



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

Volume 7 - nº 1 - Tomo IV (P/Y) - jan.-jun. 2015

Elaborado no 1º Semestre 2015



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

Volume 7 - nº 1 - Tomo IV (P/Y) - jan.-jun. 2015



Elaborado no 1º Semestre 2015



© 2016 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

Semestral

ISSN 2179-8575

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

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

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

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

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br

EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ

1º Semestre de 2015

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)

José Renato Teixeira Videira

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/DIBIB - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Néli Luiza Cavalieri Fetzner
- Nelson Carlos Tavares Junior.



Paula Aparecida da Silva Guerra

O DIREITO DE SER DEIXADO EM PAZ NA PERSPECTIVA DA TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... 1409

Paula Faria Dutra Fragoso

ATIVISMO JUDICIAL - RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL 1423

Paula Szwarc

A PUBLICIDADE NO COMÉRCIO ELETRÔNICO 1440

Paulo de Tarso Coutinho

DIREITOS DA PERSONALIDADE DIREITO AO PRÓPRIO CORPO E SUAS QUESTÕES POLÊMICAS ENVOLVENDO A EUTANÁSIA E A ORTOTANÁSIA 1460

Pedro Felipe do Amaral Peroca

ATRIBUIÇÕES DO PODER LEGISLATIVO NO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS E A PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS DE SEUS MEMBROS 1477

Rafaela Sermenho Dias da Cruz

MULTIPARENTALIDADE: NOVO DESAFIO PARA O DIREITO DAS FAMÍLIAS 1502

Renato Stafford Barcellos de Moraes

AS CONSEQUÊNCIAS DA IMPLANTAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PROCESSO ELETRÔNICO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS 1521

Roberta Fernandes Navarro Nuss

A RESERVA LEGAL NAS ÁREAS RURAIS DE FLORESTA OU VEGETAÇÃO NATIVA SITUADAS EM OUTRAS REGIÕES DO BRASIL – REFLEXÕES 1535



Roberta Soares Ramalho Fernandes

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA, A PERDA DE UMA CHANCE E O DANO MORAL.. 1552

Rodrigo Saraiva Porto Garcia

VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E JURISDICIONAL 1567

Sabrina D'Avila Amaral

A CONTROVÉRSIA DO STF ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO..... 1590

Sarah Lopes de Araújo Freitas

O CONSENSUALISMO NOS CONTRATOS PÚBLICOS: O EXCESSO DE FORMALISMO COMO OBSTÁCULO NA EFETIVAÇÃO DO INTERESSE PRIMÁRIO..... 1605

Sheila de Carvalho

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO TABACO 1619

Suellen Lisboa Nunes

DOS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIÁRIO NA INTERVENÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA EDUCAÇÃO INFANTIL 1645

Suyane Machado Borges

OS LIMITES DA LIBERDADE DE RELIGIÃO NO ESTADO LAICO: A (I)LEGITIMIDADE DA RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO POR FUNDAMENTO RELIGIOSO 1660

Tandrea Campos Guimarães Rabelo

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... 1677

Tatiana Dupin Almeida Soares

DO CABIMENTO DO DANO MORAL POR ABANDONO SÓCIO - AFETIVO DOS FILHOS MENORES 1693

Tayssa Marins de Oliveira Sato

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO PENAL DA NOVA LEI SECA 1717



Téssio Alexandre Rodrigues

ACÇÃO CONTROLADA NO ÂMBITO DA LEI N. 12.850/2013. 1733

Thadeu Cantarino Pereira Ramos

O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL COM REGIME DE SEPARAÇÃO CONVEN-
CIONAL DE BENS..... 1748

Vanessa Bianchi Guedes Alonso

UMA REFLEXÃO SOBRE A REGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL POR COME-
TIMENTO DE FALTA GRAVE E A VIOLAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA SENTENÇA
PENAL CONDENATÓRIA 1767

Vanessa Vieira da Silva Cardoso de Lima Salles

POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE GÊNERO NO ASSENTO DE REGISTRO CIVIL DE TRAN-
SEXUAL, MESMO SEM A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE REDESIGNA-
ÇÃO DE SEXO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DO RE 6704221783

Victor Joseph Widholzer Varanda Dos Santos

JUROS: ESPÉCIES E CONTROVÉRSIAS..... 1800

Vinicius Miranda de Moraes

O DELEGADO DE POLÍCIA COMO PRIMEIRO FISCAL DO EXERCÍCIO PUNITIVO DO ES-
TADO ATRAVÉS DA ANÁLISE DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME..... 1814

Wanesca Murta Gurgel

OS NOVOS LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO NOS REGIMES DE PARCERIA VO-
LUNTÁRIA ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE
CIVIL, SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.019/2014. 1830

Yanne Valle Menezes

ACESSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EFETIVA PROTE-
ÇÃO AO DIREITO DE IR E VIR DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E COM BAIXA MOBI-
LIDADE 1846



O DIREITO DE SER DEIXADO EM PAZ NA PERSPECTIVA DA TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Paula Aparecida da Silva Guerra

Graduada pela Universidade Nova Iguaçu-Unig, campus V Itaperuna/RJ. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ - em direito lato sensu no curso de especialização para a carreira da Magistratura.

Resumo: O trabalho em apreço tem como escopo abordar em que consiste o direito ao esquecimento, sua origem histórica, seus limites, bem como confrontá-lo com o direito a liberdade de informação e de manifestação do pensamento, os quais se inserem igualmente no âmbito dos direitos fundamentais e, por conseguinte, da tutela constitucional. Por fim, busca-se contextualizar o direito ao esquecimento à orientação doutrinária expressada no Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil e a recente posição firmada pelo STJ na análise do tema, com vistas a melhor compreensão das repercussões atuais acerca do seu enfrentamento.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Constitucional. Tutela da Dignidade. Direito ao Esquecimento. Direitos da Personalidade.

Sumário: Introdução. 1. O Direito Fundamental ao Esquecimento 1.1 Conceito. 1.2 Fundamentos. 2. Precedentes Históricos no Direito Comparado. 3. Confronto com outros direitos. 4. Rediscussão do Tema no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 5. Jurisprudência do STJ. 5.1 O Direito ao esquecimento e os desafios impostos pela modernidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho utiliza a metodologia do tipo bibliográfica, descritiva e parcialmente exploratória, para abordar o Direito ao Esquecimento na Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana, com enfoque na relevância atual do seu enfrentamento, à luz da recente construção doutrinária e jurisprudencial, bem como na problematização em torno da efetividade de sua tutela, diante da chamada “sociedade da informação”.

Desenvolve-se a partir da análise histórica do tema, com a verificação do seu campo de incidência, seguida do seu confronto com outros direitos igualmente assegurados, e se propõe a estabelecer uma reflexão acerca da necessidade imperiosa de instrumentos eficazes de tutela do direito em debate, frente aos desafios lançados pela modernidade.



O direito objeto da presente abordagem, apesar de não ser uma construção recente, conforme será evidenciado ao longo do desenvolvimento do trabalho em questão, fez renascer o debate e a relevância em torno de si, especialmente após a edição recente, de enunciado pela VI Jornada de Direito Civil, incluindo tal direito no âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana e, o seu enfrentamento pela primeira vez em uma Corte Superior Brasileira.

Cuida-se de direito com assento constitucional e legal, cuja previsão é uma decorrência imediata do direito à privacidade, que por sua vez, denota uma colisão com outros direitos fundamentais, a exemplo do direito à informação.

Também se revela contemporânea a discussão na Europa, onde alguns países pretendem legalizar o direito em comento, objetivando o controle das informações propagadas nas redes sociais de relacionamento como Facebook e Twitter. No entanto, até o momento nenhum projeto fora aprovado nesse sentido.

Nesse passo, diante da constatação real e rotineira dos danos causados pela era da internet, que pereniza as notícias e informações sem que haja um correspondente controle, da relevância, pertinência e utilidade informativa na continuada divulgação desses dados, impõe-se uma reflexão mais amadurecida em torno do tema, de modo a se assegurar de modo eficaz a proteção desse importante direito mediante a sua regulamentação no plano virtual.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento, também chamado de “direito de ser deixado em paz” ou “direito de estar só”, em uma definição simples, pode ser entendido como aquele assegurado ao indivíduo no sentido de não ser obrigado a conviver, por um tempo ilimitado, com o exercício da livre circulação de fatos noticiosos relacionados à sua vida, de modo a causar-lhe sofrimento ou transtorno.



O direito ao esquecimento, como um direito personalíssimo a ser tutelado, teve origem no âmbito criminal, mas atualmente vem sendo reivindicado na defesa dos cidadãos diante de invasões de privacidade pelas mídias sociais e pelas novas tecnologias de informação.

No Brasil, o direito em tela possui base constitucional e legal, enquanto desdobramento que é do direito à vida privada, à intimidade e à honra, os quais integram a categoria dos direitos da personalidade.

Vale destacar a abordagem feita por Anderson Schreiber¹ e Paulo R. Khouri² no tocante à existência de um “direito ao esquecimento”, como integrante do campo mais vasto dos direitos da personalidade, em conexão com a proteção à intimidade e à privacidade. Para o primeiro autor, “o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a história”, em verdade, ele implicaria “a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”. Já Paulo R. Khouri suscita a necessidade de se “ponderar caso a caso os valores em jogo e a possibilidade de o direito ao esquecimento ter que ser sacrificado em prol da liberdade de informação”.

Com efeito, contemplados pelo art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 e pelo artigo 21 do Código Civil de 2002, há quem ainda afirme sua existência como decorrência da própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88):³

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:

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;

¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 164.

² KHOURI, Paulo R. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89, | p. 463 e ss., set. 2013.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10 de mai. 2014.



Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

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.

Trata-se de um direito que há muito é objeto de discussão na Europa e nos EUA, e cuja origem remonta à década de 80, conforme se pode constatar a partir da citação feita pelo jurista e filósofo francês François Ost,⁴ de uma decisão proferida pelo Tribunal de última instância de Paris, em 1983, na qual o direito em questão restou assegurado nos termos seguintes:

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.

Na mesma esteira, é possível mencionar outro precedente no Direito Comparado, julgado pelo Tribunal de Apelação da Califórnia, no ano de 1931, onde se reconheceu em favor de uma ex-prostituta acusada no passado de homicídio, porém absolvida, o direito à reparação material. Tal pretensão teve por objeto a conduta de um produtor de cinema que tempos depois, fez um filme baseado na sua biografia, no qual se reportava ao processo-crime que a personagem havia respondido.

Vale ressaltar que, nesse caso, a despeito de não ter havido menção expressa do direito em questão, toda a fundamentação utilizada pelo tribunal teve por base o seu conteúdo.

Apesar de a história contar com tais precedentes, o exemplo histórico mais conhecido e noticiado, que inclusive foi citado pelo ministro relator Luiz Felipe Salomão na

⁴ OST, François. *O Tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 160.



fundamentação de dois recursos especiais,⁵ foi o caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1969.

Em 1969, a República Federativa da Alemanha, na comunidade conhecida como Lebach, foi cenário de uma chacina contra soldados alemães que guarneciam um depósito de artefatos bélicos. Na ocasião eles foram surpreendidos pela empreitada criminosa de dois homens, auxiliados por um terceiro, que culminou no ferimento grave de um dos soldados e na morte de outros quatro.

O caso envolveu um dos condenados, que após ter cumprido integralmente sua pena, buscou no Judiciário uma tutela inibitória para impedir a veiculação de um noticiário, em um programa de televisão, onde seria retratado o crime pelo qual havia respondido com menção ao nome de todos os condenados à época.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:⁶

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto. 2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população. 3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da

⁵ Para um exame mais aprofundado do caso *Lebach*, cf. MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p.486.

⁶ VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. *Direitos fundamentais e competência de reforma constitucional: os limites materiais das emendas à Constituição*. São Paulo: Baraúna, 2014, p. 82.



informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização).

Nesse contexto, foi reconhecido, que a proteção constitucional da personalidade, não permite que a mídia explore por tempo indeterminado aspectos da pessoa do criminoso e da sua vida privada, corroborando assim, a tutela do direito ao esquecimento já consagrada no ordenamento.

2. CONFRONTOS COM OUTROS DIREITOS

O tema objeto de análise envolve o enfrentamento de outros direitos de índole constitucional, a exemplo do direito à memória e do direito à informação, os quais devem ser compatibilizados mediante a técnica da ponderação de princípios, o que não significa que um suprima o outro, mas apenas que um se sobreporá, a depender da análise do caso concreto. Impõe-se investigar qual o direito que possui maior amplitude casuisticamente.

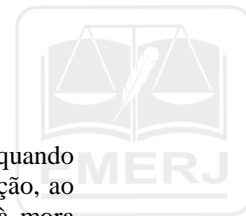
Segundo a lição de Luís Roberto Barroso, “a técnica da ponderação de princípios deve ser empregada de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, viabilizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer.”⁷

Sobre o conflito entre valores igualmente resguardados pela Constituição, José Carlos Vieira de Andrade⁸ prelecionou:

Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta (real ou hipotética). A esfera de proteção de um direito é constitucionalmente protegida em termos de intersectar a esfera de outro direito ou de colidir com uma outra norma ou princípio constitucional. O problema agora é o de saber como vai resolver-se esta contradição relativa ao caso concreto, como é que se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efetivamente protegidos como fundamentais.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional* (Tomo III). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 12.

⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 311.



Poderá ser, por exemplo, o caso da liberdade de expressão ou de imprensa, quando se oponha à intimidade da vida privada, ao direito ao bom nome, e à reputação, ao segredo de justiça, à segurança nacional, ao respeito pelas instituições ou à mora pública. Em que condições é legítimo que um órgão de comunicação social divulgue factos da vida íntima de uma figura pública ou opiniões críticas susceptíveis de lesar o bom nome de uma pessoa?

Com efeito, a Constituição Federal assegura de um lado (art. 5º, IX, e 220, parágrafo 1º) ser a imprensa incensurável, como consectário da própria liberdade de pensamento e de expressão (art. 5º, IV), e de outro contempla princípios como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, os quais servem de barreira ao exercício daquele.

Assim, tem-se que o exercício do direito de informação não pode ser admitido em caráter absoluto, ilimitado, porquanto encontra restrições na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988.⁹

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.

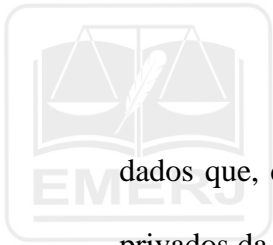
§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

- I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

O fato é que não se trata de uma prerrogativa no sentido de permitir que o indivíduo reescreva sua própria história, mas tão somente de uma garantia contra o chamado superinformacionismo, para que mediante uma filtragem, se legitime apenas a veiculação de

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 26 mar. 2014. p. 311.



dados que, de fato interessem à coletividade, restringindo-se se aqueles atinentes a aspectos privados da vida da pessoa e que pertencem ao seu patrimônio moral.

3. REDISCUSSÃO DO TEMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A tese do direito ao esquecimento, conquanto não seja recente, ganhou força na doutrina jurídica brasileira com a aprovação, recentemente, do Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ,¹⁰ cujo teor e justificativa ora se transcrevem:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

No Brasil, o direito ao esquecimento foi enfrentado pela Quarta Turma do STJ no julgamento de dois recursos especiais interpostos contra reportagens exibidas em programa televisivo: a situação da “Chacina da Candelária” (REsp. 1.334.097) e o caso “Aída Curi” (REsp. 1.335.153).¹¹

O primeiro caso, conhecido como “Chacina da Candelária”, marcou a cidade do Rio de Janeiro, no ano de 1993, quando mais de setenta pessoas, em sua maioria, crianças e adolescentes foram alvo de um ataque policial enquanto dormiam nas imediações da igreja da Candelária, localizada no centro da cidade.

¹⁰ BRASIL. *VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal/STJ*: Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2014.

¹¹ BRASIL. *Recurso Especial n. 1.335.153 RJ (2011/0057428-0)*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>. Acesso em: 20 de jul. de 2014.



Um dos indiciados como coautor e levado a julgamento pelo tribunal do júri, foi absolvido por unanimidade pelo Conselho de Sentença. Passados quase dezesseis anos do referido massacre, o programa Linha Direta Justiça, da TV Globo, ao retratar o acontecimento histórico, citou-o como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido. Tal veiculação de fatos passados, a desprovida de contemporaneidade, levou o então indiciado, a buscar judicialmente o direito de ser esquecido.¹²

O segundo caso Aída Curi, que foi abusada sexualmente e morta em 1958 no Rio de Janeiro, envolveu um dos crimes mais famosos do noticiário policial brasileiro. A história desse crime foi retratada no programa Linha Direta com a divulgação do nome da vítima e de fotos reais, o que levou seus familiares a pleitearem indenização judicialmente, suscitando igualmente o direito ao esquecimento.¹³

Ambas as pretensões foram apreciadas pela Quarta Turma do STJ, em sede de recurso especial, e a despeito de terem se ancorado, no direito ao esquecimento, como um direito personalíssimo a ser protegido, a Corte adotou soluções diversas, como será mais bem compreendido a seguir, quando da análise dos dois casos paradigmáticos na jurisprudência do STJ.

4. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

A comunidade jurídica brasileira viu chegar ao Superior Tribunal de Justiça, os reflexos dos novos valores trazidos pela tecnologia.

¹² TV GLOBO. *Linha Direta Justiça*: A chacina da Candelária. Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/a-chacina-da-candelaria.htm>. Acesso em: 14 mai 2015.

¹³ LOPES, Marcelo Frullani. *Direito ao esquecimento*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182442,101048-Direito+ao+esquecimento>. Acesso em: 14 mai 2015.



No primeiro caso julgado pela Corte, o autor da demanda buscou a proclamação do seu direito ao esquecimento, após a veiculação inconstitucional de seu nome e imagem em documentário apresentado pela TV Globo, que rememorou a sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, conhecidos como Chacina da Candelária.

A pretensão em tela fundou-se no direito do autor de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que posteriormente, fora inocentado.

Nesse contexto, é oportuno destacar as considerações feitas pelo ministro relator Luís Felipe Salomão, bem como os parâmetros a serem considerados entre a liberdade de expressão e informação, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem de outro.¹⁴

Foi pontuado que a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode implicar em uma nova ofensa à dignidade da pessoa humana. Destacou ser imperiosa a aplicabilidade do direito invocado no cenário interno, com base não apenas na principiologia decorrente dos Direitos Fundamentais e da Dignidade da Pessoa Humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional.

Também se revela oportuna a abordagem feita em torno da historicidade enquanto parâmetro definidor de qual direito deva prevalecer no caso concreto, onde o ministro relator ressaltou do direito ao esquecimento, os fatos genuinamente históricos.

Desse modo, a Corte considerou que a despeito, de a Chacina da Candelária ter se tornado um fato histórico, a retratação do acontecimento de forma fidedigna pela mídia televisiva, prescindiria da exposição da imagem e do nome do autor em rede nacional, pelo que foi reconhecido o direito a indenização.

¹⁴ BRASIL. *Recurso Especial n. 1.335.153 RJ (2011/0057428-0)*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>. Acesso em: 20 de jul. de 2014.



No segundo caso relatado, o reconhecimento do direito ao esquecimento também foi buscado pelos familiares de Aída Curi, os quais invocaram o direito de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de sua irmã Aída Curi.

O direito invocado, nesse segundo caso concreto, também decorreu de publicações na mídia televisiva, cuja abordagem fora desprovida de contemporaneidade. Contudo, a mesma Turma responsável pelo julgamento do recurso anterior, decidiu, por maioria, negar provimento, ao utilizar como parâmetro para solução a historicidade do fato narrado.¹⁵

Foi salientado, que em se tratando de crime de repercussão nacional, a vítima –por torpeza do destino - frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a própria narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

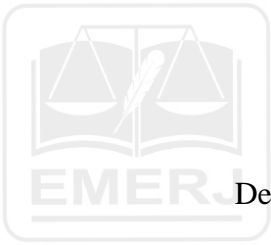
Assim, embora se tenha reafirmado o reconhecimento do direito ao esquecimento, tal proteção não abarcou o caso em tela, onde se reviveu, décadas após o crime, acontecimento tido como histórico. Na ementa, restou consignado:¹⁶

[...] o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi.

Desse modo, mediante uma ponderação de valores, a Quarta Turma do STJ, entendeu, que o acolhimento do direito ao esquecimento com a consequente indenização, consubstanciaria desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança do ocorrido.

¹⁵ PADRÃO, Vinicius. *Direito ao esquecimento*. Disponível em: <http://viniciuspadrao.jusbrasil.com.br/artigos/210383167/direito-ao-esquecimento>. Acesso em 14 mai. 2015.

¹⁶ BRASIL. *Recurso Especial n. 1.335.153 RJ (2011/0057428-0)*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>. Acesso em: 20 de jul. de 2014.



Denota-se claramente, que tal ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. É necessário que o caso concreto seja analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa, na reiteração do fato pretérito, o modo de sua representação e, ainda, os riscos trazidos por ele à pessoa envolvida.

Nessa ordem de ideias, parecem evidentes os riscos à privacidade e à autonomia individual, sobretudo na era do superinformacionismo, o qual se agrava se pensarmos na sua difusão junto à internet, ambiente, que por excelência, não esquece o nele é divulgado.

Como bem observa Paulo José da Costa Júnior,¹⁷ dissertando acerca do direito de ser deixado em paz:

Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.

Não é por outra razão, que a necessidade de regulação do tráfego internacional de dados lançados virtualmente, se encontra na pauta dos atuais debates internacionais.

Tamanha a importância e contemporaneidade dessa reflexão, que a Vice-Presidente da Comissão de Justiça da União Europeia chegou a apresentar proposta de revisão das diretivas, que versam sobre a proteção das pessoas no que diz respeito aos dados pessoais e à livre circulação deles, a fim de que fosse contemplado expressamente o direito ao esquecimento dos usuários da internet.

¹⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 16-17.

CONCLUSÃO

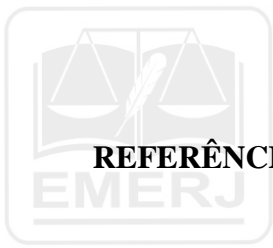
Posto em debate a tutela do direito ao esquecimento, como um direito cuja proteção emana da própria dignidade da pessoa humana, torna-se imprescindível adequar a referida tutela à realidade da modernidade e os desafios lançados por ela.

É inegável que o avanço das tecnologias digitais fez aumentar exponencialmente a capacidade de armazenamento dos bancos de dados e servidores, fazendo da *internet* um lugar de memória eterna, o que por sua vez, imprimiu uma nova tônica ao conflito entre liberdade de informação e direitos da personalidade.

Assim, é mister que se faça a problematização em torno do fenômeno da modernidade, denominado superinformacionismo, que cria uma verdadeira massa de informações sobre tudo e sobre todos. Emerge, então, a preocupação acerca do alcance e do limite de prazo em que esta vasta quantidade de informações podem ser mantidas na Rede.

Nesse passo, surge a necessidade de analisar tal conflito por outro prisma, desafiando o julgador a solucioná-lo a partir de uma nova realidade social, ancorada na informação massificada que, diariamente, choca-se com a invocação de novos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles resultantes da proteção conferida à dignidade.

Conclui-se, dessa forma, que a aplicação do direito ao esquecimento, a despeito de todas as considerações já feitas na seara doutrinária e jurisprudencial, ainda reclama debates aprofundados acerca dos mecanismos eficazes para a sua proteção, a fim de que seja concretizada uma transformação não apenas jurídica, mas também estrutural, mediante uma verdadeira reeducação de todos aqueles que atuam na replicação da memória e de dados do indivíduo, junto aos meios de comunicação, principalmente na *internet*.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Almedina, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional* (Tomo III). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. *Constituição da República federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10 de mai. 2014.

_____. *VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal/STJ*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KHOURI, Paulo R. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89, p. 463 e ss., set. 2013.

LOPES, Marcelo Frullani. *Direito ao esquecimento*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182442,101048-Direito+ao+esquecimento>. Acesso em 10 de mai 2014..

MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, 486-493p.

OST, François. *O Tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PADRÃO, Vinicius. *Direito ao esquecimento*. Disponível em: <http://viniciuspadrao.jusbrasil.com.br/artigos/210383167/direito-ao-esquecimento>. Acesso em 14 mai. 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

TV GLOBO. *Linha Direta Justiça: A chacina da Candelária*. Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/a-chacina-da-candelaria.htm>. Acesso em 14 mai. 2014.

VIANNA. Felipe Augusto Fonseca. *Direitos fundamentais e competência de reforma constitucional: os limites materiais das emendas à Constituição*. São Paulo: Baraúna, 2014.



ATIVISMO JUDICIAL - RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Paula Faria Dutra Fragoso

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo: Na análise do fenômeno do ativismo judicial, observamos que seu surgimento decorreu de uma reforma constitucional que constitucionalizou direitos sociais de prestação positiva, exigindo atuação pró-ativa do Estado, o que aumentou seus gastos. Assim, surgiram situações de flagrante inércia estatal, com o ápice na crise do Estado do Bem-Estar Social, o que faz parecer que a concretização desses direitos sociais contidos no mínimo existencial seriam incompatíveis com a tese da reserva do possível, mas pela análise desses dois institutos, mostra-se que não são antagônicos, mas parâmetros limitadores do ativismo judicial e que justificam sua manifestação de forma constitucional.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Estado do Bem-Estar Social. Direito Social. Mínimo Existencial. Omissão do Poder Executivo. Ativismo Judicial. Reserva do Possível.

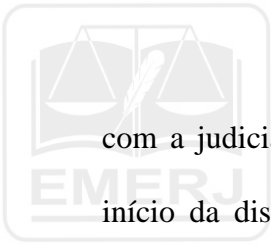
Sumário: Introdução. 1. Origem Histórica do Ativismo Judicial. 2. Diferença conceitual entre ativismo judicial e judicialização da política. 3. Mínimo Existencial. 4. Reserva do Possível: origem, adaptação para o direito brasileiro e limites para sua aplicação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática do ativismo judicial e os debates a ele relativos quanto à reserva do possível e ao mínimo existencial na concretização de direitos sociais constitucionalmente assegurados a partir do surgimento do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

Em se tratando de tema intensamente debatido no que toca a sua constitucionalidade, busca-se com o presente trabalho demonstrar que a relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível não representam institutos antagônicos, mas parâmetros que devem ser compatibilizados para a manifestação do ativismo judicial de forma constitucional.

Em um primeiro capítulo, busca-se trazer a compreensão histórica de sua origem, esposando as razões jurídicas, políticas e sociais de seu surgimento, e portanto, sua relevância em tais esferas. No segundo capítulo, visa a conceituação do ativismo judicial e sua relação



com a judicialização da política, sedimentando assim os conhecimentos necessários para o início da discussão da aplicação constitucional do ativismo judicial. No terceiro capítulo, analisa-se em que consiste direitos sociais e o mínimo existencial e a relevância constitucional de sua concretização. No quarto capítulo, desenvolve-se a tese da reserva do possível, suas variações e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo pela compatibilização entre a reserva do possível e a concretização do mínimo existencial na manifestação do ativismo judicial.

Através da utilização da metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, o presente trabalho conclui ao final que a concretização de direitos sociais contidos no mínimo existencial e os limites da reserva do possível não representam institutos antagônicos, um estimulando e o outro obstaculizando o ativismo judicial, mas funcionando ambos como parâmetros da constitucional atuação ativista do Poder Judiciário.

1. ORIGEM HISTÓRICA DO ATIVISMO JUDICIAL

Começando pela origem histórica, o ativismo judicial surge em meio à crise do Estado do Bem-Estar Social, *Welfare State*. Faz-se relevante, portanto, para a compreensão de seu surgimento uma análise da evolução constitucional das gerações de direitos, partindo do Estado Liberal até a crise do Estado do Bem-Estar Social.

A primeira geração de direitos tem sua origem no século XVI com o Liberalismo Político. Foi o pensamento fundante do Estado Liberal, em que se buscava acabar com os abusos do poder político e a conquista das liberdades negativas mediante a criação de um estado não intervencionista, com obrigação negativa, de abstenção. Caracteriza-se pelo reconhecimento dos direitos individuais de liberdade, como os direitos de defesa, liberdades



públicas, direitos civis e políticos, que assegurar o direitos à liberdade na vida civil e política do Estado.

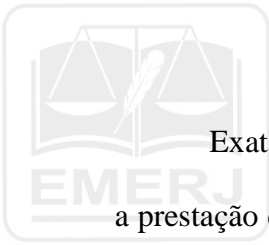
Com as crises econômicas mundiais geradas pelo abuso do poder econômico, começa a se reavaliar e criticar o modelo liberal e questionar a real capacidade de autoregulação do mercado. Conclui-se pela necessidade de uma atuação positiva do Estado em momentos de crise, havendo intervenção estatal na economia até que se retorne à situação de normalidade.

Trata-se da criação do Estado do Bem-Estar Social. Isto é, um estado que busca interferir na economia em prol dos cidadãos, contra o poder econômico, com a efetivação dos direitos de segunda geração: os direitos sociais, como direito a condições mínimas de trabalho, à previdência e assistência social, amparo à doença, à habilitação, ao lazer, a um salário que assegure o mínimo de dignidade ao homem, à sindicalização, à greve dos trabalhadores, etc., almejando sempre a igualdade material, também conhecida como substancial.

