender as fontes normativas no Estado Democrático de Direito.	

<b>DISCIPLINA – DIREITO CONSTITUCIONAL</b>	<b>CARGA HORÁRIA</b>
<b>Fonte Normativa II</b>	<b>2 horas-aula</b>
<b>EMENTA</b>	
<b>Cortes Internacionais de Direitos Humanos.</b>	
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>	
Sistema Global. Corte Internacional de Justiça e Tribunal Pena Internacional. Corte Europeia de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos e Comissão interamericana de Direitos Humanos e Corte Africana de Direitos Humanos.	
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	
Analisar o funcionamento da prestação da tutela de Direitos Humanos.	

<b>DISCIPLINA – DIREITO CONSTITUCIONAL</b>	<b>CARGA HORÁRIA</b>
<b>Sistemas Jurídicos I</b>	<b>2 horas-aula</b>
<b>EMENTA</b>	
<b>Informação. Imprensa. Internet (limitação e ponderação).</b>	
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>	
Liberdade de expressão e suas diversas formas de exteriorização. A Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.	
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	
Analisar como o Supremo Tribunal Federal tutela a liberdade de expressão.	

*Superior Tribunal de Justiça*  
*Superior Tribunal de Justiça*

4

<b>DISCIPLINA – DIREITO CONSTITUCIONAL</b>	<b>CARGA HORÁRIA</b>
<b>Regulação Econômica</b>	<b>2 horas-aula</b>
<b>EMENTA</b>	
<b>Sistema bancário. Direitos do consumidor e do trabalhador.</b>	
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>	
O Direito Econômico e a Regulação das Instituições Financeiras. A tutela do hipossuficiente nas relações bancárias.	
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	
Analisar como o Direito Econômico se expressa na Constituição Federal de 1988.	

<b>DISCIPLINA – DIREITO CONSTITUCIONAL</b>	<b>CARGA HORÁRIA</b>
<b>Regulação Econômica I</b>	<b>2 horas-aula</b>
<b>EMENTA</b>	
<b>Defesa do consumidor e regulação comercial. Superindividamento.</b>	
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>	
A proteção do consumidor x livre iniciativa.	
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	
Analisar a proteção do consumidor em virtude de sua vulnerabilidade.	

<b>DISCIPLINA – DIREITO CONSTITUCIONAL</b>	<b>CARGA HORÁRIA</b>
<b>Direito Esportivo e Arbitragem</b>	<b>2 horas-aula</b>
<b>EMENTA</b>	
<b>Direito desportivo: organizações internacionais privadas. A Lei da Copa x Estatuto do Torcedor.</b>	
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>	
A relativização de normas de ordem pública face às exigências de organizações internacionais privadas. Possibilidade?	
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	
Analisar o inter-relacionamento entre o esporte e o direito.	

<b>DISCIPLINA – DIREITO CONSTITUCIONAL</b>	<b>CARGA HORÁRIA</b>
<b>Direito Esportivo e Arbitragem I</b>	<b>2 horas-aula</b>
<b>EMENTA</b>	
<b>Arbitragem. Técnicas de conciliação/mediação.</b>	
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>	
Meios alternativos de solução de conflitos. Arbitragem. Natureza. Limites. Procedimento arbitral. Sentença arbitral (controle pelo Judiciário). Conciliação - judicial e extrajudicial. Mediação - o terceiro imparcial e sua atuação como mediador.	
<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	
Compreender os meios alternativos de solução de conflitos e sua atuação na área do direito esportivo.	

A indicação dos ministrantes veio acompanhada da síntese dos respectivos

*Superior Tribunal de Justiça*  
*Superior Tribunal de Justiça*

5

currículos. Foi apresentada a bibliografia básica que será sugerida aos cursistas, assim como os meios de acesso a essa bibliografia.

É o Relatório.

## **II – Fundamentação**

Trata-se de curso de aperfeiçoamento de magistrado para fins de promoção por merecimento. A matéria encontra-se disciplinada na Enfam, através da Resolução nº 01, de 6 de junho de 2011, - mantidas, no que couber, a Resolução nº 2/2009 e respectivas Instruções Normativas.

De acordo com o inciso II do art. 13 da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011.

*“O pedido de credenciamento para a execução dos cursos de aperfeiçoamento deverá ser feito, impreterivelmente, até 30 (trinta) dias antes de seu início”.*

O curso terá seu início em 09 de março de 2012, já o pedido de credenciamento foi recebido nesta Enfam no dia 8 de fevereiro de 2012. Tempestivo, portanto, o pedido.

O tema que compõe o projeto do curso em tela, se insere no conteúdo previsto nos incisos II e III do art 8º da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011, que fala dos conteúdos programáticos.

*Art. 8º O conteúdo programático dos cursos incluirá, no mínimo, estudos relacionados com os itens seguintes:*

*I – (...)*

*II – situações práticas da atividade judicante; e*

*III – temas teóricos relativos a matérias jurídicas e disciplinas afins.....”.*

O conteúdo programático e a carga horária se mostram compatíveis entre si, porquanto o tema “Normatividade Jurídica” - com foco em assuntos como: 1. Normas

*Superior Tribunal de Justiça*  
*Superior Tribunal de Justiça*

6

jurídicas: os diversos estatutos do cidadão do século XXI; 2. Hermenêutica. Critérios de interpretação. Proporcionalidade. Razoabilidade. Fontes Normativas: 3. Fontes Normativas: Constituição, tratados, contratos, entidades estatais e paraestatais. Instituições religiosas; 4. Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Sistemas Jurídicos: 5. Sistemas jurídicos: Civil Law e Common Law, legalidade e equidade. Cooperação judicial internacional. 6. Informação. Imprensa. Internet (limitação e ponderação). Regulação Econômica: 7. Sistema bancário. Defesa do trabalhador; 8. Defesa do consumidor e regulação comercial. Superindivíduo. Direito Esportivo e Arbitragem: 9. Direito desportivo: organizações internacionais privadas. A Lei da Copa x Estatuto 10. Arbitragem. Técnicas de conciliação/ mediação – será estudado em 20 horas-aula.

Pela análise dos currículos, vê-se que os ministrantes são devidamente qualificados para ministrar o curso, pois são especializados em áreas concernentes ao conteúdo programático a ser examinado.

Quanto à avaliação do cursista, convém lembrar o disposto no anexo 2 da Resolução nº 2/2009: *“torna-se importante que haja, para qualquer evento de formação e aperfeiçoamento, instrumento de avaliação uniforme e adequado, observadas as diretrizes estabelecidas pela Enfam para toda a ação formativa, ou seja, esta deverá contar, no mínimo, com processo e instrumentos de avaliação, entre os quais, obrigatoriamente, um estudo de caso em que possam ser aplicados os conteúdos programáticos”*.

No presente caso, consta da avaliação do cursista a apresentação de um trabalho em que aplicarão a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso.

O curso será avaliado pelos participantes.

### III – Conclusão

Diante do exposto, preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 01, de 6 de junho de 2011, Resolução nº 2 de 16 de março de 2009 e respectivas Instruções Normativas), opino pelo deferimento do pedido de

*Superior Tribunal de Justiça*  
*Superior Tribunal de Justiça*

7

credenciamento do Curso “Normatividade Jurídica”, a ser realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, como requerido.

À superior consideração.

Brasília, 09 de fevereiro de 2012.

Nely van Boekel  
Analista Judiciário - Enfam

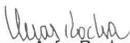
**ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS****PORTARIA Nº 55 DE 15 DE FEVEREIRO DE 2012.**

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado **“Normatividade Jurídica”**, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

**O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 1 da Enfam, de 6 de junho de 2011,

**RESOLVE**

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado **“Normatividade Jurídica”**, com carga horária total de 20 (vinte) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 201230 - Credenciamento.

  
Ministro Cesar Asfor Rocha  
Diretor-Geral

Enfam  
Portaria de credenciamento nº 55 de 15 / 02 / 12  
Publicada na nº de 06 / 03 / 12  
Conferido por 