Importante destaque a esse Estado do Bem-Estar Social é que o processo de reconhecimento de direitos sociais gera a judicialização da política. Ou seja, pela previsão constitucional desses direitos sociais, ocorre a inserção de matérias políticas na Constituição, de tal maneira que, sendo o Poder Judiciário o intérprete da Constituição, passa a poder controlar tais questões públicas. Nesse sentido, Humberto Santarosa¹ conclui que a judicialização seria “fato decorrente da constitucionalização de questões políticas, tornando referidas matérias juridicizadas”.

Porém, por si só isso não gera o ativismo judicial, pois ainda que seja possível o controle judicial das políticas públicas, essa não ocorre sem que o Poder Judiciário seja provocado. E tal provocação não se observa sem insatisfação social. É nesse contexto que a crise do Estado do Bem-Estar Social torna-se o marco relevante para o ativismo judicial

¹ SANTAROSA, Humberto. *Jurisdição Criativa e a motivação das decisões judiciais*. In: FUX, LUIZ (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 578.



Exatamente por essa dita escassez e incapacidade da Administração Pública assegurar a prestação de tais direitos, que se observa a justificativa estatal de sua omissão e ineficiência na Tese da Reserva do Possível e na própria escassez de recursos.

Essa crescente ineficiência do Poder Executivo no cumprimento de sua função constitucional de concretizar através das políticas públicas os direitos sociais constitucionalmente garantidos, na mesma medida em que enfraqueceu o próprio Executivo, fortaleceu o Poder Judiciário.

Tal fortalecimento se deu pela crescente insatisfação social. Isto é, mobilização social na busca pela concretização de tais direitos, encontrando no Poder Judiciário o vetor estatal capaz de assegurá-los. É nesse momento que a judicialização da política permite o surgimento do ativismo judicial.

No contexto do surgimento do ativismo judicial, vários autores² narram ter o termo ativismo judicial sido usado pela primeira vez em nos Estados Unidos em 1947, cunhado pelo jornalista americano Arthur Schlesinger Jr. em um artigo publicado na revista Fortune, onde distinguiu os magistrados da Suprema Corte que defendiam uma postura mais ativista do Judiciário, daqueles com postura mais contida.

Portanto, conclui-se que o ativismo judicial surgiu em um contexto jurídico de constitucionalização de direitos sociais, e nessa medida, judicialização da política. Ao mesmo passo, surgiu em um contexto social de insatisfação popular pela ineficiência do Poder Executivo em concretizar as promessas constitucionais, o que levou a uma efetiva provocação jurisdicional.

² Dentre os diversos autores que mencionam o jornalista que cunhou o termo ativismo judicial está Mayra Marinho Miarelli no livro *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*, citando Saul Tourinho Leal em seu livro *Ativismo ou Altivez? O Outro Lado do Supremo Federal*; e Humberto Santarosa no capítulo 13: *Jurisdição Criativa e a Motivação das Decisões Judiciais como seu aspecto legitimador* no livro *Processo Constitucional*, coordenado pelo Ministro Luiz Fux.



2. DIFERENÇA CONCEITUAL ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Poder Judiciário enquanto responsável pela interpretação da Constituição e por dar a “última palavra” a respeito do comando constitucional tem como sua função típica a jurisdição constitucional. Ao mesmo passo, a judicialização da política permitindo ao Poder Judiciário em sua função de intérprete da Constituição controlar as políticas públicas direcionadas a realização dos direitos sociais constitucionais, amplia a sua função no controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade, portanto, torna-se o meio e ao mesmo tempo o fundamento para a efetivação dos direitos sociais não concretizados pelo Legislativo e o Executivo. Em outras palavras, o ativismo judicial surgiu como uma postura mais ativa do Poder Judiciário nesse controle de constitucionalidade, não apenas teórico e abstrato, mas protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, como bem conclui Mayra Marinho Miarelli³.

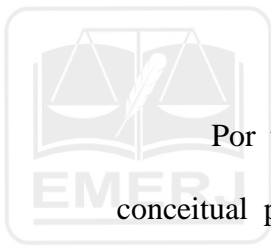
Nesse sentido, o ministro do STF Luis Roberto Barroso⁴ ressalta que:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Portanto, decorreria da própria atuação de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário tal postura mais ativa, que para alguns evidenciaria uma jurisdição criativa.

³ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012. p. 160.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4>. Acesso em: 05 out. 2014.



Por tal estudo da origem do ativismo judicial já é possível realizar uma distinção conceitual preliminar entre os dois. A judicialização da política enquanto movimento de constitucionalização seria o fenômeno que desencadeou o surgimento do ativismo judicial enquanto postura ativa do Poder Judiciário na interpretação da Constituição e no próprio controle de constitucionalidade. Dessa forma, existe uma relação de causa e consequência entre judicialização da política e ativismo judicial.

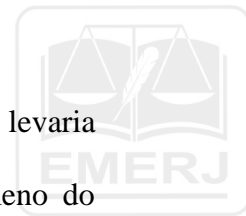
Porém, a relação entre os dois não é meramente de causa e consequência, mas de condição jurídica. Isto é, para o ativismo judicial ser fenômeno constitucionalmente possível, foi necessário que antes se incluíssem os direitos sociais no âmbito de controle pelo Poder Judiciário através de sua inclusão no rol de normas constitucionais. Só com tal inclusão, tornou-se possível o controle de tais temas (afetos a políticas públicas) pelo Judiciário, de maneira que sua atuação pudesse ser considerada ativa.

Nesse sentido, Humberto Santarosa⁵ explica que a judicialização representa a inserção de determinadas matérias nos diplomas constitucionais, que pelo caráter normativo do texto constitucional, passam a ser judicializáveis. Assim, conclui que o Judiciário como último intérprete da Constituição e das leis, e em decorrência de inserção de matérias políticas na Lei Fundamental, teria o condão de delimitar, interpretar e julgar referidas situações, quando postas à sua disposição.

Por tais afirmações é possível concluir que não seria o ativismo judicial simplesmente um processo de judicialização da política, mas a judicialização da política, pela constitucionalização de tais temas, que permite o ativismo judicial enquanto controle de constitucionalidade das políticas públicas.

Conclui-se, portanto, que entre judicialização da política e ativismo judicial há uma relação intrínseca. Mas tal relação, seja de condição e condicionado, seja de causa e

⁵ SANTAROSA, op. cit., p. 574.



consequência não pode gerar a confusão entre os dois. Confusão essa que muitas vezes levaria a conclusões equivocadas inclusive quanto à constitucionalidade do próprio fenômeno do ativismo judicial⁶.

3. MÍNIMO EXISTENCIAL

Como exposto no primeiro capítulo, a análise do fenômeno do ativismo judicial e seu surgimento encontram-se intrinsecamente ligados à concretização de direitos sociais, e em última análise, a assegurar o mínimo existencial. Portanto, para compreender a real importância do ativismo judicial é preciso um prévio estudo a respeito dos direitos sociais e o mínimo existencial, bem como a relação entre os dois.

Começando com os direitos sociais, uma primeira informação pertinente seria que tais direitos representam o objeto central do ativismo judicial. Isto é, o ativismo judicial enquanto fenômeno que pretende assegurar a realização de tais direitos sociais, tem na análise de tais direitos o indicativo da abrangência da atuação proativa do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas.

Como bem explica Ingo Wolfgang Sarlet⁷, os direitos sociais possuem fundamentalidade formal, decorrente de sua posição dentro do título dos direitos fundamentais na organização da CRFB/88, bem como fundamentalidade material, esta

⁶ Uma vez que a judicialização da política decorre do modelo constitucional que se adotou, com inserção de direitos sociais na Constituição, passíveis de tutela jurisdicional, tal fenômeno legitimaria o ativismo judicial enquanto a atuação constitucionalmente autorizada ao Poder Judiciário de proteção de tais direitos. Se entendesse, ao reverso, que a judicialização da política decorre do ativismo judicial, entender-se-ia que tal fenômeno de análise pelo Judiciário de tais questões políticas seria feito sem a permissão constitucional, o que seria um equívoco.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 86-87 *apud* MORAES, Daniela Pinto Holtz. *Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: 17 set 2014.



relacionada aos valores que informa a CRFB/88, dentre os quais os princípios do art. 1º a 4º, em especial a dignidade da pessoa humana.

José Afonso da Silva⁸ conceitua direitos sociais, enquanto dimensões dos direitos fundamentais, como sendo:

prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexam com o direito de igualdade.

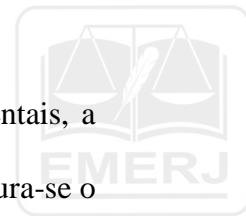
Contudo, essa definição não compreende todas as modalidades de direitos sociais previstos na Constituição. Em se tratando de um conjunto complexo de direitos, um breve estudo das classificações de direitos sociais é fundamental para perceber sua real extensão.

Como o presente trabalho busca analisar o fenômeno do ativismo judicial, parece mais relevante o estudo das classificações dos direitos sociais quanto a sua eficácia. Nesse contexto, Ingo Sarlet⁹ analisa a eficácia dos direitos sociais a partir da classificação de direitos fundamentais em: direitos fundamentais de defesa, direitos fundamentais a prestações, esses subdivididos em direitos à prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. Os de defesa limitam o poder estatal e asseguram a liberdade do indivíduo, já os à prestação em sentido estrito são aqueles que asseguram ao cidadão o direito de exigir a proteção de bens jurídicos perante o Estado em face de violações de terceiros.

Contudo, para o estudo do ativismo judicial mostra-se relevante apenas a análise dos direitos à prestações em sentido estrito, que correspondem aos direitos a prestações sociais materiais, vinculados ao exercício das funções pelo Estado, e que pela sua inércia fazem surgir o ativismo. São os direitos sociais contidos no conceito trazido por José Afonso da Silva acima.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286 *apud* MORAES, op. cit., p. 1.

⁹ SARLET, op. cit., p. 183-185 *apud* MORAES, op. cit., p. 1.



Ingo Sarlet¹⁰ ainda afirma que, sendo estas modalidades de direitos fundamentais, a eles se aplica o art. 5º, §1º, da CRFB/88, gerando duas consequências. Primeiro, assegura-se o reconhecimento por todos os órgãos estatais da maior eficácia possível a tais direitos. E segundo, pressupõe, em decorrência da aplicabilidade imediata, a exigência de fundamentação em eventual recusa de prover a completa eficácia de tais direitos.

Como uma resposta a essa segunda consequência que surge a Tese da Reserva do Possível que será desenvolvida no próximo capítulo. Ou seja, surge tal teoria como uma forma de justificar, motivar eventual recusa do Poder Público em conceder aplicabilidade imediata aos direitos sociais de prestação em sentido estrito.

Compreendido o escopo geral dos direitos sociais, torna-se relevante sua relação, bem como sua diferença do conceito de mínimo existencial. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover¹¹ conceitua mínimo existencial como sendo “um direito à condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado”.

Como o próprio nome diz, mínimo existencial pressupõe um núcleo mínimo. Nas palavras de Ada Pellegrini¹² “Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF), e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, ou núcleo duro, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana”. Seria, em suma, conjunto de direitos essenciais a qualquer ser humano para uma vida digna.

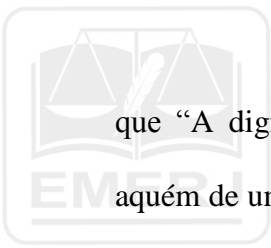
Dessa afirmação se extraem algumas conclusões. A primeira é que o mínimo existencial busca a efetivação da dignidade da pessoa humana. E a segunda, que tratam-se dos direitos indispensáveis. Quanto à dignidade da pessoa humana, Ricardo Lobo Torres¹³ explica

¹⁰ Ibid., p. 1.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 132.

¹² GRINOVER, op. cit., p. 132.

¹³ TORRES *apud* GRINOVER, op. cit., p. 132.



que “A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

No que tange aos direitos indispensáveis, Ada Pellegrini¹⁴ esclarece que tal núcleo inclui, “entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça”.

De tais conceitos e explicações é possível concluir que o mínimo existencial, enquanto conjunto de direitos, trata-se de um conjunto do qual se inclui alguns, mas não todos os direitos sociais. Contém aqueles direitos sociais indispensáveis à materialização do preceito da dignidade da pessoa humana, norteador de todo o ordenamento jurídico.

Em decorrência de tal indispensabilidade que Ana Paula Barcellos¹⁵ conclui que mínimo existencial seriam as condições básicas para a existência, e como parte do princípio da dignidade da pessoa humana com eficácia jurídica, pode ser exigido judicialmente ao ser inobservado. No mesmo sentido Ada Pellegrini¹⁶ diz que é esse núcleo central representado pelo mínimo existencial que justifica a intervenção do Judiciário das políticas públicas. Seria um pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais.

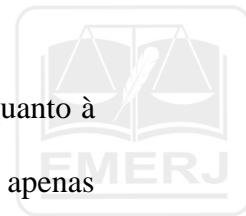
Portanto, tal restrição dos direitos sociais àqueles essenciais à dignidade humana torna-se necessária na discussão do ativismo judicial, pois como se sabe, para que o Poder Judiciário se mostre ativo na concretização de direitos constitucionais, sem que haja violação da separação dos poderes, estes devem ser imprescindíveis.

Observa-se dessa forma que os direitos sociais que compreendem o mínimo existencial representam não apenas o fundamento constitucional do ativismo judicial na inércia dos demais poderes, mas representa também um limite para tal atuação do Poder Judiciário.

¹⁴ GRINOVER, op. cit., p. 132.

¹⁵ BARCELLOS *apud* GRINOVER, op. cit., p. 132.

¹⁶ GRINOVER, op. cit., p. 133.



Em outras palavras, não se trata da inércia do Poder Executivo e Legislativo quanto à concretização de quaisquer direitos sociais que legitima o ativismo judicial, mas apenas aquela inércia relativa aos direitos sociais que compõem o mínimo existencial.

Conclui-se, portanto, o terceiro capítulo com a certeza de que o ativismo judicial não representa um movimento de ampliação da competência do Poder Judiciário que se perpetua pela materialização de todos os direitos sociais presentes na Constituição Federal. Mas fenômeno com limites estritamente estabelecidos pelo próprio constituinte.

Nessa medida, o próximo capítulo analisará um dos principais critérios/limites ao ativismo judicial.

4. RESERVA DO POSSÍVEL: ORIGEM, ADAPTAÇÃO PARA O DIREITO BRASILEIRO E LIMITES PARA SUA APLICAÇÃO

Retomando mais uma vez ao primeiro capítulo, observa-se que o ativismo judicial se deu em um contexto da crise do Estado do Bem-Estar Social, em que a dificuldade e ineficiência do Poder Executivo em concretizar os direitos sociais constitucionalmente assegurados gerou insatisfação popular. Tal crise se deu pela rápida ampliação de direitos sociais constitucionalmente assegurados, que passaram a demandar prestações positivas do Estado e consequente crescimento de gastos, sem o crescimento orçamentário em mesma medida.

Portanto, a escassez de recursos públicos mostrou-se não só fator determinante para a crise do Estado do Bem-Estar Social e decorrente surgimento do ativismo judicial, mas após o surgimento de tal fenômeno, tornou-se o principal argumento usado para buscar rebatê-lo. É nesse contexto histórico que se desenvolveu a Tese da Reserva do Possível. Essa surge na Alemanha como Tese da Reserva do Financeiramente Possível, e discutia a questão



orçamentária, portanto, questão formal, lei orçamentaria formal. Ligada ao princípio democrático, sustentava que cabe ao administrador e legislador alocar os recursos públicos.

Assim, se diante de escolhas desses não se concretizou determinado direito social, a solução possível seria no máximo pleito a parlamentares para que passassem a alocar mais recursos a tais direitos defasados, só cabendo a eles analisar este planejamento e alocação orçamentária.

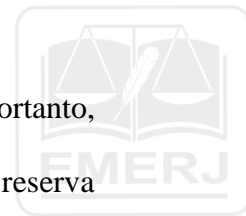
Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover¹⁷ explica que na reserva do possível sob o prisma orçamentário-financeiro escassez traz como resposta pelo Judiciário a determinação de que o Poder Público faça constar na próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública deficitária.

Esta tese em sua origem, portanto, vislumbra a análise da alocação de recursos por escolhas orçamentarias, planejamento orçamentário, não se discutindo escassez de recursos. Isso porque o Poder Público sempre pode arrecadar mais tributo, mais recursos, não parecendo lógico usar como justificativa para a não concretização de determinado direito a falta de recursos a disposição.

Assim, a discussão da Reserva do Possível em sua origem gira em torno de uma escolha política orçamentária dos Poderes Públicos competentes para determinar tal alocação orçamentária. Portanto, trata-se de uma Reserva do Possível Jurídica.

Quando é trazida para o Brasil, a tese vem como sinônimo de escassez fática, falta de recursos. Isso porque a Constituição traz em muitos casos normas programáticas estabelecendo direitos prestacionais e esses direitos envolvem custos e o estado pode não ter recursos para arcar com a implementação desses direitos. Assim, pela Tese da Reserva do Possível Fática, alega-se haver escassez de recursos e, portanto, impossibilidade fática de concretização dos direitos sociais de cunho prestacionais que envolvem custos.

¹⁷ GRINOVER, op. cit., p. 138.



O STF trabalha a Tese da Reserva do Possível como escassez de recursos, portanto, Reserva do Possível Fática. Mas faz ressalva importante, dizendo que a alegação da reserva do possível deve ser acompanhada com uma demonstração objetiva da inexistência de recursos suficientes à concretização dos direitos sociais.

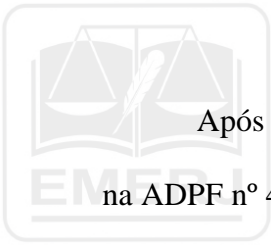
O ministro do STF Celso de Mello, ao analisar a Reserva do Possível na ADPF n° 45-9/DF, conclui pela necessidade de comprovação da falta de recursos, mas vai além. Entende que para a Reserva do Possível ser suficiente para inviabilizar o ativismo judicial na concretização de direitos sociais, não basta a mera comprovação pelo Poder Público da inexistência de recursos suficientes, mas que os recursos que existiam foram aplicados para a concretização de direitos individuais e sociais fundamentais.

Ou seja, deve demonstrar que foram seguidas as prioridades constitucionalmente previstas. Nesse sentido, o ministro Celso de Mello¹⁸ transcreve em sua decisão conclusão a que chega Ana Paula de Barcellos em seu livro “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, que diz que apenas depois de provado que as prioridades constitucionais foram alcançadas poderá discutir quanto aos recursos remanescente onde deverão ser investidos. Conclui ainda que por essa interpretação, o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver com a reserva do possível.

Do contrário, se apenas comprovar a inexistência de recursos públicos, mas não comprovar a aplicação prioritária dos recursos que efetivamente existiam para a concretização do mínimo existencial, o ministro Celso de Mello¹⁹ conclui que a aplicação da Reserva do Possível seria mero instrumento de burla das promessas constitucionais.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45%20POL%20CDTICAS%20P%DABLICAS&processo=45>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45%20POL%20CDTICAS%20P%DABLICAS&processo=45>>. Acesso em: 14 abr. 2015.



Após a análise dessa limitação probatória da aplicação da Reserva do Possível Fática na ADPF nº 45-9/DF, em uma lógica inversa, o ministro Celso de Mello²⁰ conclui que tal tese impõe 2 requisitos para que, pela cláusula da Reserva do Possível, seja possível o ativismo judicial no controle de políticas públicas. Seriam essas, cumulativamente, “(1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”.

Portanto, além da já analisada questão da existência de recursos, a razoabilidade do pedido, da exigência prestacional, é critério na análise da reserva do possível ou concessão do direito social. Deve analisar se é necessário ao Poder Judiciário burlar a lei orçamentaria ou não. Se deve haver ou não prevalência da micro justiça em detrimento da macro justiça e dos efeitos sistêmicos que isso pode causar (comprometimento da lei orçamentário). Isso não significa que o Poder Judiciário não pode atuar e conceder, mas apenas que analisar e ponderar se o pleito se mostrar razoável e haja um risco a um bem jurídico maior (ex: vida), caso em que o ativismo judicial deve ser vislumbrado em detrimento da reserva do possível.

Nesse contexto a razoabilidade deve ser analisada não apenas quanto ao pedido, mas também quanto a à inércia do Poder Público. Ou seja, em se tratando a formulação e execução das políticas públicas de atribuições do Poder Executivo, não cabe a interferência por parte do Poder Judiciário nessas políticas sem que o pedido seja razoável e ao mesmo tempo, que a inércia do Poder Executivo seja desarrazoada e abusiva, de forma a violar o núcleo intangível do mínimo existencial.

Portanto, é possível concluir que a Reserva do Possível representa um obstáculo para o ativismo judicial, mas em alguma medida, impõe também os parâmetros, requisitos e limites nos quais se vislumbra o ativismo judicial na concretização de direitos sociais como foi visto

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45%20POL%CDTICAS%20P%DABLICAS&processo=45>>. Acesso em: 14 abr. 2015.



acima. Dessa maneira, não se mostra correto afirmar que a Reserva do Possível é antagônica ao Mínimo Existencial.

O mais completo seria dizer que a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial devem ser ponderados entre si e harmonicamente considerados no escopo do direito constitucional, pois tanto os direitos sociais compreendidos no mínimo existencial quanto o equilíbrio orçamentário devem ser respeitados para uma plena concretização dos comandos constitucionais. Ademais, ambos representam critérios para a válida manifestação do fenômeno do ativismo judicial.

Assim, para que haja uma convivência harmônica entre tais institutos norteadores da Constituição Federal, revela-se necessária a ponderação de direitos. No caso do ativismo judicial, seriam os direitos inerentes ao mínimo existencial e à reserva do possível.

Deve se observar que essa ponderação parte do pressuposto que ambos os direitos e princípios ponderados são de igual relevância, mas que no caso concreto haverá a prevalência de um sobre o outro, prevalência essa que representará a maior concretização possível da Constituição.

Dessa forma, pode se concluir que o ativismo judicial na ponderação do mínimo existencial com a reserva do possível se sustenta quando o primeiro se mostra mais urgente para a concretização da Constituição, e o seu não cumprimento gera violação maior dos ditames constitucionais.

CONCLUSÃO

Na análise do ativismo judicial discorrido no presente trabalho, observou-se primeiro seu surgimento como uma forma dos cidadãos buscarem a materialização de direitos sociais



constitucionalmente assegurados a partir do Estado do Bem-Estar Social, que não estavam sendo cumpridos pelos demais poderes.

Que o fenômeno da constitucionalização de direitos sociais possibilitaram juridicamente a judicialização de políticas públicas através do controle de constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos, e com ela, o ativismo judicial. Portanto, fenômenos interdependentes, mas que não se confundem.

Por fim, após estudo mais aprofundado a respeito do que consistem os direitos sociais, o mínimo existencial, a aplicação e requisitos da reserva do possível, conclui-se que na realidade, a aparente antinomia existente entre o mínimo existencial e a reserva do possível não compreende exatamente uma antinomia.

Tanto o mínimo existencial quanto a reserva do possível representam limitações ao fenômeno do ativismo, só cabendo este quando o direito subjetivo pleiteado configurar o mínimo existencial, quando este se mostrar em risco pela inércia do Poder Público, bem como essa inércia for desproporcional.

Assim, apesar da visão clássica contrapor tais figuras, sendo uma favorável ao ativismo e a outra contrária a ele, ambos podem fornecer obstáculos a sua configuração ou representar fundamentos para seu reconhecimento.

Isto é, observada a existência de direito contido no mínimo existencial violado pela inércia do poder público, bem como não observados os requisitos para o estrito reconhecimento da reserva do possível²¹, justificar-se-ia a atuação ativa do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais relativos ao mínimo existencial pleiteado pelo sujeito de direito.

REFERÊNCIAS

²¹ Requisitos esses da Tese da Reserva do Possível que seriam a prova da escassez de recursos e a utilização dos recursos existentes na concretização de outros direitos contidos no mínimo existencial, como já explicado em capítulo anterior.



BARROSO, Luis Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4>. Acesso em: 05 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 MC/DF. Relator Ministro Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45%20POL%20CDTICAS%20P%20DABLICAS&processo=45>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

GOMES, Luis Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acesso em: 14 jun. 2012. apud SANTAROSA, Humberto. *Jurisdição Criativa e a motivação das decisões judiciais*. In: FUX, LUIZ (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. *Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: 17 set 2014.

SANTAROSA, Humberto. *Jurisdição Criativa e a motivação das decisões judiciais*. In: FUX, LUIZ (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 86-87 apud MORAES, Daniela Pinto Holtz. *Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: 17 set 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286 apud MORAES.



A PUBLICIDADE NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Paula Szwarc

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar os problemas surgidos, para o consumidor, referentes ao comércio eletrônico, mais especificamente voltado para a oferta e a publicidade nesse novo e emergente mercado de consumo. Verifica-se a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nessas relações de consumo virtuais. A análise é iniciada a partir de um estudo histórico da criação do comércio eletrônico, para posteriormente verificar a legislação nacional aplicável à oferta e publicidade no comércio eletrônico. Será demonstrada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em práticas comerciais de oferta e publicidade, específicas do comércio eletrônico.

Palavras chaves: Direito do Consumidor; Comércio Eletrônico; Publicidade Abusiva e Enganosa; Oferta; Código de Defesa do Consumidor.

Sumário: Introdução. 1. O Comércio Eletrônico. 2. O Direito do Consumidor e Seu Âmbito de Aplicação. 3. Oferta e Publicidade no Comércio Eletrônico. 4. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A chamada “Revolução da Mídia”, trouxe grande evolução tecnológica, principalmente no campo da internet. Isso aumentou o alcance dos meios tradicionais de comunicação, gerando novas relações jurídicas. Este projeto de pesquisa pretende realizar uma análise a respeito da aplicação dos remédios jurídicos, em especial do Código de Defesa do Consumidor, sobre tais relações.

A internet trouxe novas possibilidades, sendo o comércio eletrônico a principal delas. Com ela, tornou-se possível a superação das fronteiras territoriais, não sendo mais necessários



os meios concretos ou materiais para provar o acordo de vontades. Assim, surgiu um mundo novo, uma nova era, proporcionando uma transformação social.

Portanto, trata-se de tema de especial relevância para o meio acadêmico e prático-forense, já que a revolução tecnológica, no campo das relações de consumo, com o uso da rede mundial de computadores, tem gerado inúmeras demandas ao judiciário, por violação aos direitos do consumidor.

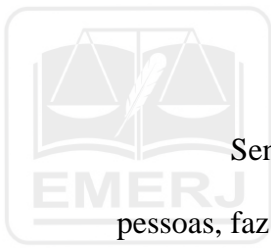
O principal problema abordado nesse estudo é a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor na oferta e publicidade no comércio eletrônico, questionando-se se essa legislação traria a efetiva proteção do consumidor, exigida pelo inciso II, do art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, como princípio da política nacional de relações de consumo.

Sendo assim, propõe-se neste artigo científico a elaboração de uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações advindas do comércio eletrônico, pois o consumidor que se utiliza de tal desenvolvimento tecnológico ainda encontra muitos problemas para que tenha garantidos seus direitos nas relações de consumo.

1. O COMÉRCIO ELETRÔNICO

O desenvolvimento do comércio eletrônico deve ser estudado a partir da criação da internet, por ser esse o seu âmbito de existência. De acordo com Ricardo L. Lorenzetti, “A Internet é uma rede internacional de computadores interconectados, que permite que se comuniquem entre si dezenas de milhões de pessoas, bem como o acesso a uma imensa quantidade de informações de todo mundo.”¹

¹ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 24-25.



Sendo a internet uma importante ferramenta de comunicação e de aproximação de pessoas, faz com que surjam novas relações.

Com a criação do World Wide Web², no início da década de 90, a internet passa a ser explorada comercialmente. Foi quando surgiu o *e-commerce*, uma nova forma de comércio.

Com o desenvolvimento da tecnologia, as páginas da *internet* possibilitaram a criação de lojas virtuais como são conhecidas atualmente, onde se formalizam o comércio eletrônico e os contratos eletrônicos.

Hoje em dia, é possível falar-se em dois tipos de comércio: o comércio clássico ou tradicional, e o comércio eletrônico. O comércio tradicional é aquele feito em estabelecimento comercial, onde o cliente compra produtos pessoalmente. Já o comércio eletrônico pode ser definido como um conjunto de atividades comerciais que ocorrem on-line, envolvendo um processo de compra e venda pela Internet, entre diferentes ramos comerciais, podendo envolver produtos físicos ou virtuais e também serviços.

Essas contratações são “conduzidas por meios eletrônicos, e-mail, mensagens de texto, por Internet (on-line) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares)”³.

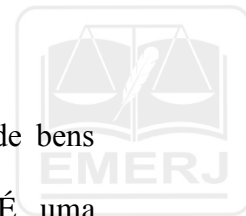
O comércio eletrônico, de acordo com Fábio Ulhôa Coelho, é “a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizados em estabelecimento virtual”⁴.

A proposta deve ser aceita pelo consumidor ou adquirente por meio da transmissão eletrônica de dados, que ocorre no estabelecimento virtual. Dessa forma, o comércio eletrônico estará caracterizado.

² De acordo com FINKELSTEIN, *World Wide Web* é um “sistema de documentos interligados que são acessados por meio de navegadores”. (FINKELSTEIN, 2010, p. 24).

³ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo os negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 35.

⁴ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. V. 3: direito de empresa. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32.



O estabelecimento empresarial, para Fábio Ulhôa Coelho, “é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica”⁵. É uma universalidade de fato e de direito, composta de bens de natureza corpórea e incorpórea, organizados para o exercício da atividade empresarial.

Já o estabelecimento empresarial digital ou virtual, na visão de Liliana Minardi Paesani:

É uma universalidade de fato e de direito composta de bens materiais e imateriais operados pelo empresário de forma organizada, exteriorizado digitalmente e acessável diretamente ou remotamente por meio de tecnologia (a exemplo de sites ou de estabelecimentos acessáveis por equipamentos móveis ou outras tecnologias)⁶.

Sendo assim, o estabelecimento virtual é o site pelo qual se constituem as relações de consumo entre as partes.

Serão considerados comércio eletrônico o comércio de produtos virtuais e também o comércio de produtos físicos, que se utilizam do meio eletrônico para se concretizar.

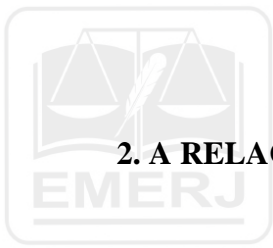
Sendo o contato entre fornecedor e consumidor meramente virtual, o e-commerce pode ser considerado como uma nova modalidade de compra à distância, envolvendo todas as fases do negócio jurídico, como as atividades pré e pós contratuais.

Há três principais formas de concretização do comércio eletrônico, de acordo com Joel Timóteo Ramos Pereira:

O catálogo de produtos e serviços – nos quais há a mera exposição dos produtos e/ou serviços oferecidos pela empresa, sendo necessária a busca de um estabelecimento comercial ou de meio telefônico para concretizar o contrato – leilões – nos quais a forma mais comum é a relação entre pessoas físicas – e lojas virtuais – que “permitem encontrar e adquirir o produto” por meio digital.

⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. V. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

⁶ PAESANI, Liliana Minardi *et al.* *O direito na sociedade da informação* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



2. A RELAÇÃO DE CONSUMO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável em todas as fases contratuais, seja antes, durante a após a formação do contrato nas relações de consumo. O art. 3º, do CDC define o fornecedor. Veja-se:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O fornecedor é aquele que oferta produtos e/ou serviços aos consumidores. Por cada etapa desse processo há um responsável, que será demandado caso algum dano seja causado ao consumidor.⁷ O art. 3º, CDC enumera tais fornecedores.

Então, todos os que vierem a atuar em quaisquer das fases da produção de produtos ou do fornecimento de serviços, no território brasileiro, com a finalidade de oferece-los ao mercado de consumo, será considerado fornecedor, devendo ser responsabilizado como tal, nos termos do CDC.

Já o consumidor é conceituado pelo art. 2º do CDC como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

O que caracteriza o consumidor é a utilização do produto ou serviço como destinatário final. Conforme salienta José Geraldo Brito Filomeno:

[o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial].⁸

⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Arts. 1º a 3º, In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do projeto de lei do Senado Federal nº 281/2012*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 47.

⁸ *Ibid.*, p. 28.



Entende-se que o destinatário final do produto ou serviço é aquele que o retira de circulação, sem o objetivo de revendê-lo ou de utilizá-lo para uso profissional.⁹

Há, ainda, a figura do consumidor equiparado, nos termos do parágrafo único do art. 2º e dos artigos 17 e 29, todos do CDC. Nesse sentido, destaca Cláudia Lima Marques:

[No CDC, o consumidor não é só uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. (...) O ponto de partida dessa extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado].¹⁰

Também será consumidor, de acordo com o art. 2º, parágrafo único, CDC, “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”¹¹.

O art. 17, do CDC, dispõe sobre a proteção das vítimas de acidentes de consumo, o que amplia a proteção individual e coletiva do consumidor, uma vez que o indivíduo que vier a sofrer algum dano por um vício no produto ou na prestação de serviço, mesmo que não tenha participado da relação de consumo em si, será abrangido pela proteção do Código, pois se tornou uma vítima do evento. O fornecedor deverá indenizá-la pelos danos sofridos.

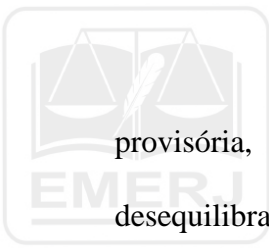
A figura do consumidor equiparado, prevista no artigo 29 do CDC, protege todos aqueles que ficam expostos a práticas pré-contratuais, como a oferta e a publicidade. Assim, será consumidor, mesmo que não participe da relação de consumo em si, todas as pessoas que forem vítimas de alguma prática abusiva, dado que o Código de Defesa do Consumidor ampliou seu âmbito de aplicação para alcançá-las.

Ainda, deve o consumidor apresentar vulnerabilidade em relação ao fornecedor. A vulnerabilidade é, de acordo com Cláudia Lima Marques, “uma situação permanente ou

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC, In: *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 84-85.

¹⁰ *Ibid.*, p. 83 e 97.

¹¹ BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 abril 2015.



provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo"¹².

Segundo a autora, há quatro tipos de vulnerabilidade, quais sejam: técnica, jurídica, fática e informacional.¹³

A vulnerabilidade técnica se verifica quando o consumidor não possui conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço que pretende adquirir.¹⁴ Já a vulnerabilidade jurídica, configura-se pela ausência de conhecimentos legais sobre a relação de consumo¹⁵. A vulnerabilidade fática ocorre pela superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, já que o fornecedor é contratante profissional, habituado aos riscos do mercado de consumo, enquanto que o consumidor contrata ocasionalmente.¹⁶ Por fim, a vulnerabilidade informacional é configurada pela deficiência na prestação de informações sobre o produto e serviço fornecidos ao consumidor,¹⁷ que fica fragilizado pela ausência de informações necessárias para a contratação.

3. CAMPO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO DE CONSUMO FORMADA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

A legislação aplicada ao e-commerce, no Brasil, é composta, basicamente, pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), criado em 1990, quando o comércio eletrônico praticamente não existia. Por isso, não possui elementos específicos para o comércio pela Internet. Aplica-se, ainda, o Decreto nº 7.962/2013, que completou as lacunas e passou a vigorar em paralelo ao CDC, tornando-se o principal regulamento do e-commerce no Brasil.

¹² MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC, In: *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 87.

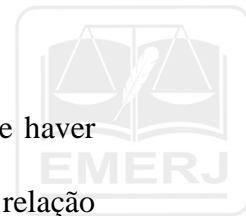
¹³ *Ibid.*, p. 88.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, p. 90.

¹⁶ *Ibid.*, p. 91.

¹⁷ *Ibid.*, p. 94.



Conforme já exposto, para que seja configurada a relação de consumo, deve haver um fornecedor habitual e um consumidor vulnerável, formando, assim, a chamada relação Business to Consumer.¹⁸

No comércio eletrônico, os fornecedores serão aqueles que ofertam produtos e/ou serviços por meio de um website, podendo configurar qualquer uma das figuras expostas no art. 3º, do CDC, uma vez que até os fabricantes podem vender seus produtos na internet sem a intermediação de distribuidor ou comerciante.

Então, a única adequação necessária para a configuração do fornecedor no comércio eletrônico é que sua manifestação de vontade, inclusive as ofertas de seus produtos e/ou serviços, sejam realizadas na internet, por meio de um site, que visa a atividade comercial e a estimulação do consumo, sendo este site o estabelecimento empresarial do fornecedor.

O consumidor, no comércio eletrônico, configura-se da mesma forma do comércio tradicional, aplicando-se os conceitos de consumidor expostos nos artigos 2º, caput e parágrafo único, 17 e 29, do CDC aplicando-se, também, os quatro tipos de vulnerabilidade já demonstrados.

Porém, a vulnerabilidade do consumidor de comércio eletrônico alcançará um nível muito mais alto que no comércio tradicional, pois se trata de um contrato firmado à distância. Por isso, o consumidor de comércio eletrônico deve ser protegido pelo Código de Defesa do Consumidor com muito mais rigor do que ocorre com o consumidor tradicional.

Este contrato sempre terá será um contrato de adesão, uma vez que o meio utilizado para firmar o contrato – a internet – impossibilita a negociação, diferente da relação de consumo tradicional.

¹⁸ O comércio eletrônico se divide em contratações eletrônicas entre pessoas físicas (contrato regulado pelo Código Civil), entre empresas – relação business-to-business, B2B – regulado pelo Direito Comercial, e relações entre pessoa física (consumidor) e pessoa jurídica (fornecedor) – conhecida como business-to-consumer (B2C) – que é a relação de consumo, que importa ao Código de Defesa do Consumidor.



Mesmo com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a essa inovadora relação de consumo, existem “aspectos próprios do mundo digital e do mundo da informação”¹⁹ que necessitam de regulação própria e de soluções novas.

Ao mesmo tempo em que há a redução dos custos da transação, beneficiando o consumidor, há também causas de abusividade na relação de consumo, como, por exemplo, o desrespeito ao direito de reparação de danos causados ao consumidor, ao direito de arrependimento e à política de trocas/devolução do dinheiro.

Por isso, considera-se que as relações de consumo virtuais apresentam a oferta baseada na aparência e a aceitação baseada na confiança.²⁰

Logo, a confiança é indispensável para o funcionamento do sistema. Sobre a confiança do consumidor, Karine Behrens da Silva destaca:

Embora o princípio da confiança não esteja positivado em nosso ordenamento jurídico, este decorre dos princípios da transparência e da boa-fé e consiste na credibilidade que o consumidor deposita no fornecedor ou no vínculo contratual.²¹

Assim, o princípio da confiança está presente no direito do consumidor, abrangendo todas as relações de consumo. A confiança é o ponto principal para o desenvolvimento do comércio eletrônico, pois o consumidor só utilizará esse mecanismo de compra virtual se ele lhe inspirar credibilidade.

¹⁹ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 354.

²⁰ *Ibid.*, p. 373-374.

²¹ SILVA, Karine Behrens da. Proteção do consumidor no comércio eletrônico. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 16, n. 2814, 16 de março de 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18701>>. Acesso em: 21 de agosto de 2011.



4. OFERTA E PUBLICIDADE SOB A LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A autonomia de vontade do consumidor, vulnerável na relação de consumo, é resguardada pelo ordenamento jurídico para impedir o uso de métodos agressivos que submetam o consumidor à vontade do fornecedor.

A oferta, para fins consumeristas, se iguala a práticas de marketing, servindo como atrativo do consumidor para os produtos e/ou serviços oferecidos no mercado de consumo.

O art. 30, CDC, dispõe que:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.²²

Assim, o próprio legislador ressalta a necessidade de precisão da oferta, explicitando o princípio da vinculação da oferta.

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, para que se configure uma oferta é necessário que:

A oferta seja precisa (= autossuficiente, vale dizer, completa e inequívoca, sem vagueza ou incongruências, trazendo as cláusulas essenciais do contrato, pelo menos as relativas ao preço e à coisa), dirigida a seu destinatário (= declarada e, em alguns sistemas, como o argentino, com destinatário certo ou determinado) e firme (= séria, mesmo que com reservas, mas carreando, de qualquer maneira, a intenção inequívoca de obrigar-se).²³

O Código de Defesa do Consumidor igualou, para fins protetivos, a publicidade à oferta, sujeitando o fornecedor ao que foi anunciado, desde que veiculada de forma suficientemente precisa. Assim, uma vez aceita a proposta pelo consumidor, esta será incorporada no contrato, vinculando o fornecedor ao cumprimento daquilo que foi ofertado.

²² BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 ago. 2012.

²³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Oferta e Publicidade*, In: *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 212.



Essa prática é conhecida como princípio da vinculação da oferta, que apresenta dois requisitos para seu reconhecimento prático: a veiculação e a precisão da informação²⁴.

Portanto, a oferta, desde que suficientemente precisa e contendo as características mínimas para o convencimento do consumidor, terá capacidade de obrigar o fornecedor ao seu adimplemento, pela confiança gerada no consumidor pelo fornecedor.

Além disso, a oferta séria é aquela que não contém elementos de exagero ou elementos absurdos²⁵ na sua mensagem, uma vez que as ofertas devem mostrar a real intenção do fornecedor, de aperfeiçoar a relação de consumo.

Apenas a oferta séria, que contém os elementos de veiculação e mínima precisão, deve vincular o fornecedor, já que os elementos exagerados contidos na oferta não conseguem induzir o consentimento do homem médio, não podendo o fornecedor ser responsável pela ausência de percepção da realidade do consumidor.

Pela forma obrigatória do princípio da vinculação, o fornecedor será responsabilizado²⁶ pela oferta e informações disponibilizadas ao consumidor²⁷ mesmo que se recuse ao cumprimento da oferta, na forma do art. 35, do CDC.

Assim, o consumidor poderá escolher livremente que medida tomar, não havendo necessidade de seguir a ordem apresentada nos incisos do art. 35, do CDC.

A publicidade é uma forma remunerada do fornecedor, que a quiser utilizar, para anunciar seu produto ao mercado de consumo.

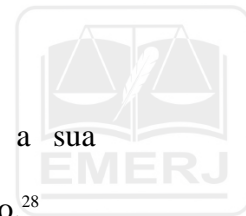
A publicidade, assim como a oferta, vincula o fornecedor, gerando um dever de cumprimento e do anunciado no contrato da relação de consumo que vier a existir. No

²⁴ Ibid., p. 215.

²⁵ Fenômeno conhecido na doutrina consumerista como puffing.

²⁶ A responsabilidade do fornecedor será objetiva, tendo em vista a proteção do vulnerável pelo sistema consumerista, não importando a culpa do fornecedor. Assim, basta que a oferta e/ou informação esteja vinculada de forma suficientemente precisa para que este fornecedor seja obrigado a cumpri-la.

²⁷ Como já demonstrado anteriormente, aqui consumidor será considerado tanto o consumidor direto, quanto o mercado de consumo exposta à tal prática comercial, enquadrado no art. 29, do Código de Defesa do Consumidor.



enfoque consumerista, a publicidade possui princípios específicos, necessários a sua aplicação, quais sejam: princípio da veracidade, da clareza, da correção e da informação.²⁸

O princípio da veracidade consta do texto legal, no § 1º do art. 37, do CDC, que assim dispõe:

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.²⁹

Paulo Vasconcelos Jacobina afirma, sobre tal princípio, que “os princípios veiculados pela publicidade não devem ser capazes de induzir o consumidor a erro sobre as verdadeiras características do produto ou serviço”³⁰

Assim, devem ser verdadeiras as informações oferecidas ao consumidor na publicidade, sendo vedadas por lei as informações falsas ali geradas.

Já o princípio da clareza é presente no art. 36, do CDC, devendo não só ser a publicidade identificada como tal, mas também que a publicidade daquele produto ou serviço não confunda o consumidor em relação aos concorrentes do mercado.³¹

Por sua vez, o princípio da correção, constante no art. 38, do CDC, afirma que a publicidade “não deve conter mensagens que venham a agredir valores sociais”³².

Por fim, o princípio da informação “diz respeito à necessidade de que a mensagem publicitária esteja devidamente fundamentada pelos dados fáticos, técnicos e científicos que a sustentam”³³. Assim, tendo o fornecedor a discricionariedade de utilizar-se da publicidade para o convencimento do consumidor, deve fazê-lo respeitando o dever de informação imposto pelo ordenamento jurídico.

²⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 66-70.

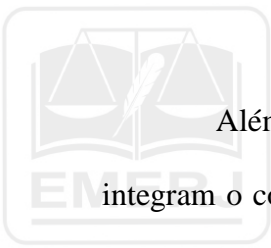
²⁹ BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 29 set. 2014.

³⁰ JACOBINA, op. cit., p. 67.

³¹ Ibid., p. 67-68.

³² Ibid., p. 68.

³³ Ibid., 1996. p. 69.



Além disso, assim como a oferta, a publicidade também vincula o fornecedor e integram o contrato formado em sua decorrência, uma vez que essas práticas comerciais são precisas o suficiente para atrair o consumidor à compra, também aplicando-se à publicidade todo o exposto sobre o puffing (exagero nas informações publicitárias).

Com base nesses princípios, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 37³⁴, veda a possibilidade de veiculação de qualquer publicidade abusiva ou enganosa.

Tanto a publicidade enganosa, quanto a publicidade abusiva são proibidas pelo ordenamento jurídico pátrio por ter o poder de interferir no elemento subjetivo de decisão do consumidor quanto à realização da relação de consumo.

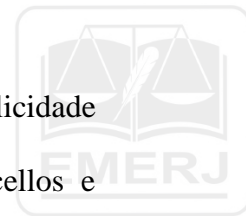
Segundo Paulo Vasconcelos Jacobina, “publicidade enganosa é aquela que veicula dados inteira ou parcialmente falsos sobre o produto ou serviço”³⁵, sendo a capacidade de induzir o consumidor a erro o seu elemento principal¹⁰⁹, bastando existir a capacidade de induzir o consumidor a erro, não sendo necessário que a abusividade ocorra na prática. Esse entendimento é defendido por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, conforme o seguinte trecho:

não se exige prova da enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial (“capacidade de indução ao erro”); é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada de objetivamente.³⁶

³⁴ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. § 4º (Vetado).

³⁵ JACOBINA, op. cit., p. 91.

³⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do projeto de lei do Senado Federal nº 281/2012*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 338.



A publicidade pode ser inteira ou parcialmente falsa, existindo tanto a publicidade enganosa na forma omissiva, quanto na comissiva. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin conceitua a publicidade enganosa comissiva e omissiva da seguinte forma:

Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, deia de dizer algo que é. Já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor a erro, isto é, deia de dizer algo que é.³⁷

A modalidade comissiva da publicidade é facilmente identificada em vídeo comerciais de brinquedos, em que deve haver a informação de que os movimentos realizados no vídeo não correspondem aos reais movimentos do brinquedo e que nem todos os componentes utilizados na gravação do vídeo acompanham o brinquedo principal, ressaltado na publicidade.³⁸

Já a modalidade omissiva da publicidade é de mais difícil exemplificação, uma vez que está diretamente ligada à falha do dever de informação, ocorrendo quando se omite uma informação essencial do produto ou serviço, com a qual o consumidor não teria contratado com aquele fornecedor.

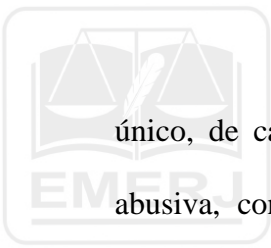
Por sua vez, a publicidade abusiva é aquela que, conforme o § 2º, do art. 37, do CDC:

incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Assim, é abusiva a publicidade que ofenda os direitos fundamentais, elencados na Constituição, assim como a que ofende os valores da sociedade. Segundo Valéria Falcão Chaise, “a teoria do abuso do direito está vinculada à prática de ato que tem o propósito,

³⁷ Ibid., p. 339.

³⁸ Caso dos anúncios dos bonecos Max Steel e Barbie, que colocam ambas informações em seus vídeos, a fim de evitar a enganiosidade da publicidade.



único, de causar dano a outrem, sem vantagem para o titular”³⁹. No caso da publicidade abusiva, conforme dispõe a legislação consumerista, o abuso ocorre por causar dano à sociedade, ferindo a ordem pública, a ética e moral da coletividade.

Conforme destaca Paulo Vasconcelos Jacobina, “o controle da abusividade da publicidade decorre, aliás, de imposição constitucional, constante no art. 220, II, e § 4º da Lei Maior”⁴⁰

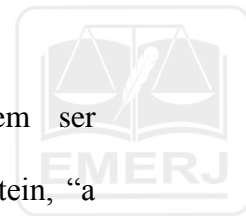
Portanto, a publicidade abusiva é vedada, para que a própria sociedade seja protegida, nos termos constitucional e legalmente estabelecidos. Assim, é proibida a publicidade discriminatória, que incite a violência, que explore o medo ou a superstição, além daquelas que explore a deficiência de julgamento dos hipossuficientes, que vá contra os valores ambientais, que coloque a saúde e a segurança do consumidor. Destaca-se que o rol do § 2º, do art. 37, do CDC, é exemplificativo, sendo também abusiva a publicidade que não se enquadre em qualquer direito fundamental constante da Constituição e que vá contra a ordem social e moral.

Após análise da oferta e da publicidade no ordenamento consumerista, faz-se necessária a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à oferta e publicidade do comércio eletrônico.

A publicidade e a oferta na internet acabam sendo efetivamente mais agressivas, uma vez que toda forma publicitária pode ser interativa, tornando-se mais fácil a sujeição do consumidor a contratar algo que, nas condições do comércio tradicional, não ocorreria.

³⁹ CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 39.

⁴⁰ 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. § 3º - Compete à lei federal: II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.



Tanto a publicidade enganosa, quanto a publicidade abusiva, podem ser caracterizadas no comércio eletrônico. De acordo com Maria Eugênia Reis Finkelstein, “a publicidade enganosa no comércio eletrônico é motivada pelo desejo do site em atrair internautas”⁴¹. Já a publicidade abusiva no comércio eletrônico é verificada, na maioria das vezes, pelo exagero no volume de informações publicitárias direcionadas aos consumidores.

No comércio eletrônico existem diversos tipos de publicidade e oferta, que poderão incorrer nas práticas acima descritas, podendo ser destacados os seguintes: banners, publicidade e oferta via e-mail (esse tipo, se não autorizado pelo consumidor, gera o spamming, e, quando autorizado configura a prática do pushing) e os próprios sites dos fornecedores.

CONCLUSÃO

Esse trabalho de pesquisa foi desenvolvido para analisar se é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na publicidade e oferta no comércio eletrônico, para saber se essa aplicação seria um método de proteção eficaz para a proteção do consumidor eletrônico.

Inicialmente, verificou-se que o direito começou, a passos lentos, a adaptar-se ao comércio eletrônico, assim como ocorre nas outras áreas relacionadas com o direito e a internet, como na questão da liberdade de expressão na web.

Porém, no Brasil, há escarça legislação específica para regulamentar o comércio eletrônico nas suas relações consumeristas. Assim, constatou-se que o Código de Defesa do Consumidor é plenamente aplicável às relações de consumo realizadas no território nacional, desde que o domínio do site também seja brasileiro.

⁴¹ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do Comércio Eletrônico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 241.



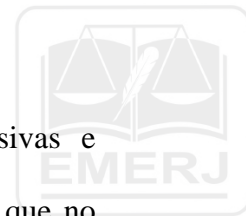
Contudo, por se tratar de meio que deixa o fornecedor com mais controle na relação de consumo do que no comércio tradicional, pela própria tecnologia utilizada para a formação do contrato, o consumidor do comércio eletrônico possui a sua vulnerabilidade mais aguçada que o consumidor tradicional, tanto pela sua dificuldade na utilização dos mecanismos eletrônicos, quanto pela formação do contrato ocorrer à distância e sempre na modalidade de contrato de adesão, que impossibilita a negociação direta com o fornecedor.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações de consumo virtuais. Porém, o próprio fornecedor, por desacreditar na possibilidade dessa aplicação do Código de Defesa do Consumidor e por estar ausente legislação específica para o comércio eletrônico, viola direitos do consumidor, tanto na fase pré-contratual – por meio da oferta e da publicidade abusiva e enganosa –, quanto na fase contratual, se achando no direito de desfazer o negócio jurídico a qualquer tempo, quando este o prejudica.

Por isso, considera-se que a mera aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo eletrônicas não é mecanismo suficientemente eficaz para a proteção do consumidor. Uma vez que, no comércio eletrônico, a oferta se baseia na aparência dos produtos e/ou serviços e que a aceitação do consumidor tem base na confiança dele no fornecedor, o fornecedor passa a cometer abusos nessas relações.

De tal modo, faz-se necessário aplicação da legislação específica de proteção do consumidor no comércio eletrônico, dado que até a confiança nesse emergente mercado de consumo corre o risco de acabar, vindo, também, a termo o mercado de consumo virtual.

Assim, a possível e já existente aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao comércio eletrônico não basta para que o consumidor seja efetivamente protegido da abusividade desse mercado, havendo uma veemente necessidade aplicação de legislação específica, qual seja, o Decreto nº 7.962/2013.



A oferta e publicidade no comércio eletrônico são extremamente abusivas e submetem o consumidor à vontade do fornecedor de forma muito mais incisiva do que no comércio tradicional, dado que a web possibilita a interação do consumidor com essas práticas comerciais, deixando o consumidor do meio digital mais vulnerável às práticas abusivas. Destaca-se que o uso dessas práticas comerciais é quase que obrigatório para a formação da relação de consumo virtual, sem as quais a própria formação do contrato de consumo estaria em risco, já que a ausência da publicidade e da oferta no meio eletrônico impossibilitaria a formação do negócio jurídico.

Assim, a vinculação do fornecedor na oferta e na publicidade do comércio eletrônico também deve ser mais incisiva nesse mercado, pela interação possibilitada pela internet, dado que a própria vulnerabilidade do consumidor de comércio eletrônico é mais acentuada que a do comércio tradicional.

Com base em tais características destaca-se a necessidade da regulamentação do direito do consumidor nesse setor, quanto às práticas comerciais da oferta e da publicidade, uma vez que a autorregulação da matéria tem enfraquecido a confiança no mercado de consumo eletrônico.

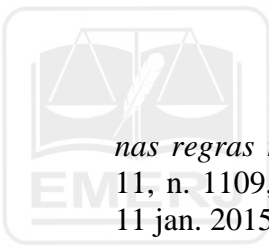
REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. et al. *Manual de direito do consumidor*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 30 dez. 2014.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm >. Acesso em: 29 dez. 2014.

BRITO, Alírio Maciel Lima de; DUARTE, Haroldo Augusto da Silva Teixeira. *O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e consequências*



nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1109, 15jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8648>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 3: direito de empresa. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direitos do consumidor no comércio eletrônico*. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/doutrina/54-direitos-doconsumidor-no-comercio-eletronico.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do Comércio Eletrônico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do projeto de lei do Senado Federal nº 281/2012*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LESLÉ, Nicolas Macarez e François. Tradução de Joana Rosa. *Comércio Eletrônico*. Portugal: Editorial Inquérito, 2002.

LORENZETTI, Ricardo L. Tradução de Fabiano Menke, com notas de Cláudia Lima Marques. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LUCCA, Newton De e Simão Filho, Adalberto (coordenadores). *Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes*. Bauru, SP: Edipro, 2001.

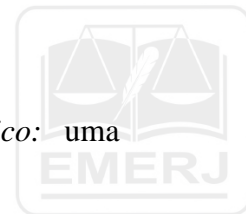
MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATTE, Mauricio de Souza. *Internet: comércio eletrônico: aplicabilidade do código de defesa do consumidor nos contratos de e-commerce*. São Paulo: LTr, 2001.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PEREIRA, Joel T. R. *Direito da internet e comércio eletrônico*. Lisboa: Quid Juris?, 2001.

PINHO, José Benedito. *Publicidade e vendas na Internet: técnicas e estratégias*. São Paulo: Summus, 2000.



SALGARELLI, Kelly Cristina. *Direito do consumidor no comércio eletrônico: uma abordagem sobre confiança e boa-fé*. São Paulo: Ícone, 2010.

SILVA, Karine Behrens da. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico*. Jus Navegandi, Teresina, ano 16, n. 2814, 16 de março de 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18701>>. Acesso em: 21 de mar. de 2015.

TAGIAROLI, Guilherme. *Claro alega erro em preço de smartphones em loja virtual e cancela pedidos de clientes*. Uol tecnologia, São Paulo: 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/04/11/clientes-reclamam-ecompras-canceladas-no-site-da-claro-empresa-suspende-loja-online.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

VOLPI NETO, Angelo. *Comércio Eletrônico – Direito e segurança*. Curitiba: Juruá, 2001.

ZEFF, Robbin Lee et al. *Publicidade na internet*. Rio de Janeiro: Campus, 2000



DIREITOS DA PERSONALIDADE
DIREITO AO PRÓPRIO CORPO E SUAS QUESTÕES POLÊMICAS
ENVOLVENDO A EUTANÁSIA E A ORTOTANÁSIA

Paulo de Tarso Coutinho

Graduado em Direito pela Universidade Estácio
de Sá. Advogado

Resumo: Dentre os direitos da personalidade reconhecidos pelo ordenamento jurídico, afigura-se como o mais valioso o direito à vida. Considerado como direito inato do indivíduo, pois esse último o conserva desde o instante de sua concepção até o momento de sua morte, resulta dele outro direito de visceral importância, qual seja, o direito ao próprio corpo. Em relação a tal direito surgem diversos questionamentos, notadamente quando se fala em questões envolvendo eutanásia e ortotanásia, questões essas que serão objeto do presente artigo científico.

Palavras-Chave: Direitos da Personalidade. Direito ao próprio corpo. Proteção da pessoa humana. Interferência da ordem jurídica na vida particular do cidadão.

Sumário: Introdução. 1. A proteção do direito ao corpo e à dignidade humana no Direito brasileiro 2. A eutanásia: o confronto entre o Direito à Vida e o Direito de morrer 3. A Ortotanásia como mecanismo de respeito à autonomia da vontade e de privação de sofrimento 4. Casos Emblemáticos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade surgiram de uma concepção jusnaturalista para designar certos direitos básicos inerentes ao homem, considerados como preexistentes ao reconhecimento por parte do Estado. São direitos considerados indispensáveis à condição humana, razão pela qual, na ausência destes, todos os demais direitos subjetivos perderiam interesse para o indivíduo.

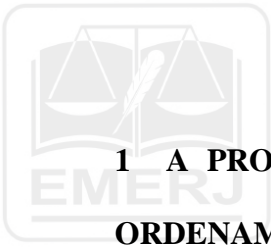
No Brasil, o grande marco de proteção a esses direitos se concretizou com o advento da vigente Constituição da República, que estatui em seu artigo 1º como seu fundamento a dignidade da pessoa humana.

A tutela ao próprio corpo é um direito inato do indivíduo, pois este último a conserva desde o instante da concepção até o momento de sua morte. Tal garantia pressupõe a ideia de que o corpo deve atender à realização e as necessidades da própria pessoa, e de que deve ser protegida a integridade física e psíquica do ser humano contra as intervenções do Poder Público e de outros particulares.

No que se refere às intervenções de particulares, se destacam a eutanásia e a ortotanásia que serão alvo do presente estudo . A eutanásia é um procedimento médico que antecipa a morte de um paciente incurável para abreviar seu sofrimento ou dor. Existem países com legislação definida regulando sua prática e outros que a refutam categoricamente por motivos diversos, como ocorre no Brasil. A ortotanásia, a seu turno, é um termo utilizado para identificar a morte, sem qualquer interferência médica, permitindo que o paciente acometido por uma doença grave ou em estado crítico de saúde chegue a óbito de forma natural. Evita-se, nesse caso, o uso de medicamentos ou procedimentos que possam prolongar a vida de uma pessoa irrecuperável.

No campo jurídico a discussão a respeito da eutanásia e da ortotanásia se mantém nos extremos. Se de um lado há quem as rejeite, classificando, inclusive, a primeira delas como crime de homicídio privilegiado, de outro há quem as defenda, sob o argumento de que ambas seriam legítimas em função da omissão legislativa a seu respeito.

Atento à realidade fática e às discussões envolvendo o direito vida, o presente artigo tem a pretensão de provocar a conscientização sobre a importância da proteção da pessoa humana em toda sua riqueza e complexidade.



1 A PROTEÇÃO DO DIREITO AO CORPO E À DIGNIDADE HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao longo da história do homem, o tratamento jurídico proporcionado ao corpo humano foi alvo de grande influência da fé religiosa que conferia ao mesmo uma proteção superior a escopos individuais. Conforme a sociedade foi evoluindo, adotou-se uma concepção mais moderna que rompeu com essa perspectiva, passando-se a considerar o direito ao próprio corpo, direito esse que deveria atender às necessidades do próprio indivíduo, e não de uma instituição religiosa, da Administração Pública ou de entidade familiar.

Com o tempo, viu-se a necessidade de reforçar a tutela do corpo humano contra as interferências externas. Tal preocupação se justificou, principalmente, em função da imposição de sucessivos regimes totalitaristas em diversos países adeptos da todas as formas de tortura e agressões contra a integridade física e psíquica do indivíduo.

O Brasil não ficou de fora dessa infeliz realidade, a começar pelo regime de escravidão de negros que desde a época do descobrimento do país se fez presente e somente teve fim, legalmente, com a abolição da escravatura. Nesse período de escravismo brasileiro, eram incontáveis as espécies de atentados contra o corpo humano. Os negros eram a todo instante vilipendiados e submetidos a todos os tipos imagináveis e inimagináveis de maus tratos e torturas, pois eram considerados “inferiores” e indesejáveis.

Mais adiante, a história brasileira também ficou manchada por um macabro período caracterizado pelo total desrespeito a integridade física e mental do cidadão. Trata-se da Ditadura Militar. Estudos e pesquisas realizados recentemente pela Comissão da Verdade apontam, com base em documentos produzidos pelos próprios militares, que mais de cem



espécies de torturas eram empregadas nos denominados "anos de chumbo" (1964-1985)¹. Esse cartel de crueldades, no qual estavam inclusos choques elétricos, afogamentos e espancamentos diários, foi efetivamente empregado de vez no ano de 1968, ano esse que foi considerado o termo inicial do período mais duro do regime militar.

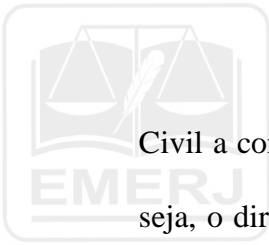
A sociedade brasileira já estava saturada de tantas atrocidades atentatórias contra a dignidade humana. Atento à essa urgente necessidade de mudança, o Poder Constituinte Originário reconheceu na Constituição Federal de 1988 o direito do ser humano à integridade psicofísica em diversos dispositivos.

No plano infraconstitucional, o progresso foi mais lento, sobretudo no que diz respeito ao Direito Privado, visto que os Direitos da Personalidade, notadamente o direito ao próprio corpo, corolário da garantia constitucional da proteção à integridade física, somente passaram a ser tutelados expressamente pelo Código Civil de 2002.

O fundamento de tais direitos, como é sabido, é a dignidade da pessoa humana. Entrementes, ocorre que não se deve considerar Direito da Personalidade como sinônimo de dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, núcleo essencial do constitucionalismo moderno e princípio matriz de todos os direitos fundamentais, é um instituto muito mais abrangente do que o de direitos da personalidade. Isso porque o conjunto de elementos que compõem a dignidade abarcam situações patrimoniais e extrapatrimoniais, ao passo que em relação à personalidade são direitos exclusivamente extrapatrimoniais. Como exemplo, a propriedade, que é um direito integrante da dignidade, mas não da personalidade.

Essa diferença no que pertine à abrangência da dignidade humana e dos direitos da personalidade, não retira a importância de ambos os institutos para o ordenamento jurídico vigente, o que se percebe diante de inúmeras cautelas que se cercou o legislador para disciplinar tais matérias. Todavia, em relação ao direito ao próprio corpo, limitou-se o Código

¹ Relatório final da Comissão da Verdade. Volume I, Tomo I, Parte 3. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/consulte-integra-do-relatorio-final-da-comissao-nacional-da-verdade.html>. Acesso em: 14 abri. 2015



Civil a contemplar o direito a integridade psicofísica sob um único e exclusivo aspecto, qual seja, o direito de dele dispor. Noutros termos, a codificação apenas tratou da relação entre a proteção ao corpo e a vontade de seu titular, com o intuito de determinar em quais circunstâncias seria admissível o ser humano “dispor” de forma integral ou em partes de seu corpo. Para melhor entendimento, é válida a leitura do artigo 13 do Código Civil, que assim determina; “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”²

Como se observa, fica o Código Civil limitado ao problema específico da disposição pelo próprio titular, o que pode dar a falsa noção de que estaria se tratando de questões simples e de fácil solução, quando não o são.

Em socorro a essa insuficiência de regulação e de critérios claros para se determinar o que é admissível ou não se fazer em relação ao próprio corpo, leis especiais são um valioso instrumento para ocupar as eventuais lacunas do tema, seja nos aspectos penais, seja nos aspectos civis da questão.

2. A EUTANÁSIA: O CONFRONTO ENTRE O DIREITO À VIDA E O DIREITO DE MORRER

Historicamente, a autonomia da vontade passou por diversas mutações. Contudo, o sentido originário dessa expressão denota o poder de estabelecer por si, e não por qualquer imposição externa, as regras da própria conduta.

O princípio da autonomia da vontade deriva de uma época em que o Estado deveria interferir o mínimo possível na esfera individual. A pouca interferência do Poder Público

² BRASIL, Lei 10406/10, 10 de Janeiro de 2002. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 de Abril de 2015.



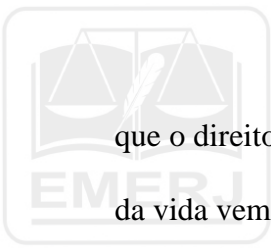
favorecia a realização de negócios jurídicos entre particulares, de modo que a estes se proporcionava total liberdade para ajustar os termos de tais negócios.

Com o passar do tempo, viu-se a necessidade da análise conjunta da autonomia da vontade, ou autonomia privada como preferem alguns, com o princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente quando este último princípio ganhou status constitucional. Exemplo claro em que essa análise conjugada assume grande importância é quando se está a falar de um paciente ou enfermo que se encontra em estágio terminal. É preciso ponderar aqui se a continuação da vida de um indivíduo que se encontra em estado vegetativo e em situação irreversível se adequa a dignidade humana ou não. Ou seja, deve-se sopesar qual garantia fundamental deve prevalecer, o direito à vida ou a autonomia da vontade do cidadão ou daqueles que possam a ele representar em prol de uma morte que pareça mais digna.

A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. Entrementes, é necessário que se esclareça que o direito ao respeito à vida não pode ser interpretado como um direito à vida. Entenda-se. Não se está a falar de uma concessão jurídica-estatal, tampouco de um direito de uma pessoa sobre si mesma, razão pela qual não há como se admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo que haja concessão de seu titular neste sentido. Qualificar o direito a vida como um direito que permite ao indivíduo escolher os rumos da sua própria existência resultaria na banalização da vida e representaria um fomento ao suicídio.

Sob uma perspectiva de Estado Democrático de Direito, é de vital importância assegurar o direito à vida digna, direito esse que somente poderá ser exercido pelo indivíduo autônomo.

No Brasil, tal direito assume contornos de alto relevo, pois se verifica que a maioria da população brasileira se fundamenta em valores religiosos, dos quais emana o entendimento de que a vida é o valor supremo, tendo somente Deus o poder de interrompê-la. Logo, mesmo



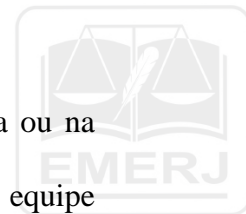
que o direito brasileiro não se vincule a conceitos religiosos, é forçoso reconhecer que a tutela da vida vem, merecidamente, diga-se, recebendo maior prestígio.

Não restam dúvidas que doenças terminais propagam sofrimento e angústia por todos os envolvidos com o enfermo. Todavia, há que se ter em mente que tais sentimentos não podem ser juridicamente suscitados para afastar o fato que lhes dá ensejo. Se assim fosse permitido, a definição de quem deve morrer ou viver estaria sujeita a um subjetivismo sem fim.

Hodiernamente, as questões em torno do “direito de morrer” envolvem o instituto da eutanásia. A eutanásia se qualifica como uma espécie de promoção do óbito. Por intermédio desse expediente, o médico, mediante conduta comissiva ou omissiva, se vale de meio eficiente para alcançar a morte de um paciente incurável ou em estado vegetativo, abreviando-lhe o sofrimento.

No campo da medicina, a prática da eutanásia é tida por ilegal. Com a edição do Código de Ética Médica ficou expressamente consignado que, além de ser vedada qualquer forma de abreviatura de vida, é dever do médico, no que diz respeito à relação desse profissional com seus pacientes, nos casos de doença incurável e terminal empregar e oferecer todos os meios paliativos disponíveis para dar sobrevida ao doente. Já no campo jurídico-criminal, a eutanásia também é repelida. Caso a mesma seja praticada, a conduta será enquadrada como homicídio privilegiado, estando o agente incurso nas reprimendas do artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal.

Vê-se, portanto, que ao Estado, por seus legisladores, importa primeiramente garantir a vida. Não fosse assim, a vida não teria recebido tamanha proteção em nosso ordenamento jurídico e não seria elencada pelo Poder Constituinte Originário como principal direito fundamental do indivíduo no caput do artigo 5 da Carta Magna

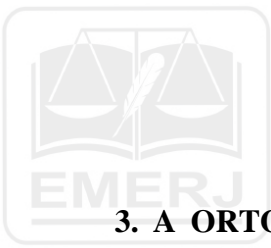


A solução legítima para aqueles que se encontram em terminalidade de vida ou na iminência de morte é a adoção de cuidados paliativos promovidos por uma equipe interdisciplinar que aliviem o sofrimento do paciente e permita que sua morte decorra unicamente da própria enfermidade. Sobre esse enfoque, os cuidados paliativos se voltariam para a qualidade de vida do paciente sem prolongar abusivamente a sua agonia. Em realidade, tais cuidados materializam o instituto a ortotanásia, assunto que também será debatido no decorrer desse estudo.

No Brasil, os cuidados paliativos já são realizados por várias instituições. Tem-se como exemplo o Instituto Nacional do Câncer (INCA). De acordo com o Manual de Cuidados Paliativos elaborado pelo INCA³, os cuidados paliativos são cuidados totais prestados ao paciente e à sua família, os quais se iniciam quando a terapêutica específica curativa deixa de ser o objetivo. Ainda de acordo com esse manual, a terapêutica paliativa seria voltada para o controle sintomático e preservação da qualidade de vida para o paciente, sem função curativa, de prolongamento ou de abreviação de vida.

Desse modo, é imperioso destacar que o paciente em fim de vida deve ser tratado de modo digno, recebendo tratamentos ordinários para o sofrimento de modo a assegurar-lhe a qualidade de vida, pois o ser humano possui outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não somente da vida, mas como também da pessoa.

³ INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. *Manual de cuidados paliativos oncológicos: controle da dor*. Rio de Janeiro: INCA, 2001. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/comunicacao/cuidados_paliativos_controle_dor.pdf> Acesso em 17 mar. 2015



3. A ORTOTANÁSIA COMO MECANISMO DE RESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE E DE PRIVAÇÃO DE SOFRIMENTO

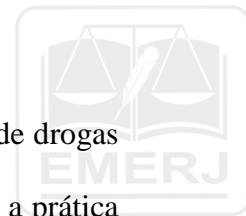
A evolução da medicina e os avanços na área de Saúde vem alterando a forma com que se encara a morte. Anteriormente se morria em casa, na presença de familiares e amigos, hoje a morte, na maioria das vezes, ocorre em hospitais de forma solitária, ficando o moribundo está cercado de aparelhos até o momento de sua passagem.

O termo ortotanásia, que deriva dos radicais gregos, pressupõe a ideia de morte ao seu tempo, ou seja, a morte se manifestando no momento certo. Por definição, a ortotanásia se caracteriza como uma “ suposta morte sem sofrimento ou uma não interferência médica”⁴ no momento que se acredita ser o final da vida. Quando se opta por sua prática não há encurtamento do período vital, pois este já se encontra em inevitável esgotamento, tampouco se socorre de medidas que apenas resultariam em um degradante prolongamento do sofrimento para um paciente que se encontra em estágio terminal e sua família.

Considera-se como paciente terminal, como já destacado anteriormente, aquele pelo qual nada mais pode se fazer para alcançar a cura ou impedir sua morte, ou seja, é aquele em que a evolução da patologia é de tal ordem, que, inevitavelmente, evoluirá para óbito. Isso ocorre, normalmente, em pacientes com câncer, mas também pode se verificar essa condição em pacientes acometidos por outras doenças ou vítimas de um grave acidente.

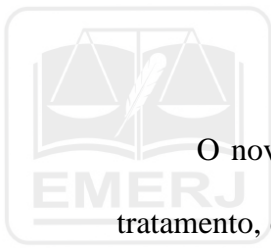
Diante dessa realidade de morte iminente, haveria três condutas a serem seguidas. A primeira delas corresponderia na interrupção mediante conduta passiva ou ativa de interrupção da vida. Como visto, essa solução não é legitimada pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo, conforme o caso, restar caracterizado o crime de homicídio privilegiado

⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles (Org.); FRANCO, Francisco Manoel de Mello(Coord.). *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4. ed. revi. e aumentada. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 565.



ou de auxílio ao auxílio ao suicídio. A segunda conduta se traduz no uso maciço de drogas e de sofisticados aparelhos como derradeira tentativa de salvar o doente. Ocorre que a prática desse expediente pode ser mais danosa ao paciente do que benéfica ao mesmo. Isso porque ao se prolongar a vida daquele que está fadado a morrer se prolonga também o sofrimento que este está submetido, sem contar com a angústia que é causada ao seus familiares ao acompanhar, dia após dia, um luta pela vida que fatalmente será perdida. Por último, e como conduta mais razoável, se apresentam os cuidados paliativos com intuito de fazer com que os momentos finais sejam menos dolorosos, sem, contudo, se valer de investimentos ou expertises medicamentosas que visem conservar, além do tempo natural, uma vida que não se pode recuperar. Essa, indubitavelmente, é a alternativa mais condizente com o ordenamento jurídico vigente. Se valer de procedimentos que não submetam o paciente a um prolongamento de vida penoso ou que abrevie sua existência, mas que, pura e simplesmente, o aliviem de uma dolorosa sobrevivência é medida que se adequa aos preceitos constitucionais, pois a dignidade humana impõe, como se viu, não apenas uma vida digna, mas também uma morte digna.

Neste viés, estatui o artigo 1.º da Resolução 1.805/2006 que é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. Após a suspensão da Resolução pela Justiça Federal, em 2009, houve a edição do novo Código de Ética Médica, qual seja, a Resolução CFM 1.931/2009, cujo a vigência teve início em abril de 2010, que tratou de forma mais discreta da ortotanásia. Segundo o artigo 41, parágrafo único, deste diploma nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.



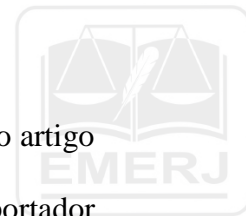
O novo Código de Ética Médica determina que, nos casos em que for interrompido o tratamento, deve o responsável médico utilizar os cuidados paliativos para evitar o sofrimento do doente terminal. Evidente está a ausência de dolo de atingir-se o bem jurídico vida, elemento subjetivo essencial para a caracterização do delito de homicídio. O elemento subjetivo de quem pratica a ortotanásia, dentro dos limites de permissão, resume-se a preservar a dignidade humana de quem está sofrendo inutilmente e deseja abreviar a própria vida.

Por isso, é importante ressaltar que no campo da ciência jurídica, a definição de ortotanásia possui grande relevância na configuração do fato como ilícito ou não. Ao se reconhecer a ortotanásia, deve ficar claro que os envolvidos na sua prática não têm por objetivo atingir dolosamente o bem jurídico vida e, ainda, evidenciar a existência de circunstâncias que excluam qualquer delito. A finalidade do médico que interrompe tratamento ineficaz é, portanto, amenizar o sofrimento do doente sem chances de cura. Diferente, portanto, do indivíduo que age com fim exclusivo de ceifar a vida da vítima, desconsiderando qualquer benefício que a morte lhe possa trazer.

No campo legislativo, há uma evolução no sentido de se legitimar a ortotanásia. Câmara dos Deputados, por intermédio de sua Comissão de Seguridade Social e Família, aprovou parecer favorável ao Projeto de Lei 6.715/09, do Senado Federal, que altera o Código Penal, incluindo na Parte Especial o artigo 136-A. Em apertada síntese, o referido Projeto de Lei tem como pretensão retirar expressamente a ilicitude da ortotanásia quando preenchidos os requisitos legais.

Estabelece o artigo 2.º do Projeto de Lei 6715/09⁵ que todo paciente que se encontra em fase terminal de enfermidade tem direito a cuidados paliativos proporcionais e adequados,

⁵ Projeto de Lei 6715, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=728243&filename=PL+6715/2009. Acesso em : 14 abri. 2015



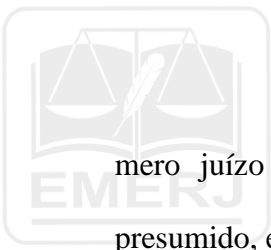
sem prejuízo de outros tratamentos que se mostrem necessários e oportunos. E, ainda, o artigo 3º define o paciente em estado terminal de enfermidade como aquele indivíduo que é portador de enfermidade avançada, progressiva e incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável, em razão de falência grave e irreversível de um ou vários órgãos, e que não apresenta qualquer perspectiva de recuperação do quadro clínico. Aqui é válida a observação da importância da definição de paciente em estado terminal para que se possa dar ao médico a possibilidade de saber se o caso se enquadra na permissão legal e evitar, posteriormente, responsabilidade penal por seu comportamento.

No que diz respeito à exclusão de ilicitude, o referido Projeto de Lei inclui o artigo 136-A no Código Penal, que possui a seguinte redação:

Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.
§ 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.
§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente termina⁶.

Assim, em caso de aprovação do texto, deverão ser observados alguns pressupostos para que a conduta médica não seja considerada como antijurídica, quais sejam: é imperioso que o profissional de saúde aplique os cuidados paliativos na tentativa de amenizar o sofrimento do paciente; deve se evitar os meios desproporcionais e extraordinários, ou seja, não é necessário que o profissional médico extrapole a razoabilidade de um procedimento destinado a salvar a vida para que o fato constitua crime; o quadro clínico do paciente deve se caracterizar como sendo de morte iminente e inevitável, ou seja, não se está a falar aqui de

⁶ BRASIL, Projeto de Lei nº 6715, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=728243&filename=PL+6715/2009>. Acesso em : 14 abri. 2015



mero juízo de probabilidade; deve haver consentimento do paciente, seja ele real ou presumido, em homenagem a autonomia da vontade.

Embora seja louvável a iniciativa do Poder Legiferante, a melhor alternativa seria optar por uma previsão expressa de exclusão da ilicitude no artigo 121, que define o crime de homicídio. Deveria o legislador se ocupar com a regulamentação da ortotanásia para evitar qualquer tipo de responsabilidade penal do profissional médico pela suposta prática de crime contra a vida, mesmo que seja com pena reduzida. Por observância de uma cultura puramente legalista, que ainda exerce grande influência, tanto no direito penal quanto no direito processual penal, deve haver clara disposição legitimando a ortotanásia para evitar, definitivamente, qualquer possibilidade de responsabilização penal quando preenchidos os requisitos legais.

4. CASOS EMBLEMÁTICOS

Nancy Cruzan⁷, americana, sofreu um grave acidente de automóvel no ano de 1983, quando contava apenas com 25 anos de idade. Ressuscitado por uma equipe médica, Nancy recuperou todas suas funções vitais, exceto sua consciência. Permaneceu em coma por três semanas em um Hospital no Missouri, nos Estados Unidos, posteriormente ingressando em estado vegetativo permanente.

Dada a irreversibilidade de seu quadro, a família de Nancy resolveu buscar judicialmente uma autorização para a retirada dos tubos de alimentação que o mantinham vivo, fazendo valer o seu direito de morrer.

O caso “Nancy” foi discutido nos tribunais durante alguns anos, tendo a ação judicial sido promovida com base na alegação de que Nancy havia, ao longo da vida, manifestado

⁷ MALCOM, Andrew. *Nancy Cruzan: End to long Goodbye*. *The New York Times*. 12.29.90. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1990/12/29/us/nancy-cruzan-end-to-long-goodbye.html> . Acesso em: 14 abri. 2015



diversas vezes sua intenção de não ser mantida viva em estágio vegetativo. A sua convicção era, portanto, de se submeter à eutanásia.

Embora o juiz de primeiro grau tenha se sensibilizado e acolhido o pedido, a Suprema Corte do Missouri entendeu em um primeiro momento de que não haviam provas inequívocas de que Nancy Cruzan tenha real desejo de por fim a sua vida caso fosse considerada como paciente em estágio terminal.

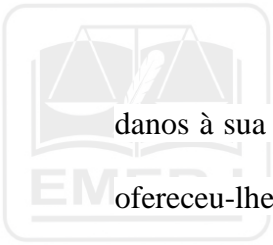
A batalha legal da Família Cruzan apenas se encerrou no ano de 1990, quando o caso foi reapresentado a Corte do Missouri e, finalmente o pedido foi acolhido com base em novas provas da intenção de Nancy. Nessa oportunidade, os magistrados acabaram por deliberar a favor de sua morte, desligando-se, deste modo, as máquinas que a mantinham viva.

Casos como o da americana Nancy dividem a opinião pública e têm sido bastante debatidos no Brasil, sob enfoque moral, cultural e religioso. Todavia, respeitadas as opiniões divergentes, o fato é que no aspecto jurídico, não restam dúvidas de que a prática da eutanásia é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, se amoldando ao tipo penal de homicídio privilegiado, na modalidade de homicídio impelido por relevante valor moral. Trata-se de crime cujo a nota característica da motivação é a compaixão do agente para com o sofrimento da vítima, ou seja, o agente se sente compelido a matar acreditando que a morte do doente lhe trará um verdadeiro descanso e será uma medida de misericórdia.

É válido examinar, ainda no campo da denominada, morte digna, uma última situação mais extrema, qual seja, aquela em que o médico não apenas interrompe os tratamentos paliativos do paciente em estado terminal permanente, mas a esse presta auxílio para a obtenção do resultado letal.

Essa hipótese ocorreu no caso da paciente americana Patrícia Trumbull⁸ que, acometida por leucemia, se recusou a realizar quimioterapia por entender que o tratamento traria mais

⁸ DOWRKIN, Ronald, *Domínio da Vida* – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. p. 261-262



danos à sua integridade física do que benefícios. Seu médico na ocasião, o Thimonthy Quill, ofereceu-lhe, como recurso para por fim ao seu sofrimento, pílulas de uma substância de nome “barbitúricos”, explicando-lhe, inclusive, qual seria a dose adequada para provocar sua própria morte. Inclinação a dar cabo de sua vida, Patrícia ingeriu as pílulas e veio a falecer em sua própria casa.

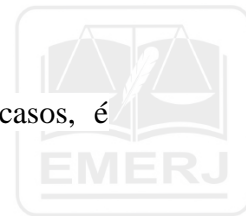
Após ser processado perante a justiça norte-americana por auxílio ao suicídio, o Dr. Thimonthy Quill foi absolvido pelo Júri local sob o argumento de que ele não teria como saber se a paciente realmente faria uso das pílulas ou não. Além disso, houve uma grande preocupação à época por parte de órgãos de diversos setores da saúde pública de em destacar o relacionamento íntimo entre o médico e Patrícia, o que, teoricamente, lhe permitiria o conhecimento detalhado dos efeitos da doença da paciente, bem como de sua aptidão mental para optar pelo fim de sua vida.⁹

No Brasil, a condutas médica acima narrada também não é permitida. O Código Penal tipifica como crime em seu artigo 122 o auxílio e o induzimento ao suicídio. Por isso, quem concorrer para qualquer dessas ações, prestando assistência material ou facilitando a execução do suicídio, quer fornecendo, quer colocando à disposição do suicida meios necessários para fazê-lo, como no caso do médico americano Thimonthy Quill deverá suportar as sanções penais.

CONCLUSÃO

Os avanços científicos e tecnológicos sempre são bem vindos no campo da ciência médica, mas essa evolução deve ser sempre em prol da vida. Isso porque os valores consagrados tanto socialmente como no ordenamento jurídico do país não podem ser

⁹ Ibidem.



violentados em homenagem à vontade particular do cidadão, que, em muitos casos, é orientada por interesses obscuros.

É inegável que a ciência jurídica deve privilegiar, no campo das relações privadas, a autonomia da vontade. Mas há casos em que essa autonomia deve ser encarada com temperança, pois do contrário, como se viu, portas se abririam para que o mais importante dos bens tutelados pelo Direito, qual seja, a vida, sofresse uma desmoralização.

Com o advento da vigente Constituição Federal, Carta que enfatizou as garantias fundamentais do indivíduo, deu-se uma marcante conscientização de diversos direitos que começaram a ser mais difundidos, notadamente a dignidade à vida e a inviolabilidade dessa. Contudo, não se deve se sustentar de que a vida deve ser preservada a todo custo. O que o ordenamento jurídico assegura, e a ética impõe, é que o ser humano viva e morra de forma digna. No contexto do presente estudo é dizer, tratamentos que fatalmente seriam fadados ao fracasso em função do grave quadro clínico do doente devem ser evitados quando o seu poder de cura for nulo e quando causarem sofrimento ainda maior ao enfermo. Por outro lado, mecanismos ou expedientes paliativos que não promovem melhora mas que causem um alívio ou conforto ao moribundo até o momento de sua passagem devem, sim, ser empregados .

Noutro ponto, qualquer tentativa de se abreviar, injustificada e prematuramente, a existência da pessoa humana deve ser duramente reprimida pela ordem jurídica. Qualquer conduta que se estabeleça nesse sentido, como aquelas abordadas no presente estudo referentes a eutanásia e ao induzimento ao suicídio, deve suportar as reprimendas da lei.

Indubitavelmente é que as questões envolvendo o presente artigo estão longe de ser pacificadas, principalmente porque as interpretações de cada uma delas irão variar com a cultura, ciência, religião e filosofia de cada povo. Todavia, superadas as divergências, qualquer conclusão a que se chegue deve apontar no sentido de uma existência digna, e em segundo plano os interesses pessoais.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 de Abril de 2015.

_____. Projeto de Lei 6715, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=728243&filename=PL+6715/2009>. Acesso em : 14 abri. 2015

o

DOWRKIN, Ronald. *Domínio da Vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*, cit. P. 261-262.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. *Manual de cuidados paliativos oncológicos: controle da dor*. Rio de Janeiro: INCA, 2001. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/comunicacao/cuidados_paliativos_controle_dor.pdf> Acesso em 17 mar. 2015

HOUAISS, Antônio; MILLAR, Mauro de Salles (Org.); FRANCO, Fransciso Manoel de Mello (Org.). *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4. ed. revi. e aumentada. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 565.

MALCOM, Andrew. *Nancy Cruzan: End to long Goodbye*. The New York Times. 12.29.1990. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1990/12/29/us/nancy-cruzan-end-to-long-goodbye.html> .Acesso em: 14 abri. 2015.

RELATÓRIO Final da Comissão da Verdade, Volume I, Tomo I, Parte 3. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/consulte-integra-do-relatorio-final-da-comissao-nacional-da-verdade.html> . Acesso em: 14 abri. 2015

SCHNEIDER, Keith. *A doctor Who Helped End Lives*. The New York Times. Disponível em: http://www.nytimes.com/2011/06/04/us/04kevorkian.html?_r=0 . Acesso em: 14 abri. 2015

ATRIBUIÇÕES DO PODER LEGISLATIVO NO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS E A PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS DE SEUS MEMBROS

Pedro Felipe do Amaral Peroca

Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Técnico Superior Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

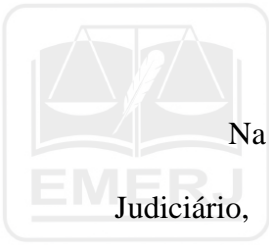
Resumo: Da dinâmica brasileira contemporânea tem emergido algumas situações de colisão entre os poderes da República, mormente entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, seja por tentativas de usurpação das atribuições de um pelo outro, seja pelo julgamento de seus membros que cabe diretamente ao outro poder; salutar, pois, traçar uma relação entre as atribuições do Poder Legislativo que o permite imiscuir-se na seara de outro, isto é, qualidades conferidas àquele pela Carta Magna de 1988 com fulcro no Sistema de Freios e Contrapesos, bem como esclarecer e tentar sanar o aparente conflito entre as normas constitucionais disciplinadoras da perda de direitos políticos dos membros do aludido ente legiferante.

Palavras-chave: Constitucional. Poderes da República. Sistema de Freios e Contrapesos. Perda de direitos políticos de deputados e senadores.

Sumário: Introdução. 1. O Sistema de Freios e Contrapesos. 2. Atribuições do Poder Legislativo no Sistema de Freios e Contrapesos contidas na CRFB/88. 3. A perda dos direitos políticos e do mandato eletivo de deputados e senadores. 4. Sentença penal condenatória transitada em julgado e o mandato eletivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No contemporâneo Estado democrático de Direito, oriundo da Revolução Francesa do século XVIII, a tripartição dos Poderes da República proposta, dentre outros, pelo iluminista Montesquieu, passa, a cada dia, por limites mais tênues, com um ente reiteradamente imiscuindo-se na seara funcional do outro.



Na recente problemática, é recalcitrante o conflito entre os Poderes Legislativo e Judiciário, inclusive, com tentativas daquele através de Propostas de Emendas Constitucionais, de restringir atribuições não apenas do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do ente judicante, como também do Ministério Público, entidade intimamente ligada ao Poder Judiciário.

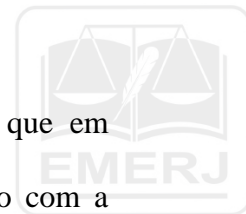
A legitimidade ou não das aludidas infringências se relaciona à permissão constitucional, eis que é a Constituição da República Federativa do Brasil o diploma regulamentador da organização interna do Estado, através do famigerado Sistema de Freios e Contrapesos, *Checks and Balances*, enquanto as demais, ilegítimas, podem gerar litígios entre os Poderes.

Nesse ínterim, nos moldes do supracitado sistema, os membros do Poder Legislativo federal são julgados por crimes cometidos no âmbito do Poder Judiciário, mais especificamente no STF, e, no caso de condenação, emerge uma celeuma diante de aparente conflito entre normas constitucionais, as quais legitimam ou não a perda automática do mandato.

Salutar expor, dessarte, a larga gama de atribuições do Poder Legislativo no Sistema de Freios e Contrapesos em detrimento dos demais Poderes, bem como suas recentes tentativas de delimitar o campo de atuação de outros entes que diretamente o afligem. Busca-se, ainda, sintetizar e esclarecer os debates e conclusões acerca do mecanismo de perda de mandato dos deputados federais e senadores, além de apresentar as iminentes tentativas de sanar possíveis controvérsias.

1. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Na ordem constitucional contemporânea, a separação dos poderes apresenta um dos mais importantes postulados, ou seja, corolário do Estado Moderno.



Desde os primórdios do Direito, na Grécia Antiga, surgira a teoria de que em qualquer Estado devem existir três poderes imprescindíveis: um deliberativo, outro com a atribuição de agir e o terceiro abrangente da tutela jurisdicional¹.

Nesse diapasão, o âmago do aludido princípio foi retomado a partir do século XVIII, com a inauguração do Estado Moderno e o advento dos ideais iluministas, permitindo a reformulação do mesmo, através da limitação do poder político, com o embrião do Estado de Direito.

Ato contínuo, a teoria da separação dos poderes é oriunda das ideias de diversos desses iluministas comprometidos com uma nova ordem estatal, como John Locke e Benjamin Constant, sendo a mais disseminada e abalizada a versão elaborada por Montesquieu.

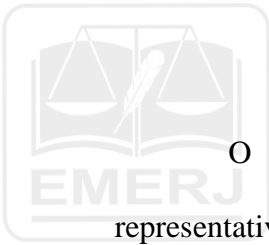
Charles-Louis de Secondat, como originalmente chamado o Barão de Montesquieu, ao atentar para o perigo da concentração dos três poderes nas mãos de um só órgão, redefiniu ao poder do Estado como poder limitado², afirmando que este deveria ser dividido em funções distintas atribuídas a órgãos estatais diversos, propondo uma separação equilibrada de funções.

Nessa visão, o poder estatal sofre uma divisão funcional, com cada uma dessas funções distribuídas a um órgão independente, o que possibilita a limitação do poder, não mais absoluto, pelo próprio poder.

Supedâneo ao explicitado alhures, a função de edição de normas regentes compete ao Legislativo; a função administrativa fica encarregada ao Executivo, e ao Judiciário cabe a função de aplicar as leis em caso de conflito.

¹ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 127.

²MOTA, Pedro Vieira. Introdução. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 178.



O Poder Legislativo contava com uma função privilegiada pela natureza representativa de sua atuação; a função jurisdicional, em contrapartida, era vista como uma função secundária, sem imposição perante os demais poderes de qualquer limitação a não ser aquela decorrente da própria separação.

João Vieira Mota³ explica esta desvalorização do Poder Judiciário por Montesquieu:

Montesquieu reputou o poder de julgar “de certo modo nulo”, e tal juízo exige esclarecimentos. É que ele reservava ao Juiz uma função restrita e rígida; ele o conceituava como “a boca que pronuncia as palavras da lei”, ao passo que considerava os juízes seres inanimados incompetentes para moderar quer a força, quer o rigor da lei.

Por conseguinte, a partir do sedimentado Princípio da Separação dos Poderes e da recém idealizada independência de funções desenvolvidas no âmbito do Estado, Montesquieu criou um sistema de freios, em um primeiro instante apenas integrando os Poderes Legislativo e o Executivo.

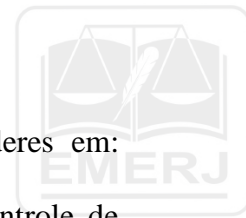
O supracitado sistema era corporificado pelo binômio “faculdade de estatuir” e “faculdade de impedir”, possibilitando a interação e o controle. A faculdade de estatuir é o poder de ordenar por si ou de corrigir o eu foi por outro ordenado, enquanto a faculdade de impedir importa no poder de tornar nula a resolução adotada por outrem.

Foi na Constituição estadunidense, contudo, que o Sistema de Freios e Contrapesos, *Checks and Balances System*, foi sistematizado conforme é abordado no ordenamento jurídico pátrio atual, aperfeiçoando o sistema com inclusão do Poder Judiciário com a função de controlar a validade das normas editadas pelo Legislativo⁴.

Outrossim, o mérito desse sistema foi vislumbrar que seriam inócuas as restrições feitas à autoridade das legislaturas dos Estados, se a Constituição não tivesse estabelecido uma força que as fizesse observar, para qual seriam competentes dos tribunais.

³Ibidem.

⁴Apesar de a Constituição dos Estados Unidos não prever explicitamente tal controle na seção 1 do artigo 3 (parte dedicada ao Poder Judiciário), a Suprema Corte o reconhece desde o caso *Marbury v. Madison*, de 1803.



Moreira Neto⁵ classifica o controle exercido reciprocamente pelos Poderes em: controle de cooperação, controle de consentimento, controle de fiscalização e controle de correção.

No controle de cooperação faz-se mister a co-participação de um Poder no exercício da função de outro (analogicamente, um ato administrativo composto); no controle de consentimento a anuência de um Poder é condição de eficácia para o exercício da função do outro (analogicamente, um ato administrativo complexo); o controle de fiscalização, como se exprime da literalidade, consiste na sindicância de um ente sobre outro; já o controle de correção é o que possibilita a sustação do ato de um Poder pelo outro.

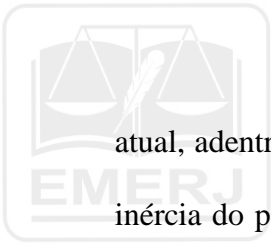
A doutrina de freios e contrapesos surge, simultaneamente, como complemento natural e garantia da separação dos poderes, possibilitando que cada poder, no exercício de atribuição própria, controle outro e seja pelo outro controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão de sua área de atuação.

Porquanto, enquanto por um lado o princípio da separação de poderes efetiva o distanciamento operacional entre os órgãos tripartidos, por outro o Sistema de Freios e Contrapesos, embasado nos limites constitucionais, obsta a atuação irrestrita do Estado.

Malgrado o caráter complementar entre tais princípios, o controle recíproco é constantemente posto em voga, eis que a linha que aparta o legítimo do ilegítimo é assaz tênue, mormente quando o poder controlado é o legislativo, como nas recorrentes situações de controle de constitucionalidade das leis por parte do Estado-Juiz.

O ente legiferante se sente acossado, inclusive, a despeito de sua reiterada inoperância, pela crescente área de atuação do Poder Judiciário, o qual, na ordem jurídica

⁵MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, nº 103/13. Brasília: Senado, 1989.



atual, adentra em matérias políticas de viés judicial⁶, não por usurpação, mas justamente pela inércia do poder competente para tanto. A recente ampliação da presença e potência do ente judicante perante os demais chega a ser irônica, tendo em vista a posição que outrora ocupara no sistema aduzido por Montesquieu.

Nesse ínterim, a idealizada harmonia que deveria pairar entre os Poderes é substituída pela tensão decorrente de um favorecimento que, não obstante legítimo sob a ótica popular, padece de legitimidade originária da devida interpretação do Princípio dos Freios e Contrapesos.

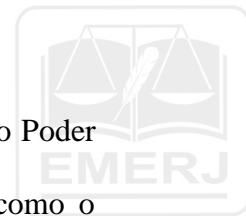
2. ATRIBUIÇÕES DO PODER LEGISLATIVO NO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS CONTIDAS NA CRFB/88

A Carta Magna em seu artigo 2º preceitua: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A noção de independência e harmonia é o corolário do Princípio de Equilíbrio entre os Poderes – inclusive, como cláusula pétrea inserida no artigo 60, §4º, III, da ante mencionada carta – , em que pese à leitura mais adequada ser no sentido da interdependência ou coordenação e harmonia funcional.

Desde seus primórdios, na dinâmica constitucional americana, o Sistema de Freios e Contrapesos conta com a inevitável evidenciação de um dos poderes sobre os demais, eis que conceder igualmente atribuições é assaz enfadonho.

Não há como olvidar, com base nesse raciocínio, que a Constituição Cidadã de 1988 conferiu ao Poder Legislativo atribuições mais numerosas de interferência nos seus semelhantes, ou seja, maior possibilidade de “freios”.

⁶WERNECK VIANNA, Luiz. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47-70.



Dentre as várias razões que ensejaram a referida preferência, destaca-se que o Poder Legislativo, diante de sua maior representatividade popular, pode ser reconhecido como o *poder político por excelência*.

Além disso, a história do Brasil remete à traumas sequenciais com o Poder Executivo, seja na época do Império com o Poder Moderador, seja já na República com a Ditadura Militar, traumas estes que ensejaram a tentativa quase frutífera de a Constituição de 1988 adotar o modelo *parlamentarista*.

A despeito de os adeptos do Parlamentarismo não terem logrado êxito na Assembleia Constituinte, é indubitável a persistência deste sistema no corpo da Lei Maior, mormente no que tange às atribuições do Sistema de Freios e Contrapesos.

A aludida influência é corroborada pelo discurso de alguns constituintes à época, tais como Fernando Henrique Cardoso⁷:

Embora tivéssemos perdido aqui, nós, parlamentaristas, o parlamentarismo (...) a Constituição assegura que este Congresso terá capacidade efetiva de fiscalizar e de decidir. Daqui para a frente a responsabilidade também será nossa, também será daqueles deputados e senadores que terão de estar à altura dos direitos que lhes foram assegurados pela nova Constituição, numa vigilância constante e num trabalho árduo.

Ney Maranhão⁸ discursou que “[...] por um lado, perdemos a oportunidade de implantar, agora, o parlamentarismo no Brasil, por outro, reduzimos os superpoderes do Executivo, retomamos as prerrogativas que nos foram arrebatadas em 1964 e assumimos novas responsabilidades.”.

Na mesma linha Nelson Jobim⁹ afirmou: “A partir da vigência desta Carta, poderes novos nos foram outorgados, de poderes novos o Parlamento emerge, e precisará o

⁷DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Brasília/DF. Ano II – nº 306. Ata da 340ª Sessão, 22 de set. de 1988, p. 260. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

⁸Ibidem, p. 249.

⁹Ibidem, p. 261.



Parlamento demonstrar à Nação brasileira que tem competência e lucidez para o exercício desses novos poderes.”.

Por fim, Benedicto Monteiro¹⁰:

Tomamos, aqui, realmente, decisões profundas, principalmente ao tratar do reforço das prerrogativas e da autonomia do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Requer-se, agora, que os legisladores, que os deputados e senadores, que os ministros e os juízes assumam a responsabilidade que a Assembléia Nacional Constituinte lhes deu de fiscalizar, de orientar, de influir diretamente na execução do Governo, porque o Governo não é só o Poder Executivo; é, também, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

O retro exposto fica evidente quando se analisa a possibilidade de controle direto de atos pelo Poder Legislativo em detrimento do Executivo, hoje inserida no artigo 49, X, da CRFB/88. Na Constituição de 1967 e sua EC nº 1, de 1969, a aludida norma detinha eficácia limitada, eis que imprescindível lei reguladora (“A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta.”¹¹); na Constituição vigente, todavia, trata-se de norma de eficácia plena.

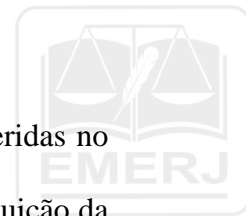
Como cediço, o Poder Legislativo federal é bicameral, exercido pelo Congresso Nacional, o qual se compõe do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, aquele com representante dos estados-membros e esta com representantes do povo¹².

Ab initio, cada um dos supracitados órgãos detém atribuições próprias compatíveis com suas especificidades, isto é, o Congresso Nacional, por englobar toda representatividade do poder legiferante, conta com funções mais significativas; já o Senado, órgão de legitimação majoritária, conta com maiores possibilidades interventivas, enquanto a Câmara tem a si atribuída menos competências.

¹⁰Ibidem, p. 219.

¹¹BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, artigo 48. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acessado em: 20 de jan. de 2015.

¹²MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 408-409.



Assim, convém listar integralmente as atribuições do Poder Legislativo inseridas no Sistema de Freios e Contrapesos encontradas ao compulsar minuciosamente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sem, todavia, a necessidade de adentrar na especificidade de todas, com prioridade das mais contundentes.

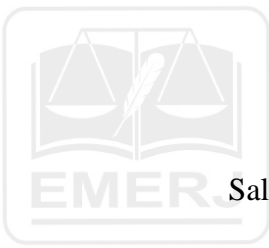
Nesse diapasão, salutar aduzir, primordialmente, a atribuição conferida ao Congresso Nacional pela qual este se imiscui diretamente na função típica do Poder Judiciário: a concessão de *anistia* (artigo 48, VIII, da CRFB/88), a qual, contudo, não é plena, pois é sujeita à sanção presidencial.

A anistia é a concessão de perdão ao infrator, seja no curso do processo ou após a condenação; em outras palavras, opera-se o esquecimento daquele ato por vontade do Congresso Nacional. Ato contínuo, é flagrante a interferência legislativa sobre a atividade precípua do ente judicante, com o fim de sanar possível erro deste ou até afastar certas condutas da tutela jurisdicional.

Outra atribuição do Congresso, também sujeita à sanção, é a fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (artigo 48, XV, da CRFB/88). Esta ratifica a superposição do Poder Legislativo, uma vez que tal fixação tem reflexo direto em toda Administração Pública ao vinculá-la ao teto remuneratório, na forma do artigo 37, XI, da Lei Maior.

Ademais, o Congresso tem a liberdade de fixação dos subsídios não só de seus próprios membros, como também dos subsídios do Presidente, seu vice e seus ministros (artigo 49, XII e XIII, da CRFB/88).

Resumindo, o Poder Legislativo tem em suas mãos não somente a decisão sobre o montante máximo a ser auferido por todos integrantes da Administração Pública, como também o montante dos subsídios auferidos por seus membros, bem como os representantes máximos dos outros Poderes.



Salutar aduzir que a aludida competência exclusiva é também conferida às Câmaras Municipais e às Assembleias Legislativas, por força dos artigos 29, V e 28, §2º, da Carta Magna, respectivamente.

Como já salientado, a Constituição Cidadã ampliou as competências do Poder Legislativo, majoritariamente em detrimento do Poder Executivo, seja pela manutenção de certas atribuições, seja pela inserção de outras: o Congresso Nacional decide inserir ou não no ordenamento jurídico pátrio qualquer ato normativo externo assinado pelo Chefe de Estado (artigo 84, VIII, da CRFB/88); o Presidente da República tão somente pode declarar guerra, celebrar paz ou decretar Estado de Sítio (artigo 84, IX, XIX e XX, da CRFB/88) após autorização do Congresso Nacional; o chefe do Poder Executivo em exercício apenas pode deixar o país por prazo superior a 15 dias mediante autorização do Congresso Nacional (artigo 83, da CRFB/88); após instalado o Estado de Defesa ou a Intervenção federal, o Congresso Nacional deve expressamente aprovar a permanência.

O chefe do Poder Executivo, no exercício de sua função típica, ainda está afligido pela prévia autorização do Congresso Nacional no que diz respeito à iniciativa de projetos nucleares e alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (artigo 49, XIV e XVII c/c 21, XXIII, 'a', e 188, §1º, todos da CRFB/88).

Também na sua função atípica de prolatar atos normativos, o chefe de governo se submete à fiscalização do Congresso Nacional (artigo 49, V, da CRFB/88), devendo este sustar os atos que extrapolem o poder regulamentar do artigo 84, VI, ou os limites da delegação legislativa no caso da lei delegada do artigo 68, todos da Lei Maior.

Ao Presidente da República cabe a nomeação de diversas autoridades públicas (artigos 84, XIV, XV e XVI, da CRFB/88), porém, tão somente após a aprovação pelo Senado Federal, na forma do artigo 52, III, da Carta Magna, são elas: Ministros do Supremo Tribunal Federal e membros do Conselho Nacional de Justiça (artigos 101, parágrafo único e 103-B,



§2º); Ministros do Superior Tribunal de Justiça (artigo 104, parágrafo único); Ministros do Tribunal Superior do Trabalho(artigo111-A); Ministros do Superior Tribunal Militar (artigo 123); Procurador-Geral da República emembros do Conselho Nacional do Ministério Público (artigos 128, §1º e 130-A); Ministros do Tribunal de Contas da União (artigo 73, §2º, D), e Governador de Território.

Um dos célebres exemplos da autoridade do Poder Executivo sobre o Legislativo no mecanismo estatal é a prerrogativa de veto à projetos de lei; ironicamente, no entanto, tampouco esta escapa do controle. O ente essencialmente legiferante pode desconstituir o referido veto, restando inócua a intervenção presidencial, assim como explicita o artigo 66, §4º, da Lei Maior, sem deixar de lado, inclusive, a legitimidade para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, conferida também a órgãos do Poder Legislativo (artigo 103, II, III e IV, da CRFB/88).

Imperioso explicitar uma das competências mais contundentes do Parlamento que, malgrado não constitua um “freio” propriamente, permite que este interfira casuisticamente na seara dos demais: as Comissões Parlamentares de Inquérito, com fulcro no artigo 58, §3º, da Constituição pátria vigente, sobre as quais não se esgotará o tema a fim de evitar a tergiversação.

Original do Direito Inglês, após passagem principalmente pelo Direito Alemão, as denominadas CPI’s debutaram na Constituição de 1934, removidas na Carta de 1937 e regressas a partir da Constituição de 1946.

Corporificam a atividade fiscalizatória das Casas legislativas, constituindo comissões temporárias para investigação de fato certo e determinado, inclusive *interna corporis*. Visa-se



a fiscalização da atividade pública gerencial através do inquérito parlamentar, “procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria”¹³.

Para o desempenho de suas funções, a CPI conta com diversas prerrogativas, tais como quebra de sigilos fiscal, bancário e de dados, requisição de documentos sigilosos e condução de testemunhas e investigados para oitiva, ressalvado o direito ao silêncio e a presença de advogado. Esta última não é exclusiva das CPI's, eis que quaisquer comissões podem convocar até ministros para apresentação de informações, nos termos dos artigos 50 e 58, §2º, III, da Carta Magna.

As aludidas prerrogativas encontram limite, contudo, no postulado de reserva jurisdicional¹⁴ (busca domiciliar, interceptação telefônica, constrição patrimonial e ordens de prisão) e devem ser devidamente fundamentadas (artigo 93, IX, da CRFB/88).

Outrossim, prepondera no que tange ao Poder Judiciário, em sua atividade típica, o Princípio da Separação dos Poderes, isto é, as CPI's não podem investigar atos jurisdicionais¹⁵, conforme se assevera no artigo 146, do Regimento Interno do Senado Federal.

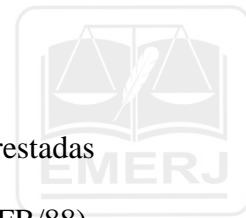
Não há como olvidar que a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito deriva da função precípua do Poder Legislativo de fiscalização contábil, financeira e orçamentária (artigos 49, IX, e 51, II, da CRFB/88).

Além do controle interno a ser exercido por cada órgão (artigo 74, da CRFB/88), o Parlamento é o ente tipicamente fiscalizador dos demais, auxiliado pelo Tribunal de Contas correspondente – órgão inserido no ordenamento pátrio a partir da Constituição de 1891 – , na forma do artigo 71, da Lei Maior.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 23.652. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=23652&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

¹⁴LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 15ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2011, p. 464-465.

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 79.441. Relator Ministro Octavio Gallotti. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=79441&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.



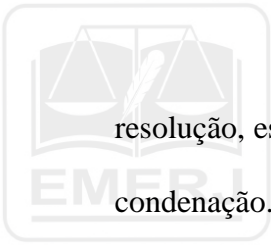
A aludida fiscalização é abrangente, englobando a apreciação das contas prestadas pelo chefe do Poder Executivo, das normas orçamentárias (artigo 165, §4º, da CRFB/88), julgamento das contas de administradores públicos, realização de auditorias, com conseqüências de sanções e/ou sustação de atos, bem como a representação à autoridade competente para realização do devido procedimento.

No âmago do *Checks and Balances System*, é indubitável que o Poder Legislativo tem seu ápice interventor no famigerado *impeachment*/ impedimento (penalidade decorrente de crime de responsabilidade), advindo da Inglaterra e aperfeiçoado no ordenamento norte-americano, que o integrou caráter político.

Presente em todas as Constituições brasileiras, na época do Império, o *impeachment* seguiu o modelo francês, pelo qual havia sanção penal, com a inauguração da República, todavia, positivou-se o modelo norte-americano, vigente até a Constituição atual, sempre a cargo do Parlamento. Outrora, sujeitava apenas o Presidente da República e seu Vice, mais recentemente, englobaram-se os Ministros de Estado, Ministros do Supremo, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.

Na dinâmica pátria contemporânea, a instauração de processo pelo crime de responsabilidade do Presidente da República, seu Vice e os Ministros de Estado deve ser autorizada pela Câmara dos Deputados por maioria qualificada de 2/3 de seus membros, em caso positivo, o processamento e julgamento caberão ao Senado Federal (artigos 51, I; 52, I, e 86, da CRFB/88), sendo este órgão também responsável por julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público (EC nº 45 de 2004), o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.

Em que pese o julgamento seja presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal – ou pelo seu Vice, se aquele for o julgado –, o mesmo não delibera ou interfere na



resolução, esta sendo monopólio do Senado Federal, exigida a maioria qualificada de 2/3 para condenação.

Convém ressaltar, por oportuno, que não prospera qualquer alegação de suspeição ou impedimento de senador, pois, a despeito de haver julgamento, este é meramente político tão somente em “função judicialiforme”¹⁶.

Ato contínuo, o *impeachment* em si consiste na perda do cargo / mandato, com a inabilitação para exercício de qualquer função pública por 8 anos, nos termos do artigo 52, parágrafo único, da Carta Magna.

Mister salientar que não há óbice à imposição de *impeachment* no âmbito do dos estados e municípios, tão somente adaptando as regras à realidade unicameral, assim como já analisado pelo Pretório Excelso¹⁷. Ademais, todas as atribuições do Poder Legislativo federal aqui listadas podem ser conferidas aos Parlamentos estaduais e municipais, com embasamento no Princípio da Simetria, mormente a atribuição fiscalizatória, conforme artigos 31 e 33, §2º c/c 75, da CRFB/88.

Por derradeiro, o Poder Legislativo ainda conta com uma limitação *sui generis* ao Poder Judiciário, inserida no artigo 55, VI c/c §2º, da Lei Maior, ou seja, a necessidade de deliberação favorável da respectiva casa legislativa para perda de mandato de seu membro condenado criminalmente, esta o cerne temático do presente artigo a ser dissecado alhures.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 21.623. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=21623&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 80.511. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=80.511&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.



3. A PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS E DO MANDATO ELETIVO DE DEPUTADOS E SENADORES

Os chamados direitos políticos consistem em direitos fundamentais que o cidadão possui de intervir na ordem política estatal, ativamente – direito de votar, *ius suffragi*, – e passivamente – direito de ser votado, *ius honorum*.

Do ponto de vista passivo dos aludidos direitos, além de exigir a observância das demais condições de elegibilidade, é imprescindível a não incidência nas hipóteses de inelegibilidade, inseridas no artigo 15, da Carta Magna.

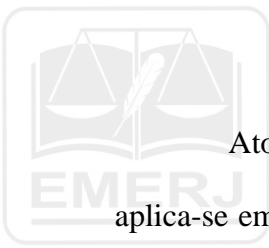
Nesse ínterim, a privação dos direitos políticos é medida excepcional restrita aos casos taxativos do dispositivo supra, podendo se dar definitivamente, por perda, ou transitoriamente, por suspensão.

Haja vista que não há discriminação na própria Carta dos casos de suspensão e de perda, resta à doutrina traçar o enquadramento. A posição majoritária, capitaneada por José Afonso da Silva¹⁸, admite que os incisos I e IV do artigo 15 são casos de perda, enquanto os demais são de suspensão.

Supedâneo ao posicionamento retro, o cidadão tem cassados em caráter definitivo seus direitos políticos se perder a nacionalidade brasileira ou se descumprir obrigação alternativa decorrente de escusa de consciência; por outro lado, cassar-se-ão temporariamente tais direitos por incapacidade civil absoluta, por condenação definitiva por improbidade ou condenação penal com trânsito em julgado, esta objeto da celeuma ora apreciada.

Nesse diapasão, o mandato parlamentar embasa-se na democracia representativa, pela qual o povo, do qual o poder emana primariamente, não exerce diretamente as funções governamentais, outorgando-as a seus representantes eleitos.

¹⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo:Malheiros, 2011, p. 384



Ato contínuo, a perda do mandato eletivo dos parlamentares é uma sanção, como tal, aplica-se em *ultima ratio*. A referida sanção tem aplicação vinculada às hipóteses taxadas no artigo 55, da Lei Maior para deputados federais e senadores. Convém transcrever o dispositivo alvo da discussão:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
- II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
- III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
- IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
- V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
- VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

O inciso I prevê a punição em decorrência de não observância das vedações impostas desde a diplomação ou da posse contidas no artigo 54; o inciso II tutela o decoro parlamentar, sujeito à procedimento disciplinar para aferir a violação ao respectivo Código de Ética; o inciso III apresenta causa objetiva por carência de assiduidade; o inciso IV remete ao conteúdo do artigo 15 já analisado, isto é, perda ou suspensão dos direitos políticos; o inciso V trata da decretação da perda do mandato na Justiça Eleitoral, a qual apenas consta um caso explícito na CRFB/88 que é o de impugnação (artigo 14, §10º), por último porém mais importante, o inciso VI menciona a condenação criminal transitada em julgado.

Impende distinguir, por oportuno, com fulcro no dispositivo constitucional supra transcrito, a extinção (parágrafo 3º) e a cassação (parágrafo 2º) do mandato parlamentar.

Cassação é a sanção da perda de mandato decretada pela Casa legislativa após deliberação de seus membros, por decisão de natureza constitutiva; enquanto a extinção do



mandato decorre de fato ou ato que torne automaticamente inexistente a investidura eletiva, tal como a morte, a renúncia, sendo, pois, a decisão da Casa legislativa meramente declaratória.

As hipóteses de cada uma são literais nos respectivos dispositivos, despidendo pormenorizar cada qual senão a perda ou suspensão dos direitos políticos, caso de extinção, e a condenação penal transitada em julgado, a qual permite a cassação, visto que de tal dicotomia emana o aparente conflito de normas constitucionais abordado na sequência.

4. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO E O MANDATO ELETIVO

A priori, a fim de proporcionar uma visão mais crítica sobre a presente problemática, convém apresentar uma breve evolução histórica da mesma nas últimas constituições federais.

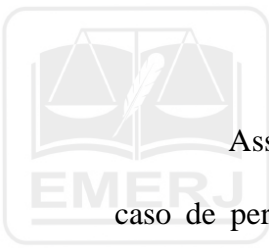
Na Constituição de 1946¹⁹, não se tratava do perecimento do mandato eletivo de senadores ou deputados por perda ou suspensão de direitos políticos, tampouco por condenação criminal, tão somente já atribuía aqueles direitos como condição de elegibilidade.

Ato contínuo, na Constituição de 1967²⁰, surgiu o perecimento do mandato legislativo, porém, não pela suspensão, mas apenas pela perda dos direitos políticos, na qual não se enquadrava a condenação criminal. Já com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 1969²¹, foi inserida como hipótese de perda do mandato também a suspensão dos direitos políticos, nessa contida a condenação criminal.

¹⁹BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Artigos 38, parágrafo único, e 135, §1º, II. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2015.

²⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Artigos 37, IV, e 144, I. 'b'. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2015.

²¹BRASIL. Emenda Constitucional n. 1 de 1969. Artigos 35, IV, e 149, §2º, 'c'. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2015.



Assim como na carta vigente, na Constituição de 1967 e sua posterior emenda, no caso de perda e/ou suspensão dos direitos políticos, nesta, frise-se, contida a condenação judicial, a perda do mandato apenas é declarada pela respectiva Casa legislativa, ou seja, trata-se de extinção do mandato eletivo.

Na ordem constitucional contemporânea, todavia, o constituinte originário, no que tange à perda do mandato eletivo de deputados e senadores, como visto, optou por desvincular a condenação criminal da suspensão dos direitos políticos, sendo aquela, hipótese autônoma de perda do mandato, não mais como extinção, mas como cassação.

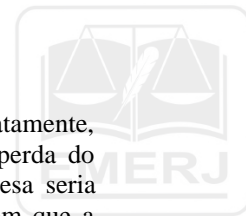
Porém, tal conclusão não é peremptória. O inciso VI do referido dispositivo não foi inserido no então projeto constituinte até o Anteprojeto da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo, momento no qual sequer especificava-se tratar de cassação ou extinção do mandato.

Em um primeiro momento, a Comissão de Sistematização entendeu por acoplar a hipótese ao §3º, conseqüentemente, seria a perda de mandato em razão de condenação criminal automática, sendo apenas declarada pelas Mesas das Casas.

No segundo momento, após submissão do projeto à votação no plenário em 1º turno, este foi alterado, para relacionar o inciso VI ao §2º. A *ratio* do constituinte era impedir que condenações criminais culposas, como em acidentes de trânsito, ou delitos de bagatela ou punidos com penas alternativas pudessem determinar a perda do mandato advindo da soberania, o que resta evidente a partir da fala do então constituinte Nelson Jobim²²:

O SR. NELSON JOBIM (PMDB – RS. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, Srs. Constituintes, o texto do projeto, no seu art. 66, enumera as hipóteses de perda de mandato de Deputado ou Senador, (...) Propõe a emenda do eminente Constituinte Antero de Barros, destacada pelo nobre Constituinte Fernando Lyra, que, na hipótese de condenação em ação criminal ou em ação popular, o ato seja da competência do Plenário e não da Mesa da respectiva Casa. Por quê? Porque o ato da Mesa é meramente declaratório da sentença judicial que implique perda de mandato. Neste caso, teríamos a seguinte hipótese absurda: um Deputado ou um

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n. 470. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=470&classe=AP-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015..



Senador que viesse a ser condenado por acidente de trânsito teria imediatamente, como consequência da condenação, a perda do seu mandato, porque a perda do mandato é pena acessória à condenação criminal. Portanto, o ato da Mesa seria meramente declaratório. Visa a emenda a repor este equívoco e fazer com que a competência para a perda do mandato, na hipótese de condenação em ação criminal ou em ação popular, seja do Plenário da Câmara ou do Senado, e não de competência da Mesa. (...) Portanto, faço um apelo aos Srs. Constituintes para que corrijam este equívoco, a fim de que, nas hipóteses de condenação em ação criminal ou em ação popular, a perda do mandato seja uma decisão soberana do Plenário da Câmara ou do Plenário do Senado. Este é o sentido do encaminhamento, Sr. Relator. Espero que abrace em seu parecer esta emenda.

Indubitável, pois, que, como já explicitado alhures, a CRFB/88 trouxe a tendência de sobreposição do Poder Legislativo na sistemática dos freios e contrapesos inerentes à separação dos poderes, aqui, sobre o Poder Judiciário.

Ora, como cediço, o ordenamento jurídico pátrio não admite a teoria de Otto Bachof²³, pela qual é possível a existência de uma norma resultante do Poder Constituinte Originário ser inconstitucional por confrontar com outra de igual caráter; por conseguinte, imperioso interpretar as normas de modo que não mais subsista tal conflito, com embasamento no Princípio da Unidade da Constituição.

Com o provável intuito de compatibilizar as normas, o legislador infraconstitucional incorporou ao Código Penal o artigo 92, inciso I, em 1996, pelo qual o parlamentar que praticasse as condutas típicas de maior resposta penal, deveria perder seu mandato eletivo por efeito secundário da sentença penal transitada em julgado²⁴. Salutar transcrever o teor da norma do diploma penal:

Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

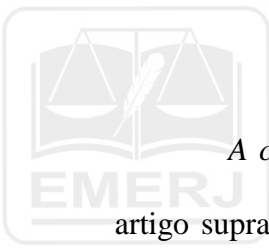
I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

²³BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 39-45.

²⁴GOMES, Luiz Flávio. *A polêmica da perda do mandato é por excesso de regras*. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-03/luiz-flavio-gomes-polemica-perda-mandado-excesso-regras>>. Acesso em: 07 mar. 2015.



A *contrario sensu*, as condenações por delitos de pena branda, não enquadradas no artigo supra, são contidas no inciso VI do artigo 55, isto é, tão somente a Casa Legislativa decidirá pela suspensão do direito político e pela perda do mandato do parlamentar.

A aparente antinomia entre as disposições constitucionais, sob a ótica histórica, parece simplória, entretanto, a celeuma é recalcitrante, constantemente em voga, tendo em vista a época de intenso atrito entre os poderes da República.

Nesse diapasão, como resolver o embate entre os artigos 15, III, c/c 55, IV e §3º e o artigo 55, VI e §2º, da Carta Magna? Na esteira dessa discussão, forçoso trazer à baila os posicionamentos mais recentes da Corte guardiã da CRFB/88, o Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional competente para julgar os deputados federais e senadores, nos termos do artigo 53, §1º, daquela.

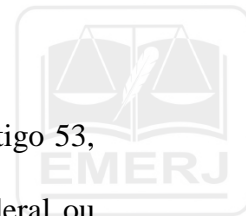
Em um primeiro momento, o Pretório Excelso, no RE n. 179.502²⁵, entendeu pela aplicação do artigo 55, VI, da CRFB/88, com prevalência do Princípio da Especialidade e da Soberania Popular. Ressalte-se, porém, que, no caso concreto, a condenação foi à pena inferior a 1 ano, por crime eleitoral, sendo o apenado vereador, além disso, anterior à alteração do artigo 92, I, do Código Penal.

Após o julgado retro, salvo melhor juízo, o primeiro a tratar da presente discussão, o STF enfrentou a AP. n. 470²⁶, a qual gerou o furor social e jurídico a alancar as tratativas acerca da presente celeuma.

Na aludida ação, diante de inegável clamor popular, o Corte alterou a posição ao empregar interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, com aplicação do artigo 55, IV, da Carta Magna aliado ao artigo 92, I, do diploma penal, extinguindo, de pronto, os mandatos dos parlamentares envolvidos.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 179.502. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224548>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n. 470. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=470&classe=AP-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.



A propósito, o aresto trouxe outro pertinente argumento para tal posição: o artigo 53, §3º, da CRFB/88 preceitua que, até decisão final, a ação penal contra deputado federal ou senador poderá ser sustada por decisão de seus pares – outro “freio” conferido aos agentes políticos do Poder Legislativo; porquanto, concluiu-se que, se não sustada a ação até a decisão final, os parlamentares tacitamente aceitam que a situação de seu semelhante seja amplamente determinada pelo Poder Judiciário.

Não muito tempo após a referida *decisium*, todavia, após alteração de sua composição, o STF, na AP. n. 565²⁷, em questão bastante semelhante à anterior, apresentou posicionamento distinto, qual seja, novamente reconhecer a especialidade do artigo 55, VI, conseqüentemente sujeitando a decisão da perda do mandato à deliberação parlamentar.

Nesse diapasão, percebe-se que a aparente antinomia resulta do reconhecimento ou não da especialidade entre as normas, bem como da hierarquia existente entre a disposição constitucional e a norma penal infraconstitucional²⁸.

No cenário mais recente, o Pretório Excelso foi instado novamente a se manifestar sobre a matéria, desta vez pelo MS. n. 32.326²⁹, e, em liminar, o relator Ministro Roberto Barroso, em que pese ratificar o entendimento retro, ressaltou ao Estado-Juiz a possibilidade de extinguir desde logo o mandato parlamentar se a condenação for no regime fechado e a previsão de progressão de regime ou cumprimento de 1/6 da pena (artigo 37, da LEP), no caso de crime hediondo “pós-2007”, for extemporânea ao término do mandato.

Supedâneo ao transcrito alhures, vislumbra-se que a celeuma está longe de ser pacificada no Supremo, assim como na doutrina, repousando, por ora, a resolução deste

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n. 565. Relator Ministro Carmen Lucia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=565&classe=AP&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

²⁸MORAES, Alexandre. Condenação Criminal e Suspensão dos Direito Políticos. Disponível em: <<http://webserver.mp.ac.gov.br/wp-content/files/Condenacao-Criminal-e-Suspensao-dos-Direitos-Politicos.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2013.).

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 32.326. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4456613>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.



aparente conflito entre as normas constitucionais, ao alvedrio da interpretação pessoal de cada doutrinador, jurista, ministro e cidadão.

CONCLUSÃO

Como visto no decorrer do presente trabalho, o Poder Legislativo foi brindado com uma larga gama de atribuições na CRFB/88, talvez pelo histórico antecedente à realidade daquela época, com a tentativa, alias, de implemento do Parlamentarismo, o qual, não obstante frustrada, deixara resquícios.

Em contrapartida, é notória a crise de representatividade que perpassa o ente legiferante, seja por sua ineficácia, seja pelo recalcitrante envolvimento de seus membros em escândalos e corrupção e afins.

Ato contínuo, é indubitável, do mesmo modo, o constante atrito desse poder com os demais, mormente com o Poder Executivo, principalmente por dicotomia de interesse e, inclusive, partidária.

Um exemplo recente do ante exposto é a apelidada “PEC da Bengala”, a qual resultou na Emenda Constitucional nº 88, de 2015, que, por sua vez, alterou os artigos 40, §1º, II, da CRFB/88 e o 100, do ADCT, alterando a idade de aposentadoria compulsória para 75 anos. Na realidade, é possível extrair, perante as peculiaridades casuísticas, que a intenção dos parlamentares é impedir a aposentadoria de Ministros do Supremo Tribunal Federal que estavam no limiar e, por conseguinte, evitar que a atual Presidente, no 2º mandato, indique os sucessores, talvez tendo em vista que muitos de seus partidários estarão sujeitos ao julgamento daquele órgão futuramente, diante do famigerado escândalo da Petrobrás que assola a sociedade.

Nesse diapasão, no que tange ao âmago da problemática, é possível aguardar novas posições do Pretório Excelso ou a afirmação da atual, acerca da perda do mandato dos deputados federais e senadores.

Não há como olvidar que, ao deixar a decisão a cargo da Casa legislativa, esta é tomada sem critério balizador, a motivação do voto é de foro íntimo, o que vilipendia a todo trâmite processual e a árdua movimentação da máquina judiciária para a conclusão de um julgamento que, ao fim, tem sujeita a sua eficácia à mera deliberação política apócrifa e infundamentada.

Ademais, o entendimento peremptório de que a condenação judicial transitada em julgado é causa de cassação do mandato, dependente de aprovação da Casa legislativa respectiva, permite o absurdo de existir um parlamentar preso e inelegível, porém, em exercício.

Mister salientar, por oportuno, que, ao menos, o voto dos parlamentares no presente caso não é mais secreto, expurgado recentemente através da Emenda Constitucional nº 76, de 2013, a qual alterou o artigo 55, §2º.

Por derradeiro, impende trazer à baila as tentativas de o próprio Poder Legislativo sanar tal celeuma, dentre outras: as Propostas de Emenda à Constituição nº 18 e 313, ambas de 2013, advindas do Senado Federal e de igual teor. Buscam a alteração do artigo 55 para tornar automática a perda do mandato em decorrência de reconhecimento de improbidade administrativa e condenação por crime contra a Administração Pública; estão, contudo, paradas desde 2013.

Portanto, a despeito da boa intenção dos legisladores, esta se limitou à época das fatídicas manifestações populares que tomaram o país, esvaindo-se juntamente com o clamor social e restando, como de costume, ao Poder Judiciário, provavelmente por sua legitimação contramajoritária, agir na insistente desídia dos demais.



REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 23.652. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=23652&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 79.441. Relator Ministro Octavio Gallotti. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=79441&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 179.502. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224548>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 32.326. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4456613>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 21.623. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=21623&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n. 565. Relator Ministro Carmen Lucia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=565&classe=AP&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 80.511. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=80.511&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Artigos 37, IV, e 144, I, 'b'. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 1 de 1969. Artigos 35, IV, e 149, §2º, 'c'. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 8176/8179, 2013.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Brasília/DF. Ano II – nº 306. Ata da 340ª Sessão, 22 de set. de 1988, p. 260. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *A polêmica da perda do mandato é por excesso de regras*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-03/luiz-flavio-gomes-polemica-perda-mandado-excesso-regras>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

MORAES, Alexandre. *Condenação Criminal e Suspensão dos Direitos Políticos*. Disponível em: <<http://webserver.mp.ac.gov.br/wp-content/files/Condenacao-Criminal-e-Suspensao-dos-Direitos-Politicos.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, nº 103/13. Brasília: Senado, 1989.

MOTA, Pedro Vieira. Introdução. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

WERNECK VIANNA, Luiz. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



MULTIPARENTALIDADE: NOVO DESAFIO PARA O DIREITO DAS FAMÍLIAS

Rafaela Sermenho Dias da Cruz

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Advogada. Pós-graduanda Lato Sensu pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O Direito das Famílias é um dos ramos da ciência do Direito que mais constantemente exige do seu operador a observação das relações interpessoais, de modo a atendê-las e legitimá-las. Nesse aspecto, insere-se o instituto da Multiparentalidade, fruto do meio social e que, cada vez mais, tem reconhecida a sua importância tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Diante das polêmicas suscitadas pelo referido instituto, diametralmente oposto à concepção tradicional da família, a essência do trabalho é esclarecer acerca da possibilidade de sua aplicação, as hipóteses de cabimento e quais efeitos gerados com o seu reconhecimento.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito das Famílias. Filiação Socioafetiva. Multiparentalidade. Hipóteses de Cabimento. Efeitos.

Sumário: Introdução. 1. A suposta igualdade entre as formas de filiação. 2. A multiparentalidade. 3. Efeitos da multiparentalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito das Famílias é um dos ramos jurídicos que apresenta os mais intensos debates sociais, em virtude de envolver não apenas sujeitos de direito, mas também sentimentos, paixões, frustrações, decepções e angústias, inerentes a quaisquer relações pessoais e íntimas entre os indivíduos.

Este campo do Direito pretende regular a esfera mais íntima e individual das pessoas, de modo que, com muito mais razão, nesta esfera é necessária a atenção e sensibilidade do jurista, de modo a não julgar ou deslegitimar estruturas familiares já consagradas no seio social.



Nesse contexto, o instituto da multiparentalidade surge como uma nova estrutura familiar, que consagra, em última análise, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB). Nessa esteira, surge a necessidade do ordenamento jurídico regulamentar essas novas formas familiares, consagrando os laços afetivos e biológicos que envolvem as pessoas, em detrimento do preconceito social.

Apesar do desenvolvimento do fenômeno da multiparentalidade, como reflexo das novas estruturas sociais que compõem a instituição secular da família, este, ainda, encontra inúmeros obstáculos para a sua concretização e regulamentação pelo Direito.

Assim, por meio de metodologia bibliográfica e descritiva, objetivar-se-á com o presente trabalho discutir as novas estruturas familiares que se formam no seio da sociedade e o processo de legitimização destas pelo Direito pátrio, bem como os seus efeitos.

É notório que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil pugna pela igualdade entre as diversas espécies de filiação, mas até que ponto isso se verifica diante da sistemática prevalência por apenas uma delas nas decisões judiciais?

Para alterar tal cenário, é necessário demonstrar que a igualdade entre as diversas espécies de filiação não é alcançada, como se tem visto até então, com a legitimação de apenas uma delas, com a inclusão na certidão de nascimento dos pais biológicos ou socioafetivos, em detrimento da outra que, por vezes, é esquecida pelo Direito.

Da mesma forma, importante comprovar que o fenômeno da multiparentalidade merece amparo do ordenamento jurídico brasileiro, sendo, em verdade, meio necessário para se efetivar princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a proteção integral a criança e o adolescente, além da apregoada igualdade entre as diversas espécies de parentalidade, estabelecida com o advento da



Constituição Federal de 1988.

Admitindo-se o reconhecimento da multiparentalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, deve-se defender a ampla aplicação de todos os efeitos decorrentes da filiação à multiparentalidade (direito a visitação, efeitos previdenciários, sucessórios), consagrando a inexistência de diferenciação entre as diversas espécies de filiação.

Assim, necessário se faz a discussão do instituto da multiparentalidade no âmbito jurídico, principalmente, na atribuição de seus efeitos, para que o Direito exerça a sua função precípua, qual seja, a regulamentação da vida social.

1. A SUPOSTA IGUALDADE ENTRE AS FORMAS DE FILIAÇÃO

Segundo o Minidicionário Luft¹ o termo filiação significa a “relação de parentesco entre os pais e seus filhos”. O vínculo mencionado no referido conceito é essencial ao amplo desenvolvimento psicológico, emocional e social dos sujeitos envolvidos na dita relação filial e pode ser constituído de diversas origens, tais como, jurídica, biológica e socioafetiva.

O conceito de filiação evoluiu ao longo da história da humanidade, sendo que a condição de pai e mãe apresentam significações diversas de acordo com o momento histórico, social e religioso a ser observado.

No direito romano, por exemplo, adotava-se a ideia segundo a qual a filiação biológica era completamente desconsiderada, ou seja, o *pater*, como chefe de família, tinha total liberdade para designar pelo gesto ou pela palavra quem seria considerado seu filho, podendo, inclusive, não reconhecer a criança nascida de sua esposa legítima e concebida por seus atos ou legitimar qualquer estranho como sua prole².

¹ LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft*. 15 ed. São Paulo: Ática, 1998, p. 329.

² NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011. P. 36-37.



O Direito Canônico³, por sua vez, apesar de não abolir a paternidade adotiva, inseriu no ideário popular o primado da paternidade biológica. Segundo os ditames do cristianismo, a paternidade não decorre apenas da vontade de um homem, como no direito romano, mas sim da vontade de Deus, poder espiritual que transcende a carne, que criou Adão para gerar descendentes. Dessa forma, só seria declarado pai aquele que se submete ao casamento, sem o qual nenhuma família se constitui.

No mesmo sentido, verificamos as disposições mosaicas, segundo as quais o importante nas relações familiares é "multiplicar a descendência", não fazendo qualquer menção a afetividade.

Além destas, a filiação jurídica ou presunção de paternidade é, ainda, amplamente adotada no atual Código Civil, denotando que o legislador, assim como já fizera em diplomas legislativos anteriores, privilegia a dita paternidade jurídica à verdade biológica ou à verdade socioafetiva. Tal presunção jurídica advém do pensamento segundo o qual a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos, ideário, inclusive, espelhado no brocado latino: *pater is est quem nuptiae demonstrant*^{4 5}.

Seguindo tal entendimento, Luís Paulo Cotrim Guimarães⁶ avalia que enquanto a ciência biológica indica que é pai aquele responsável pelo ato de fecundação que culmina com o nascimento de uma criança, para a ciência jurídica a paternidade estaria calcada na *moral familiar*. Ou seja, segundo tal entendimento pai é o marido da genitora, não fazendo a mínima importância, no caso de paternidade presumida, a ascendência biológica ou as ligações afetivas entre as partes.

³ Ibid., p. 49-55.

⁴ WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁵ Em tradução livre: pai é aquele que as núpcias demonstram.

⁶ COTRIM GUIMARÃES, Luís Paulo. A presunção da paternidade. p. 366. IN: Dias, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.



Diante da elevação do princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, a Constituição Brasileira de 1988 pretendeu equiparar os diversos critérios de filiação existentes e no artigo 227, § 6º da proibiu o tratamento diferenciado entre os filhos biológicos, afetivos ou frutos de presunção jurídica.

Segundo a Constituição Federal, todos os vínculos filiais são protegidos e válidos como meios de constituição da família, base da sociedade, sendo vedada qualquer forma de diferenciação entre as mais diversas espécies de filiação.

Se o ordenamento jurídico brasileiro além de reconhecer diversas espécies de filiação, afirma que a estas são assegurados os mesmos direitos e deveres, de que modo justificar a resistência do Judiciário em reconhecer ambas as filiações de forma formal?

Em que pese a relevante ponderação acima mencionada, tal igualdade entre as filiações propagada pela Carta da República não é consubstanciada no cotidiano forense, na maioria dos casos.

Não há mais dúvidas acerca da legitimidade e importância da filiação socioafetiva, bem como da filiação biológica na construção da personalidade e desenvolvimento dos indivíduos.

Apesar disso, pautando-se no fato da dignidade da pessoa humana, objetivo da paternidade socioafetiva, ter sido erigida à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, a doutrina e a jurisprudência⁷, de forma majoritária, vem se

⁷ AÇÃO ANULATÓRIA DE PATERNIDADE. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE VONTADE NA PERFILHAÇÃO. RECEM-NASCIDO TRAZIDO DE OUTRO ESTADO PARA SER CRIADO POR CASAL. EVIDÊNCIAS DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA". PATERNIDADE REGISTRAL CONTESTADA. AUSÊNCIA DE PROVAS. FILIAÇÃO SOCIAFETIVA QUE SE EXTRAÍ DO PRÓPRIO ATO DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA". Versa a demanda sobre suposta falsidade de registro de nascimento, pretendendo-se a anulação de registro civil do réu, excluindo-se a paternidade nele constante. Aduz o autor, que o réu (seu suposto irmão) não é filho biológico do pai registral. No curso da demanda, ante as evidências dos autos, aventou-se a possibilidade da existência de "adoção à brasileira" do réu, quando este ainda era recém-nascido, por seus pais registraes. Depreende-se da narrativa dos fatos que um casal retornou de uma viagem com uma criança recém-nascida (réu). Considerando essa estória como verdadeira, a única conclusão possível é que a vontade que emanou do ato do casal foi a de criar o



manifestando pela predominância desta em face da paternidade biológica, baseada em vínculos sanguíneos.

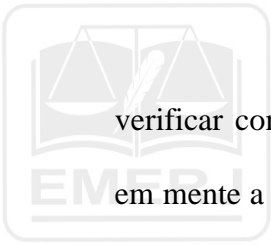
Tal postura adotada pelo Poder Judiciário reflete uma conduta extremamente formalista, em dissonância com o propugnado pela doutrina no que tange ao Direito das Família.

Segundo Maria Berenice Dias, o acasalamento e a vida em comum são fatos inerentes à condição humana, seja pelo instinto de perpetuação da espécie, seja pelo medo da solidão, de modo que a família e a sua estruturação são construções culturais que refletem os anseios e necessidades humanas de certo período histórico.

Assim, a postura adotada pela jurisprudência brasileira em admitir o reconhecimento de apenas uma das espécies de filiação com inclusão dos pais biológicos ou sociosafetivos na certidão de nascimento de seus filhos, mas, raramente, de ambos, não reflete os anseios e estruturas sociais dominantes.

Atualmente, não há um único modelo de estrutura familiar, na qual o Judiciário possa se pautar para assegurar a filiação nos casos sujeitos a sua análise, devendo o juiz

recém-nascido como um filho. Desse modo, as provas dos autos indicam que o réu foi perfilhado voluntariamente pelo seu pai registral. Convém ressaltar que o art.227, §6º da CFRB/88 proíbe qualquer distinção entre filhos naturais e adotados. Apenas o que importa é o vínculo afetivo. Certo é que, a teor do art. 1604 do Código Civil: Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. A prova dos autos não evidencia qualquer vício de vontade do pai registral. Pontue-se que adotar uma criança fora das prescrições legais não anula, por si só, a paternidade registral. Ressalte-se que, se o pai registral procedeu voluntariamente ao registro, caracteriza-se a adoção, ato de vontade que é irrevogável, à luz do que dispõe o art.39, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pontue-se, ainda, que o autor requereu prova pericial consistente no exame de DNA do réu com a mãe registral deste. As partes foram pessoalmente intimadas para o ato, mas não compareceram à perícia. Nesse ponto cabe a aplicação das presunções legais trazidas pelo art. 232 do Código Civil e pela Súmula 301 do STJ, afastando-se a paternidade biológica. No entanto, tal exame serve apenas para trazer a verdade a respeito da paternidade biológica, fato que atualmente não é suficiente para a anulação do registro de nascimento (art. 1604 do Código Civil). A atual jurisprudência e doutrina admitem a prevalência da paternidade socioafetiva em relação à paternidade biológica. Precedentes do Eg. STJ (REsp 1259460/SP e REsp 1189663/RS). Infere-se dos autos que, ainda que aceita a tese autoral, o que se denota é, apenas, uma adoção à revelia da lei, cuja presunção de filiação perdurou ao longo de todos esses anos, havendo uma relação familiar já estabilizada ao longo do tempo, não importando se o pai registral faleceu. Tal relação não se desconstitui por mera dúvida acerca da paternidade registral oriunda de outro filho biológico, 17 anos após a morte de seu pai, tal como se tem nestes autos. DESPROVIMENTO DO RECURSO. **0022975-38.2005.8.19.0001** – APELACAO DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 02/09/2014 - NONA CAMARA CIVEL



verificar com parcimônia qual medida atende os anseios das partes envolvidas, tendo em mente a sua função institucional, qual seja, a pacificação dos litígios e não a criação de novos conflitos.

Ademais, admitir o reconhecimento formal das filiações socioafetiva e biológica representa, em última medida, consubstanciar a igualdade e a não discriminação tal como postas na Constituição Federal.

2. A MULTIPARENTALIDADE

O fenômeno da multiparentalidade consiste em uma pluralidade de relações parentais. Ou seja, trata-se da possibilidade de uma pessoa ter mais de um vínculo filial, seja materno ou paterno, de forma simultânea e produzindo todos os efeitos jurídicos atinentes a essa posição jurídica.

Apresenta intrínseca relação com a denominada família recomposta, formada por homens e mulheres com filhos de relacionamentos anteriores que passam a se relacionar, seja mediante a celebração de casamento ou pela união estável.

A esse respeito, importante trazer as palavras de Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel⁸:

[...] O crescente aumento da quantidade de pessoas sozinhas, viúvas, divorciadas e de crianças nascidas fora do casamento ou da união estável dos pais vem alterando a composição da família tradicional nuclear, antes formada pelos genitores casados e sua prole. Com a ampliação dos divórcios e a reconstrução quase sempre ocorrente de novos relacionamentos amorosos dos pais descasados é comum encontrar, no dia-a-dia das varas de família e de infância e juventude, diversos tipos de arranjos familiares, nos quais a presença do padrasto, da madrasta e dos enteados deve ser meticulosamente considerada por constituir um personagem novo com função suplementar e, por vezes, substitutiva de um dos genitores, formando famílias plurais ou mosaicos.

Dessa forma, não há como negar a importância do ordenamento jurídico se adequar e passar a tutelar a nova realidade social atinente às estruturas familiares.

⁸ MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. (coord.) *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71-72.

Durante muito tempo, discutiu-se qual das espécies de filiação deveriam preponderar: socioafetiva ou biológica? Tal indagação se mostra superada pela sua própria formulação. Não é mais concebível se discutir a prevalência de uma das filiações em detrimento da outra, devendo-se, em verdade, investigar a possibilidade de cumulação de ambas como forma de concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A criança e o adolescente como indivíduos em condição peculiar de desenvolvimento necessitam de uma série de cuidados, os quais, muitas vezes, não conseguem ser supridos pela estrutura tradicional familiar, pais biológicos ou afetivos, apenas.

Todos têm direito a conhecer a sua origem biológica e o princípio da paternidade responsável importa na necessária atribuição dos efeitos desta filiação. Da mesma forma, não há o que se falar em desenvolvimento pleno e saudável da criança e do adolescente sem receber a atenção e carinhos necessários à construção de uma personalidade sem traumas.

Assim, verifica-se que as filiações biológica e socioafetiva se complementam, sendo ambas necessárias ao pleno desenvolvimento da criança. Muitas vezes, esses atributos se encontram reunidos em uma mesma figura, seja na família biológica ou socioafetiva.

Contudo, quando isso não ocorre a criança e o adolescente são prejudicados diante de possível cerceamento das relações de afeto e da imposição de se enquadrar nos sistemas tradicionais familiares.

Imaginem o seguinte exemplo: pai e mãe biológicos tem dois filhos, quando a genitora desses é acometida por uma doença grave, vindo a falecer quando as crianças tinham apenas dois anos e 5 meses de idade, respectivamente. O pai se vê desolado,



tendo que sozinho sustentar, educar e dar afeto a duas crianças na mais tenra idade.

Nessa situação, esse pai começa a se relacionar com uma mulher e acaba casando ou vivendo em união estável poucos meses depois, advindo desse relacionamento o nascimento de uma outra criança.

Esses três irmãos serão criados de forma igualitária por essa mulher, sendo, até mesmo, chamada de mãe pelos dois primogênitos, apesar da filiação biológica. Ela consubstanciará a referência materna para essas crianças órfãs, mesmo que seja mantido o relacionamento com os parentes da genitora biológica.

Seguindo tal entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu tanto a maternidade biológica quanto a socioafetiva em caso análogo à situação ilustrativa narrada⁹.

A multiparentalidade visa a, justamente, assegurar que essas crianças tenham inserido em suas certidões de nascimento o nome daquela que elas reconhecem como mãe, que as criou, sem que isso importe na retirada da filiação de sua genitora biológica ou na perda dos vínculos com os parentes desta.

Da mesma forma, observa-se a importância do instituto da multiparentalidade nos casos de separações em que o novo companheiro da mãe ou do pai biológicos assume verdadeira função paterno-filial perante aquela criança, fruto do relacionamento desfeito.

Importa salientar que o reconhecimento da multiparentalidade não exige que o pai ou mãe, não guardiões, sejam ausentes ou falecidos e nem mesmo que tenham abandonado ou não convivam com seus filhos. Muito pelo contrário, no reconhecimento conjunto da filiação biológica e socioafetiva, temos ambas as figuras presentes e

⁹Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 00642-26.201.8.26.0286,. Disponível em : <http://www.flaviotartuce.adv.br/jurisprudencias/201208162006190.tjsp_multiparent.PDF>. Acesso em: 14 mar. 2015.



participando ativamente na educação, sustento e formação da personalidade da criança ou do adolescente sob a sua responsabilidade.

Nesse sentido, a legitimação do novo vínculo criado não importaria na destituição do poder familiar de algum dos genitores biológicos, nem mesmo na realização da adoção unilateral, de modo que a criança e o adolescente apenas se beneficiariam do afeto, carinho, direitos sucessórios, alimentares e de convivência, conferidos pelos adultos envolvidos.

Evita-se, assim, que a criança passe por situações constrangedoras como ter que escolher quem será o seu pai, confrontando-se com duas figuras (pai biológico e padrasto, por exemplo), as quais lhe conferem carinho e afeto, e que exercem, efetivamente, o poder familiar.

Nesse sentido, no processo de adoção nº 0038958-54.2012.8.16.0021 em trâmite perante a Justiça Estadual do Paraná – Comarca de Cascavel¹⁰, o magistrado Sérgio Luiz Kreuz reconheceu em sua sentença o indescritível momento de alívio e de felicidade, tanto do adotando, como do genitor, da genitora e do próprio padrasto quando o Ministério Público apresentou uma solução alternativa ao pedido de adoção, qual seja, o reconhecimento da filiação socioafetiva, sem a exclusão da paternidade biológica.

Dessa forma, a multiparentalidade foi a solução para o referido caso, de modo que ambos os pais continuassem a exercer o poder familiar perante o adolescente, sem que esse seja privado da convivência de algum deles ou que fosse exposto ao sofrimento de ter que escolher qual a partir daquele momento seria seu pai perante a lei.

A multiparentalidade assegura uma série de princípios constitucionalmente previstos como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, relacionado ao

¹⁰Brasil. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo nº 0038958-54.2012.8.16.0021. Disponível em : <http://www.flaviotartuce.adv.br/jurisprudencias/201302281223270.multiparent_sentpr.PDF>. Acesso em: 14 mar. 2015.



sentimento individual de “ser pai” e de “ser filho”; princípio do pluralismo das entidades familiares, reconhecendo a existência de várias formas de constituições de famílias legítimas que merecem a guarita do Estado; princípio da proibição do retrocesso social, no que tange ao reconhecimento dos direitos das famílias; princípio da afetividade, como norteador da criação das instituições familiares e; princípio do interesse superior da criança e do adolescente.

Assim, inadmitir o reconhecimento da multiparentalidade é estar em dissonância com a realidade social que permeia a vida de milhares de crianças e adolescentes, além de afrontar uma série de direitos constitucionais que lhe são assegurados.

Tratar-se-ia de nítido retrocesso social, indo de encontro às normas principiológicas aplicáveis ao âmbito do Direito das Famílias, em que se pretende legitimar e proteger qualquer forma de estrutura familiar, evitando-se a marginalização e preconceito destas.

Conforme salienta Flávio Tartuce¹¹, a multiparentalidade é um caminho sem volta na modernização do direito de família e representa uma consolidação da afetividade como princípio jurídico em nosso sistema.

3. EFEITOS DA MULTIPARENTALIDADE

Apesar de a Lei 11.924/2009 ter permitido que o enteado ou enteada adotem o nome de família do padrasto ou da madrasta (art. 57, § 2º da Lei 6.015/73) em seu registro de nascimento, isso não se confunde com o instituto da multiparentalidade, que é bem mais amplo, conferindo uma série de direitos não abarcados pela primeira hipótese, os quais serão melhor estudados a seguir.

Inicialmente, cumpre salientar que apesar da multiparentalidade não se

¹¹TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

restringir apenas a inclusão do nome patronímico tantos dos genitores biológicos quanto dos socioafetivos na certidão de nascimento da criança, esse é o primeiro efeito decorrente da legitimação das famílias plurais.

Assim, diante do reconhecimento judicial da multiparentalidade, a sentença será encaminhada para o Registro Civil para fins de inclusão dos nomes dos ascendentes socioafetivos, tanto de primeiro grau quanto de segundo grau, no registro de nascimento da criança, sem a exclusão dos nomes dos pais e avós biológicos.

Além disso, e tendo em vista o histórico interesse patrimonial que sempre circundou as relações familiares, não restam dúvidas sobre a conseqüente alteração da ordem sucessória diante do reconhecimento da pluralidade de genitores.

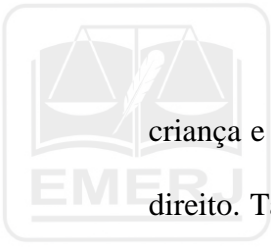
Segundo preconiza o art. 227, § 6º da Constituição Federal¹², não se admitem quaisquer distinções ou discriminações em relação aos filhos oriundos das mais diversas origens quanto aos direitos relativos à filiação. Dessa forma, independentemente da causa que originou a relação paterno-filial, sejam vínculos biológicos ou socioafetivos, a todos os componentes da prole do *de cuius* são assegurados os mesmos direitos sucessórios, nos moldes do preconizado pelo art. 1.829, inciso I do Código Civil.

Da mesma forma, no caso do óbito do filho, todos os pais, independentemente de suas origens, e diante da pluralidade de linhas de ascendentes, assumem a condição de herdeiros necessários concorrendo, com eventual, cônjuge sobrevivente em relação aos bens deixados pelo falecido (art. 1.829, inciso II do Código Civil).

Outro importante efeito acerca da aplicação da multiparentalidade é a atribuição conjunta do poder familiar a todos os pais, sejam biológicos ou afetivos.

Diante da alteração de paradigmas advindos da edição da Constituição Federal de 1988, do Estatuto de Criança e do Adolescente em 1990 e do Código Civil de 2002, a

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.



criança e o filho deixaram de ser objeto de direito, para serem considerados sujeitos de direito. Tal modificação basilar influenciou diretamente no instituto, ora denominado, poder familiar e que, anteriormente, era conhecido como pátrio poder, remontando a prevalência da figura masculina nas relações familiares.

O poder familiar consiste, basicamente, no direito-dever ou poder-função¹³ exercido pelos genitores em prol e nos interesses dos seus filhos. Trata-se de atribuição irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, pela qual todos aqueles que constarem como pais daquela criança serão responsáveis até que esta complete dezoito anos ou até que se promova a sua emancipação.

Refere-se ao dever de coordenar a educação formal, moral e religiosa do menor, direito de tê-lo em sua companhia, de representá-lo ou assisti-lo nos atos da vida civil, bem como no dever de prestar toda a assistência emocional e psicológica necessária para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

Não há dúvidas de que caso haja diálogo e um bom relacionamento entre os diversos responsáveis por aquela criança, o poder familiar será exercido de forma plena e conjunta. Com isso, promover-se-á o atendimento integral de todas as necessidades do menor, que crescerá em um ambiente harmonioso, recebendo carinho, amor e atenção de todos os envolvidos. Em última análise, atende-se, assim, ao princípio do interesse superior da criança e do adolescente.

Importa salientar que se aplica, igualmente, as famílias multiparentais a Lei nº 13.058/2014 que alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), estabelece a guarda compartilhada como preferência legal.

¹³ BERENICE DIAS, Maria. *Manual de Direito das Famílias*. 8 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 424-425.



Assim, não há qualquer impedimento para que a guarda da criança seja compartilhada, por exemplo, com quatro responsáveis (mãe biológica e socioafetiva e pai biológico e socioafetivo), como forma de melhor atender as suas necessidades e anseios. Ressalta-se, apenas, a necessidade do bom relacionamento, consenso e diálogo entre os envolvidos, sob pena da medida ser mais prejudicial ao menor do que benéfica, o que, em momento algum, era o objetivo do legislador.

Como exercício do poder familiar, deve, ainda, ser assegurado o direito de visitação, como forma de assegurar a perpetuação dos laços afetivos já consagrados. Sendo a guarda exercida, apenas, por um dos ascendentes, todos os demais, independentemente de sua origem, terão direito a visitação.

Este é um dos direitos mais corriqueiros e frequentemente conferidos pelo Judiciário, já que, muitas vezes, o desconhecimento ou receio acerca da novidade, impede que os pais socioafetivos requeiram o reconhecimento da multiparentalidade. Apesar disso, não querem ficar afastados daqueles a quem consideram como filhos e na verdade, o são.

Outro efeito da multiparentalidade está relacionado diretamente ao exercício do poder familiar, qual seja, o dever de prestar alimentos.

O dever de prestar alimentos tem base constitucional no art. 229 da Constituição Federal de 1988¹⁴, além de estar previsto expressamente na legislação civil no artigo 1.696 do Código Civil. Trata-se de dever recíproco consistente em auxiliar a manutenção e sustento de seu ascendente ou descendente, sendo pautado no binômio necessidade e possibilidade.

Tendo em vista o já propagado princípio da igualdade dos filhos de qualquer origem, aplica-se, igualmente, aos filhos fruto da multiparentalidade, o direito de

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.



receber alimentos, bem como o dever de prestá-los aos seus ascendentes, quando maiores.

Com isso, o filho poderá formular pedido de alimentos perante todos os seus genitores, sendo que o valor a ser prestado por cada um deles obedecerá o binômio necessidade e possibilidade. Da mesma forma, todos os seus ascendentes poderão, na velhice, pleitear alimentos em face do filho comum, quando necessitem, não cabendo a esse escolher a qual dos seus pais irá auxiliar. Deve ser prestado ao auxílio alimentar a todos, observado, mais uma vez, o binômio necessidade e possibilidade relacionada a cada relação de parentesco.

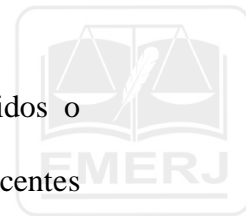
Não se aplica o que, comumente, é visto na jurisprudência de prestação do mesmo valor a título de pensão alimentícia a todos os descendentes, sem a análise individualizada de cada caso concreto.

No que tange aos direitos previdenciários, certo afirmar que não há qualquer distinção acerca de sua aplicação em relação a estrutura familiar tradicional. Assim, tanto o ascendente quanto o descendente multiparental ostentam a condição de dependentes previdenciários recíprocos, aplicando-se na hipótese o artigo 16, incisos I e II da Lei 8.213 de 1991¹⁵.

Dessa forma, correto afirmar que devem ser aplicados aos filhos multiparentais todos os direitos e deveres relacionados a filiação tradicional, seja biológica ou socioafetiva, concretizando o princípio da igualdade das formas de filiação.

Importa salientar que a atribuição dos diversos efeitos jurídicos a que nos referimos ao longo deste capítulo apenas ocorrerá diante do reconhecimento judicial da existência da relação multiparental.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.213 de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.



Tal fato se dá porque caso deixemos à livre disposição dos envolvidos o registro de múltiplos pais e mães na certidão de nascimento de crianças e adolescentes estaríamos estimulando a ocorrência de fraudes, como a adoção à brasileira, o que, em nenhum momento, deve ser o objetivo do aplicador do Direito.

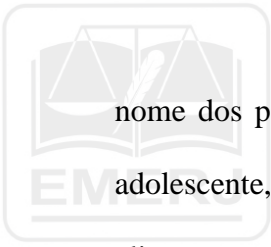
Caberá, assim, ao juiz analisar o caso concreto, verificando a real existência da relação multiparental entre os envolvidos e caso entenda ser aplicável o instituto da multiparentalidade, todos os efeitos jurídicos já mencionados incidirão na hipótese, assim como quaisquer outros decorrentes da relação filial.

CONCLUSÃO

O instituto da multiparentalidade consagra, em última análise, a igualdade entre os diversos tipos de filiação, preconizada pelo artigo 227, § 6º da Constituição Federal. Conforme já foi analisado, não atende ao referido princípio e garantia constitucional a decisão judicial que atribui à filiação, apenas, aos pais biológicos ou socioafetivos, de forma alternativa. Neste caso, tem-se verdadeira preterição de uma das formas de filiação em detrimento da outra, o que não pode ser admitido.

Por sua vez, com o reconhecimento da multiparentalidade pretende-se atender aos anseios de legitimação das novas formas de relacionamentos surgidas no meio social. Cumpre ao Estado Democrático de Direito não só respeitar as diversas modalidades de estruturas familiares, sem qualquer forma de discriminação, como também garantir a elas os mesmos direitos e deveres assegurados as famílias tradicionais, sejam biológicas ou socioafetivas.

Não deve haver qualquer forma de diferenciação entre as diversas espécies de famílias no tocante a consagração dos direitos e efeitos decorrentes das relações filiais. Assim, deve-se assegurar à todos os sujeitos envolvidos no reconhecimento da multiparentalidade os efeitos referentes a: direitos sucessórios, inclusão conjunta do



nome dos pais socioafetivos e biológicos no registro de nascimento da criança ou do adolescente, atribuição conjunta do poder familiar a todos os pais, dever de prestar alimentos e direitos previdenciários, dentre outros.

Salienta-se, ainda, que a aplicação do instituto da multiparentalidade, apenas deve se dar, diante do consenso e do bom relacionamento entre os envolvidos.

Nada adiantaria atribuir a condição de pai àquele que ostenta esta condição sob o viés socioafetivo, se isso apenas iria dificultar o cotidiano da criança, com constantes brigas entre os pais multiparentais. Nessa hipótese, melhor é manter a criança com o seu pai biológico e manter a figura do pai socioafetivo, dando-lhe carinho e afeto, mesmo que não atribuída, formalmente, tal condição a ele.

Em matéria de Direito das Famílias, deve-se sempre ter em mente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, especialmente, relacionado ao pleno e seguro desenvolvimento físico, psíquico e emocional do menor.

Não se pode pretender atender o melhor interesse da criança e do adolescente, com a efetivação de direitos alimentares, previdenciários e sucessórios, se não houver o correspondente ambiente harmonioso para o crescimento e desenvolvimento da criança.

Na consagração e reconhecimento do instituto da multiparentalidade, o operador do Direito deve sempre ter como seu norte de atuação o atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente.

Deve ser adotada postura sensível às peculiaridades do caso concreto, concretizada por meio do diálogo e do esclarecimento sobre as benesses advindas do reconhecimento dessa nova forma de relacionamento interfamiliar.

Pretende-se, assim, conferir legitimidade a tais estruturas familiares já consagradas no meio social, mas, infelizmente, ainda, não reconhecidas expressamente pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Rezende. *A Constituição e o afeto*. In: Boletim IBDFAM, de novembro/dezembro de 2005.

BERENICE DIAS, Maria. *Manual de Direito das Famílias*. 8 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 212-243, p. 424-425.

_____. *A paternidade que não veio*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_a_paternidade_que_n%E3o_veio.pdf> Acesso em 9 set. 2014.

_____. *A prevalência do direito à identidade*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6__a_preval%EAncia_do_direito_%E0_identidade.pdf> Acesso em 10 set. 2014.

Brasil. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo nº 0038958-54.2012.8.16.0021. Disponível em : <http://www.flaviotartuce.adv.br/jurisprudencias/201302281223270.multiparent_sentpr.PDF>. Acesso em: 14 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 00642-26.201.8.26.0286,. Disponível em : <http://www.flaviotartuce.adv.br/jurisprudencias/201208162006190.tjs_p_multiparent.PDF>. Acesso em: 14 mar. 2015.

Cassettari, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos*. Ed. Atlas – 2014, p. 50-54.

IRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli. *O reconhecimento da multiparentalidade e seus efeitos jurídicos*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12754&revista_caderno=14> Acesso em 11 set. 2014.

LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft*. 15 ed. São Paulo: Editora Ática, 1998.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. (coord.) *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71-72.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011. P. 36-37.

TARTUCE, Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família*. In: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>> Acesso em 02 mar. 2015.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 35-37.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



Zamataro, Yves. *O reconhecimento da multiparentalidade no direito brasileiro*.
In: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI185307,210480+reconhecimento+da+multiparentalidade+no+Direito+brasileiro>> Acesso em 10 set. 2014.



AS CONSEQUÊNCIAS DA IMPLANTAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PROCESSO ELETRÔNICO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Renato Stafford Barcellos de Moraes

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A implantação do processo eletrônico, que ocorre visando à modernização da justiça, trazendo consequências benéficas para as partes, pode trazer também consequências negativas, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. A consequência negativa é mais grave nesses casos, uma vez que nos Juizados há a possibilidade de ajuizamento de demanda judicial sem a assistência de advogado, que é mais familiarizado com o funcionamento do sistema. Os Juizados Especiais Cíveis tiveram grande importância para que parte da população que não conhecia seus direitos e não os resolvia judicialmente passassem a ter efetivo acesso à justiça. O núcleo deste trabalho é discutir a implementação do processo eletrônico sem prejudicar o acesso à justiça conquistado com a criação dos Juizados Especiais Cíveis.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Processo eletrônico. Juizados Especiais. Acesso à justiça.

Sumário: Introdução. 1. A importância da implementação do processo eletrônico. 2. O acesso à justiça permitido com a criação dos Juizados Especiais Cíveis. 3. As consequências negativas do processo eletrônico especificamente quanto aos Juizados Especiais Cíveis. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O processo eletrônico vem sendo implementado no Poder Judiciário em todo o país. O objetivo é que não mais existam processos físicos, de papel, que devem ser paulatinamente substituídos por processos eletrônicos, virtuais. Com esse procedimento, a tendência é que trâmites cartorários burocráticos sejam ao menos diminuídos, possibilitando que o andamento dos processos seja mais ágil e eficiente. Dessa forma, caminhar-se-ia para que atingíssemos as tão esperadas celeridade processual e razoável duração do processo, previstas no art. 5º, LXXVIII da CRFB a partir da Emenda Constitucional n. 45/04.



Com a efetiva criação dos Juizados Especiais Cíveis, que julgam causas de menor complexidade, observou-se um número muito grande de demandas judiciais dessa competência. Tais juizados possibilitaram acesso à justiça a uma camada da sociedade que não tinha seus direitos observados. Muitas pessoas que não tinham acesso ao Poder Judiciário passaram a ajuizar ações por tal razão.

Entretanto, o comemorado acesso à justiça possibilitado pela criação dos Juizados Especiais Cíveis pode ser diminuído consideravelmente com a obrigatoriedade de tramitação eletrônica dos processos judiciais. Isso ocorre porque há algumas consequências negativas com a implementação obrigatória do processo eletrônico no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Mostra-se essencial que se encontre uma forma que impeça que essas pessoas sejam afastadas do Poder Judiciário.

O trabalho proposto procura demonstrar que o procedimento de tornar todos os processos eletrônicos traz benefícios, mas traz também retrocessos, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, em relação ao acesso a justiça, importante conquista ampliada com a criação dos referidos juízos.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo descritiva, explicativa, parcialmente exploratória.

1. A IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO.

Atualmente, com a globalização e a evolução da informática, as informações correm em uma velocidade impressionante. O Poder Judiciário vem tentando trazer inovações para tentar dar agilidade ao processo judicial no Brasil, que é marcado por sua demora. Aliás, não só o Poder Judiciário, pois o Poder Legislativo também participa dessa tarefa.



Algumas leis tentaram dar acesso mais simplificado ou celeridade ao processo judicial. Seguem alguns exemplos.

A Lei n. 9.800/99¹ inovou ao possibilitar que se envie uma petição via *fac simile*, não afastando o dever de apresentar a petição original em prazo posterior. O Brasil é um país de dimensões continentais e realidades muito distintas. Por tal razão, muitas vezes, não é tarefa simples juntar uma petição a um processo em poucos dias. O Poder Judiciário não pode estar presente em todos os municípios do país e, em algumas regiões, o transporte não é acessível. O legislador acertou ao permitir a juntada de petição via *fac simile* e posterior apresentação da petição original, da forma como era feito anteriormente.

No âmbito federal, a Lei 10.259/01² possibilitou que petições fossem recebidas eletronicamente nos Juizados Especiais Federais. Além de situações como a descrita anteriormente, o trânsito caótico das grandes cidades seria outra hipótese evitada com a inovação legal.

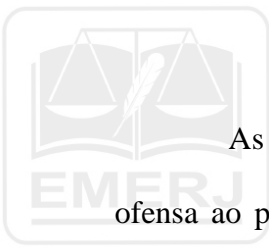
Notadamente houve uma preocupação em utilizar as modernidades tecnológicas para beneficiar as partes integrantes de demanda judicial. Mas não somente elas. Os sistemas internos de cartórios judiciais são informatizados, buscando dar agilidade aos trâmites dos processos, que cada vez são mais numerosos. Entretanto, ainda assim, o trâmite burocrático ainda deixa lento o processo como um todo.

O Poder Judiciário é muito criticado por não conseguir dar efetividade à garantia de razoável duração do processo judicial e celeridade de sua tramitação, previstos no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988³.

¹ BRASIL. Lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9800.htm>. Acesso em: 11 out. 2014.

² BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acesso em: 11 out. 2014..

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.



As críticas referentes à morosidade da justiça são intensas. Entre elas, destacam-se à ofensa ao princípio do devido processo legal, que acarretam na descrença no trabalho dos tribunais⁴.

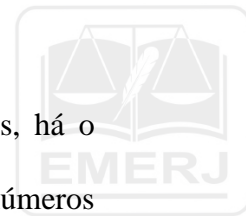
As garantias supracitadas foram incorporadas à CRFB/88 por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004. Foi uma tentativa de se resolver o problema da marcante morosidade do trâmite dos processos judiciais. E a implementação do processo eletrônico é a primeira iniciativa do Poder Judiciário nesse sentido, ainda que indireta, pois decorre da Lei n. 11.419/06⁵, que dispõe sobre a informatização do processo judicial. A instauração do processo eletrônico apresenta uma real esperança de que ocorram melhorias significativas para as partes integrantes de relações processuais. Conseqüentemente, evita que se dissemine o descrédito aos Tribunais de Justiça, em razão de sua lentidão.

Com o processo eletrônico, não mais existirão processos físicos, em papel. Os processos serão virtuais, sendo necessário o uso de um computador com acesso à internet para que se acessem os autos do processo.

Com a nova realidade, inúmeros trâmites cartorários, indispensáveis para o andamento do processo físico, deixarão de existir ou diminuirão consideravelmente seu tempo de duração. Os procedimentos internos poderão ser feitos de maneira mais célere. O processo estará disponível permanentemente para todas as partes, não sendo necessário que se dê vista dos autos. As partes não precisam estar no mesmo bairro, na mesma cidade ou no mesmo país em que o processo tramita. Com acesso à internet e a senha de acesso, as partes e advogados podem acessar e analisar o processo desejado em qualquer local em que se encontrem, sem nenhum prejuízo.

⁴ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 177.

⁵ BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

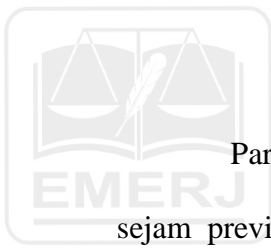


Além disso, principalmente para os servidores, mas também para as partes, há o aspecto positivo de limpeza e organização dos cartórios, que deixam de ter inúmeros processos em papel espalhados pelo ambiente, que se torna mais agradável para trabalhar.

Outras duas situações que ocorrem em uma frequência maior do que o desejável nos cartórios em que só existem processos físicos tendem a desaparecer com a implementação do sistema eletrônico. A dificuldade de localização do processo físico costuma ocorrer, principalmente nos cartórios que têm grande número de processos. O servidor acaba deixando de produzir, gastando seu tempo de trabalho para procurar os autos do processo na serventia. Essa situação também é extremamente desagradável para as partes e seus patronos, que perdem tempo de transporte até o fórum e ainda precisam esperar que o processo seja localizado. Ademais, não existirá mais carga dos autos do processo. Em consequência lógica, não mais existirão os casos em que a parte, ou seu advogado, não devolve o processo no devido prazo legal. Nesses casos, é comum que o trâmite processual fique suspenso, só voltando a ter andamento quando o processo for devolvido.

Quando houver um colegiado julgando a demanda judicial, não mais haverá pedido de vista dos autos por parte dos magistrados, que acabavam acarretando na necessidade de que os demais julgadores aguardassem a devolução do processo físico para que pudessem passar a analisá-lo.

Outro aspecto que diminuirá consideravelmente a demora do trâmite processual diz respeito a citações, intimações e notificações em geral. Em regra, todos os atos serão realizados por meio eletrônico. Nos casos em que o procedimento não seja possível de ser realizado eletronicamente, usar-se-ão as regras dos processos físicos. Assim, as certidões serão posteriormente serão incorporados ao processo eletrônico e os documentos físicos serão destruídos.



Para a efetivação do procedimento eletrônico, será necessário que os advogados sejam previamente cadastrados e adquiram mecanismos eletrônicos que possibilitem não somente o acesso aos autos, como também sua atuação. Por tal razão, a OAB vem intensificando a informação e facilitação para que seus profissionais inscritos adquiram esses mecanismos e com ele se familiarizem.

Para alguns advogados, o processo judicial eletrônico já é uma realidade. No caso do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça vem paulatinamente integrando o processo eletrônico a determinadas comarcas e foros. Os foros regionais da Barra da Tijuca e do Méier, por exemplo, trabalham somente com processos eletrônicos. Na comarca da capital, existem varas cíveis que não possuem mais processos físicos. Esses são apenas alguns exemplos de uma realidade que tende a se tornar cada vez mais comum.

Indiretamente, há outros benefícios com a implementação do processo eletrônico. O princípio da economia processual também é contemplado com a efetivação do processo eletrônico, que traduz, inclusive, ganhos ecológicos, conforme demonstram as informações colhidas por Soares⁶. As informações são referentes ao ano de 2006:

[...] segundo dados do *site* Consultor Jurídico, o Judiciário brasileiro gasta 46 milhões de quilos de papel por ano - o equivalente a 690 mil árvores ou 400 hectares de desmatamento e 1,5 milhão de metros cúbicos de água, e apenas o Supremo Tribunal Federal movimentou, no ano de 2006, mais de 680 toneladas de papel.

Conforme demonstrado, a implementação do processo eletrônico trará muitas consequências positivas para o Poder Judiciário. Ainda que não encerre, possivelmente diminuirá o descrédito instituído quanto à sua incapacidade de possibilitar uma razoável duração do processo judicial e sua célere tramitação. E trará inúmeros benefícios, que não

2 SOARES, Fernanda Dias. *Processo judicial eletrônico: aspectos gerais e ações iniciais*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8900>. Acesso em 4 out. 2014.



somente se observam em matérias processuais - os mais importantes -, como também os relativos a questões ambientais.

2. O ACESSO À JUSTIÇA PERMITIDO COM A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

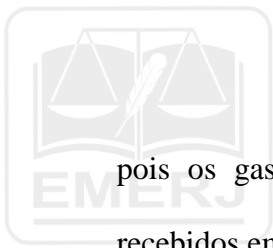
O acesso à justiça é um fenômeno estudado por diversos ramos do direito, e em especial pela sociologia jurídica. A obra referência em tal tema é o livro “Acesso à Justiça”, escrito pelo jurista italiano Mauro Cappelletti e pelo jurista americano Bryant Garth, que teve tradução para o português e revisão feitos pela ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie Northfleet.

Inicialmente, deve-se ressaltar que o acesso à Justiça era uma necessidade que ocorria em âmbito mundial. A obra de Cappelletti e Garth⁷, analisava situações ocorridas em sistemas judiciários como os dos Estados Unidos, da Alemanha, Inglaterra, Itália, entre outros. Contudo, essas análises não eram aplicáveis apenas a países desenvolvidos, mas também a países em desenvolvimento. Para quem conhecia o sistema jurídico do Brasil, por exemplo, o livro parecia ter sido escrito tendo como base a realidade brasileira, em razão de sua alta aplicabilidade ao sistema jurídico aqui vigente.

De acordo com a supracitada obra, o primeiro obstáculo a ser transposto para que haja um efetivo acesso à justiça são as custas judiciais. Os altos custos dispendidos com as demandas judiciais afastavam as camadas de renda mais baixa do Poder Judiciário, ainda que elas tivessem o direito de pleitear as reivindicações devidas.

Observou-se também que grande parte das demandas judiciais versava sobre causas de baixo valor econômico, o que não compensaria financeiramente o ajuizamento da ação,

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio, 1988, p. 6.



pois os gastos com o processo seriam maiores que os benefícios econômicos a serem recebidos em caso de procedência da demanda judicial.

Terceiro obstáculo seria o tempo demorado para se receber uma solução jurisdicional. A obra de Cappelletti⁸ afirma que na Europa a Justiça não cumpriria as suas funções dentro de um prazo razoável. Contudo, o trâmite de uma ação judicial no Brasil era muito mais demorado do que o de países desenvolvidos, o que aumentava a sensação de que a demanda não teria valido a pena.

Para tentar solucionar esse problema, ou pelo menos diminuir um pouco os seus impactos, foram criados no Brasil os Juizados Especiais. Dentre os princípios norteadores dos Juizados Especiais destacam-se a economia processual, a celeridade, a informalidade e a efetividade.

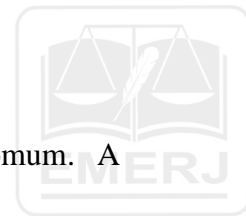
Para dar cumprimento à economia processual, o art. 54 da Lei n. 9.099/95⁹, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estabelece que não caberá o pagamento de custas, taxas ou despesas processuais em primeiro grau de jurisdição. O artigo seguinte também impede, salvo caso de litigância de má-fé, que haja condenação em honorários advocatícios e custas processuais, também em primeiro grau de jurisdição. Ou seja, para o ingresso com a ação judicial nos Juizados Especiais Cíveis não haverá qualquer pagamento, mas, caso a parte pretenda recorrer da sentença proferida, aí sim deverá proceder com os pagamentos dispensados no art. 55 da referida lei.

Em razão da necessidade de que o procedimento seja célere, de modo a dar efetividade ao direito fundamental de assegurar a razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII da CRFB/88¹⁰, o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis é menos

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio, 1988, p. 7.

⁹ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.



extenso, comparado com um processo que tramite em uma Vara Cível comum. A concentração de vários atos processuais em audiência de instrução e julgamento, como a apresentação de defesa, oitiva de testemunhas e apresentação de provas, por exemplo, torna o procedimento mais rápido sem violar as garantias fundamentais do devido processo legal, como os princípios do contraditório e da ampla defesa. Outro exemplo que identifica a celeridade é a possibilidade de pedido contraposto, que será apresentado em contestação, e não em um processo autônomo, e será apreciado na sentença, junto com o pedido autoral.

O princípio da informalidade está diretamente relacionado aos princípios analisados anteriormente. Há possibilidade de diversos procedimentos orais, como apresentação de defesa, e até mesmo a outorga de mandato a advogado oralmente. Há norma legal no sentido de que o pedido das partes deve ser realizado de forma simples e em linguagem acessível (art. 14 da Lei n. 9.099/95¹¹). Ademais, há a previsão legal, no art. 9º, *caput*, da referida lei, no sentido de possibilitar o ajuizamento de ação judicial sem a assistência de advogado, desde que o valor da causa seja igual ou inferior a 20 salários mínimos. Há também orientação para que os juízes profiram decisões também com linguagem acessível, para garantir o seu entendimento pelas partes, especialmente as que não estejam sendo defendidas por advogado. Quando houver advogado atuando na causa, o mandato poderá ser oral, demonstração inequívoca de mais um caso de informalidade.

A efetividade busca justamente adequar a prestação jurisdicional aos já citados princípios da celeridade, informalidade e da economia processual. Com decisões mais rápidas e mais compreensíveis e o acesso a todas as camadas da população às causas de competência dos Juizados Especiais Cíveis, objetiva-se criar um procedimento que viabilize e torne compensador para as partes o ajuizamento de demandas judiciais e, principalmente, efetive os seus direitos. Há também um cunho social na criação dos Juizados, uma vez que integra mais

¹¹ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.



uma parcela da sociedade que, muitas vezes, não tem seus direitos prestados de maneira adequada.

3. AS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DO PROCESSO ELETRÔNICO ESPECIFICAMENTE QUANTO AOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

Conforme demonstrado ao decorrer do artigo, a instauração do processo eletrônico nos Juizados Especiais Cíveis traz muitos benefícios, tanto para as partes quanto para quem neles trabalha. Entretanto, não se pode ignorar o fato de que existem também consequências negativas na implementação desse modelo.

O sistema eletrônico fica suscetível a falhas que inviabilizam a continuidade das audiências e, conseqüentemente, a elaboração de sentenças. Caso o sistema fique fora de funcionamento, nenhum ato processual poderá ser praticado. O processo estará indisponível e não poderá ser acessado, acarretando em consequências como as impossibilidades de juntada de documentos, de realização de audiências e de elaboração de sentenças, entre outros.

O processo eletrônico tem também alguns problemas que têm sido verificados na prática. Alguns deles estão a seguir expostos:

Embora haja determinação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no sentido de que qualquer documento possa ser anexado ao processo, verifica-se que não é possível para as partes a juntada de documentos durante audiência nos Juizados Especiais. Diante dessa situação, para que não atrase a realização das audiências, essa impossibilidade acaba acarretando na violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Outro erro de frequente ocorrência é que a parte autora comumente não consegue ter acesso à contestação antes da audiência. Assim, a visualização da defesa do réu só ocorre

durante a audiência. A pessoa que preside a audiência precisa virar o monitor para que a parte autora leia a contestação e seus documentos anexos, o que causa transtornos e atrasos às audiências.

No caso de haver prova em áudio ou vídeo, por exemplo, as partes precisam levar um equipamento para que a prova possa ser produzida em audiência. Os funcionários que trabalham nos juizados não podem sujeitar o equipamento do fórum a qualquer tipo de vírus ou ameaça externa. Muitas vezes os equipamentos não tem o som límpido, sendo difícil a apreciação da prova para quem preside a audiência. Em razão da impossibilidade de se juntar documentos durante a audiência, tampouco é possível a juntada desses arquivos, que somente serão apreciados por quem estiver presente na audiência de instrução e julgamento. Em caso de recurso, não é possível a apreciação de tal prova pela Turma Recursal ainda que haja consignação na ata da audiência.

A senha para as partes e advogados acessarem os autos dos processos eletrônicos tem validade de apenas uma semana. Para renovar a senha é preciso comparecer pessoalmente ao cartório do Juizado Especial Cível. Tal procedimento vai de encontro a todo o espírito do sistema, que é o de facilitar o acesso das partes ao processo, sem a necessidade de comparecer ao local onde o processo se encontra para consulta-lo. O ponto positivo da implementação do processo eletrônico nos Juizados é justamente o fato de eliminar distâncias e, enquanto o sistema não for reparado, perde-se esse efeito.

Por se tratar de um sistema muito recente, as partes ainda não conhecem o seu funcionamento. Perde-se muito tempo durante as audiências para explicar-lhes os detalhes técnicos de procedimento do processo eletrônico, que deveria ser explicado e disponibilizado anteriormente a elas.

CONCLUSÃO



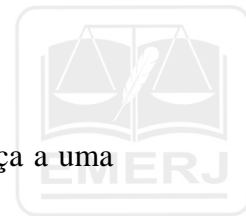
A implementação do processo eletrônico já é uma realidade nos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Já existem alguns juizados com o modelo eletrônico em funcionamento e espera-se que em um futuro próximo todos os Juizados funcionem sem processos físicos. Dessa forma, passarão a existir apenas os processos virtuais.

Trata-se de um procedimento muito importante, que trará inúmeros benefícios para quem atua nos Juizados, seja como autor, réu, servidor, juiz leigo e juiz togado. Contudo, há de se observar que são necessários ajustes no sistema para que seu funcionamento ocorra de maneira satisfatória.

Não há como se evitar determinados fatos, como a dependência de um sistema que, se estiver fora do ar, paralisa qualquer atividade em qualquer dos processos da competência dos juizados. Isso não aconteceria nos autos físicos, pois seria possível ler uma de suas peças processuais, analisar provas, entre outras condutas que não poderão ser realizadas sem o funcionamento do sistema.

No entanto, o sistema eletrônico rompe barreiras como o tempo e a distância. A partir de seu funcionamento correto, o processo poderá ser acessado pelas partes a qualquer hora, e não apenas durante o expediente forense. Ademais, poderá também ser acessado de qualquer local, desde que conectado a um computador com internet e com senha de acesso. Há também a possibilidade de ambas as partes acessarem concomitantemente o processo, o que fisicamente não seria possível.

O que não pode ocorrer é a violação de princípios constitucionais que regulem o devido processo legal. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, por exemplo, devem ser preservados de qualquer forma. O fato de o sistema ser implementado nos Juizados Especiais deve redobrar a atenção para que tais princípios não sejam transgredidos. É




importante ressaltar que os Juizados foram criados para possibilitar o acesso à justiça a uma grande parcela da sociedade que não exercia seus direitos perante o Poder Judiciário.

Nesse sentido, nos Juizados Especiais existe a possibilidade de se ajuizar a demanda judicial sem a assistência de advogado nas causas cujo valor não ultrapasse 20 salários mínimos. Os advogados, até por sua prática, devem estar acostumados com o uso do sistema e a tendência natural é que cada vez mais estejam familiarizados com ele. Entretanto, deve ser dada atenção especial para as partes sem advogados, que podem ser prejudicadas caso não lhes seja dado pleno acesso e o mínimo de instrução para que possam manusear o sistema de maneira minimamente satisfatória.

Nessa hipótese, caso não seja dado nenhum auxílio a essas partes, é possível que ocorra a violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que formam a base do devido processo legal. A Carta Magna Inglesa de 1215 trouxe os direitos da pessoa e nela tais princípios apareceram pela primeira vez em uma norma legal. Em 2015 completam-se 800 anos desse fato histórico e uma possível violação dos referidos princípios seria um retrocesso incabível nos dias atuais.

O presente trabalho demonstra que a implementação do processo eletrônico nos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é extremamente positiva para seu melhor funcionamento. No entanto, seu objetivo maior é fazer um levantamento sobre as consequências negativas dessa implementação, com o intuito de que futuramente tais erros possam ser corrigidos, o que possibilitaria evitar eventuais ocorrências de violações a quaisquer direitos das partes, em especial aos direitos fundamentais inerentes ao devido processo legal.

REFERÊNCIAS



CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública*. Uma abordagem crítica. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio, 1988.

CUNHA, Luciana Gross. *Juizado Especial – criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça – da combinação de Mauro Cappelletti à realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Thadeu Augimeri de Gomes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

SOARES, Fernanda Dias. *Processo judicial eletrônico: aspectos gerais e ações iniciais*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8900>. Acesso em 4 out. 2014.

A RESERVA LEGAL NAS ÁREAS RURAIS DE FLORESTA OU VEGETAÇÃO NATIVA SITUADAS EM OUTRAS REGIÕES DO BRASIL – REFLEXÕES

Roberta Fernandes Navarro Nuss

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos. Advogada. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 ultrapassou a concepção individualista e patrimonialista do direito civil e recolocou o ser humano no centro do ordenamento jurídico, sendo que a propriedade não é mais vista como um bem em si, mas como vetor de instrumento para a efetivação de valores constitucionais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Corolário disso exsurtem as exigências do Código Florestal para a regularização da propriedade rural e sua adequação diante das preocupações ambientais de repercussão global. A essência do trabalho é demonstrar que tais exigências visam assegurar o futuro de gerações, mas como qualquer outra norma que imponha condutas, requer tempo, estrutura de governo para implementação e conscientização.

Palavras-Chave: Direito Ambiental. Propriedade Imobiliária Rural. Reserva Legal. Limitações.

Sumário: Introdução. 1. O direito de propriedade e a reserva legal. 2. Os encargos suportados pelo proprietário de imóvel rural. 3. Mecanismos de tutela para adequação do pequeno produtor rural às exigências do Código Florestal. 4. Entraves burocráticos criados para transferência da propriedade imobiliária rural e percepção de benefícios e incentivos governamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 introduziu capítulo próprio destinado à proteção do meio ambiente, considerando-o bem jurídico autônomo e de uso comum, quebrando um paradigma em relação à exploração fundada no descontrolado fundiário, na degradação ecológica e na desigualdade social.

O Código Florestal, por sua vez, acompanhou essa evolução do direito ambiental e buscou codificar em uma lei diversos institutos, bem como sanar os problemas e falhas legislativas dos diplomas até então vigentes. Dentro deste cenário, ocorreu a regulamentação



da reserva legal, que já existia, mas não tinha aplicação prática, sendo o Cadastro Ambiental Rural (CAR) seu instrumento de viabilidade.

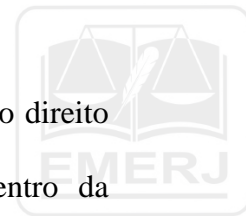
O estudo da matéria é de extrema relevância, principalmente por ser a efetivação da reserva legal demasiadamente complexa na prática, seja pela falta de estrutura da Administração Pública, seja pela complexidade da matéria e custos para sua implementação nas propriedades rurais e, principalmente, pela falta de aparelhamento do Estado para atender ao pequeno produtor, que em sua grande maioria, não tem condições financeiras e conhecimento técnico para se adequar às exigências criadas pelo Código Florestal.

Diante desse quadro, o primeiro capítulo faz uma reflexão sobre até que ponto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado de terceira dimensão, pode impor limitações ao direito de propriedade, que também tem fundamento constitucional e, principalmente, defender a mitigação deste direito a fim de possibilitar a criação da reserva legal, como instrumento hábil de preservação ambiental.

Em contrapartida, o segundo capítulo visa discutir e apontar os encargos suportados pelo proprietário de imóvel rural, em razão da exigência de fixação de percentual destinado à reserva legal, que ampliou a visão da função social da propriedade, mas reduziu sua área territorial a no mínimo 20%.

O terceiro capítulo, por sua vez, tem como intuito sugerir soluções e indicar mecanismos que possibilitem ao pequeno produtor se adequar às exigências da sistemática da reserva legal, diante da hipossuficiência técnica, econômica e jurídica inerente a este grupo.

Já o quarto capítulo tem por finalidade expor a respeito do atravancamento imobiliário criado em razão da exigência dos cartórios extrajudiciais da averbação da cláusula de reserva legal junto à matrícula do imóvel mediante a apresentação de certidão emitida pelo Cadastro Ambiental Rural (CAR) e a dificuldade na percepção de benefícios e incentivos governamentais.



Em suma, o presente trabalho tem como escopo apresentar uma releitura do direito de propriedade frente às exigências do Código Florestal quanto à fixação, dentro da propriedade rural, de percentual destinado à reserva legal, o que acarretou uma imposição súbita de processos judiciais e administrativos; o ônus operacional enfrentado pelos proprietários de imóveis rurais para implementação, mas, em contrapartida, a importância do sistema à preservação do meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável.

1. O DIREITO DE PROPRIEDADE E A RESERVA LEGAL.

A propriedade é direito fundamental previsto no art. 5º, XXII/CRFB, tratada também como princípio em que se baseia a ordem econômica nos termos do art. 170, II, da referida Carta. De outro lado, a função social da propriedade é objeto de destaque no texto constitucional, referendada em alguns dispositivos, como artigo 5º, XXIII; artigo 170, III e artigo 186, II.

Diante desse cenário pode-se inferir que a Constituição Federal de 1988 consagra proteção à propriedade, atrelada ao atendimento da sua função social. Assim, é possível que, em determinadas situações, a utilização da propriedade esteja vinculada a um interesse público que contrarie os interesses diretos do proprietário. Neste sentido é a lição de Frederico Amado¹:

Outrossim, a função social (ou socioambiental) não se configura como simples limitação ao exercício do direito de propriedade, e sim tem caráter endógeno, apresentando-se como quinto atributo ao lado do uso, gozo, disposição e reivindicação. Na realidade, operou-se a ecologização da propriedade.

Um dos elementos que define a propriedade cumpridora de seu papel social diz respeito à preservação do meio ambiente, conforme se extrai do artigo 186, II/CRFB. E nesse ponto merece realçar o aparente objetivo do constituinte e do legislador infraconstitucional

¹ AMADO, Frederico. *Direito Ambiental Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 75.



em realizarem um cotejo entre o direito de propriedade (na sua vertente de fonte de exploração e riqueza) e a função social, aparentemente contrapostos, na busca por um ponto de convergência: a preservação ao meio ambiente.

Nesse contexto merece destaque o instituto da reserva legal, cujo surgimento remonta à Lei n. 4.771/65 (Código Florestal), disciplinada na Lei n. 7.803/89 (diploma alterador) e atualmente, totalmente conceituada e regulamentada no Novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) como²

área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.

O artigo 12 do Código Florestal, por sua vez, definiu os percentuais mínimos e obrigatórios da reserva legal, sendo 80 %, nas áreas rurais de floresta situadas na Amazônia legal; 35 %, nas áreas rurais de cerrado situadas na Amazônia legal e 20% nas áreas rurais de floresta ou vegetação nativa situadas em área de campos gerais da Amazônia legal e em outras regiões do Brasil. Este último, objeto do presente trabalho.

Por certo, a viabilização do cumprimento de tal exigência, o controle de tais percentuais e a implementação da reserva legal foi obtida com a implantação do Cadastro Ambiental Rural (CAR) pela Instrução Normativa n. 2 do Ministério do Meio Ambiente em 06 de maio de 2014:³

O Cadastro Ambiental Rural – CAR é um registro eletrônico, obrigatório para todos os imóveis rurais, que tem por finalidade integrar as informações ambientais referentes à situação das Áreas de Preservação Permanente - APP, das áreas de Reserva Legal, das florestas e dos remanescentes de vegetação nativa, das Áreas de Uso Restrito e das áreas consolidadas das propriedades e posses rurais do país. Criado pela Lei 12.651/2012 no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, o CAR se constitui em base de dados estratégica para o controle, monitoramento e combate ao desmatamento das florestas e demais formas

²BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

³ BRASIL. Sistema de Cadastro Ambiental Rural - SICAR. Disponível em: <<http://www.car.gov.br/#/sobre>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

de vegetação nativa do Brasil, bem como para planejamento ambiental e econômico dos imóveis rurais.

No entanto, se por um lado, a reserva legal é instrumento a serviço do cumprimento da função social da propriedade, o próprio direito de propriedade restou mitigado, pois os imóveis rurais têm suas áreas produtivas reduzidas drasticamente, sem nenhum critério de compensação.

Tal realidade explica, muitas vezes, a relutância dos proprietários de terras rurais em adequarem seus imóveis aos critérios legalmente estabelecidos, tornado cada vez mais difícil o alcance do mencionado ponto de convergência. Contudo, a noção atual que deve permear o direito de propriedade distancia-se do seu caráter intangível e absoluto do passado, encontrando limitações impostas tanto pelo interesse público quanto pelo interesse particular.

Não se pode, no entanto, confundir as limitações à propriedade com a sua função socioambiental. Esta não diz respeito à ingerência no exercício do direito, tampouco na limitação do uso, gozo e fruição da propriedade, mas adequação dos seus elementos como fator diretivo ao atendimento de políticas públicas que visem o bem-estar coletivo. Destarte, limitações são dirigidas ao proprietário e função social é condicionante da propriedade, diz respeito à sua configuração estrutural.

A reserva legal, por ser genérica e decorrer diretamente de lei, tem natureza jurídica de limitação ao uso da propriedade, portanto, não indenizável pelo Estado, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do julgado abaixo⁴:

[...] as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal visam a assegurar o mínimo ecológico do imóvel, sob o manto da inafastável garantia constitucional dos "processos ecológicos essenciais" e da "diversidade biológica". (...) exteriorizam-se na forma de limitação administrativa, técnica jurídica de intervenção estatal, em favor do interesse público, nas atividades humanas, na propriedade e na ordem econômica, com o intuito de discipliná-las, organizá-las, circunscrevê-las, adequá-las, condicioná-las, controlá-las e fiscalizá-las. Sem configurar desapossamento ou desapropriação indireta, a limitação administrativa opera por meio da imposição de obrigações de não fazer (non facere), de fazer (facere) e de suportar

⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.240.122. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1068252&tipo=0&nreg=201100461496&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120911&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 20 abr. 2015.



(pati), e caracteriza-se, normalmente, pela generalidade da previsão primária, interesse público, imperatividade, unilateralidade e gratuidade.

Verifica-se, portanto, que a função socioambiental é causa de legitimação das intervenções legislativas, respaldada pela Constituição da República. Hodiernamente não se pode mais falar em mera função social da propriedade, mas na função socioambiental. O proprietário fica obrigado não somente a um comportamento negativo, mas também a um comportamento ativo, que envolve defender, reparar e preservar o meio ambiente.

O novo desenho constitucional que se traça representa a legitimidade da reserva legal como fundamento para restrição aos direitos inerentes à propriedade particular. Tem-se, de um lado, o direito de titularidade individual, o direito de propriedade, e de outro, o direito difuso para garantia socioambiental, compondo o chamado meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tais direitos devem conviver em perfeita harmonia.

Assim, a autonomia da propriedade não significa livre arbítrio, pois no que se refere ao meio ambiente, o proprietário não pode exercer seu direito de forma contrária aos interesses da presente e das futuras gerações⁵:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental de terceira geração, sucedâneo do direito à vida, e que portanto, deve moldar o novo conceito de propriedade privada.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3540. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3540%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3540%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cx8uowy>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

2. OS ENCARGOS SUPOSTOS PELO PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL RURAL.

A despeito da função protetiva do Código Florestal, não se pode olvidar que a reserva legal onera o proprietário rural com diversos encargos.

Destaca-se, inicialmente, que a obrigação de se instituir a reserva legal ostenta a natureza jurídica de obrigação *propter rem*⁶ já que adere ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental.

Por também possuir natureza de limitação ao direito de propriedade, a parcela da propriedade destinada à reserva legal não comporta qualquer tipo de indenização ao proprietário. Assim, o artigo 10, § 1º, da Lei 9.393/1996 e o artigo 41, II, c, da Lei 12.651/12 autorizam que as áreas de preservação permanente e de reserva legal sejam isentas do pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR.

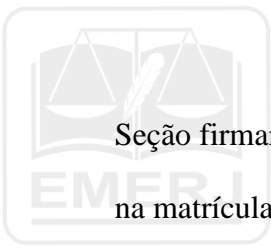
Por seu turno, para garantir uma compensação pela não indenização ao proprietário, as Cortes Superiores consideram que a área de reserva legal pode ser excluída do cálculo da produtividade do imóvel⁷.

Em contrapartida, para o proprietário gozar de tais benefícios é imprescindível a averbação da referida área na matrícula do imóvel nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸: “Quando se trata de “área de reserva legal”, as Turmas da Primeira

⁶ Nesse sentido destacam-se: AMADO, op. cit., p. 264/265 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.367.968 e AREsp n. 327.687. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=31121220&tipo=0&nreg=201200049293&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130913&formato=PDF&salvar=false>> e <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=29190918&tipo=0&nreg=201301087501&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130610&formato=PDF&salvar=false>>. Acessos em: 20 abr. 2015.

⁷ O imóvel (propriedade rural) considerado produtivo pelo Incra é aquele que, explorado econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra (GUT) e de eficiência na exploração (GEE) segundo índices fixados pelo órgão federal competente. O Grau de Utilização da Terra (GUT), deverá ser igual ou superior a 80% (oitenta por cento) e o Grau de Eficiência na Exploração da terra (GEE), deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento).

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AREsp n. 510.529. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1351630&tipo=0&nreg=201401019055&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141006&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 20 abr. 2015.



Seção firmaram entendimento no sentido de que é imprescindível a averbação da referida área na matrícula do imóvel para o gozo do benefício isencional vinculado ao ITR”.

No mesmo sentido⁹: “A Área de Reserva Legal, para ser excluída do cálculo da produtividade do imóvel, deve ter sido averbada no registro imobiliário antes da vistoria. Precedentes do STF e do STJ”.

Quanto à concessão de crédito agrícola dispõe o Código Florestal em seu artigo 78-A que¹⁰: “Após 5 (cinco) anos da data da publicação desta Lei, as instituições financeiras só concederão crédito agrícola, em qualquer de suas modalidades, para proprietários de imóveis rurais que estejam inscritos no CAR”.

Não obstante isso, o referido Diploma Legal destaca no artigo 59, §2º que¹¹:

A inscrição do imóvel rural no CAR é condição obrigatória para a adesão ao PRA¹², devendo esta adesão ser requerida pelo interessado no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da implantação a que se refere o caput, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo.

Constata-se que, ora a jurisprudência exige a averbação da reserva legal junto à matrícula do imóvel para concessão de certas benesses, ora o Código Florestal exige inscrição no CAR para concessão de outras.

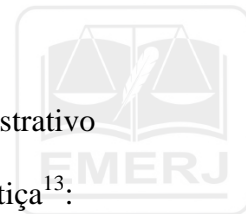
Assim, resta apreciar acerca da obrigatoriedade ou facultatividade da averbação da reserva legal no Registro Imobiliário e se tal averbação é condição para a prática de qualquer ato na matrícula do bem.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp n. 1.301.751. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1308416&tipo=0&nreg=201200019027&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140925&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

¹⁰BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em 20 abr. 2015.

¹¹ Ibid.

¹² O Programa de Regularização Ambiental - PRA é o conjunto de ações ou iniciativas a serem desenvolvidas por proprietários e posseiros rurais com o objetivo de adequar e promover a regularização ambiental, nos termos do artigo 9º do Decreto n. 7.830/12.



Conforme decisão proferida nos autos do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0002118-22.2013.2.00.0000 que tramitou junto ao Conselho Nacional de Justiça¹³:

Somente o Cadastro Ambiental Rural desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis. Assim, considerando-se que o registro no “CAR” é fator imprescindível para a total aplicação do preceito legal, enquanto não implantado, permanece a obrigação imposta na Lei nº 6.015/73 para averbação na matrícula do imóvel, pois o Novo Código Florestal não preconiza liberação geral e abstrata.

Com a recente implantação do CAR ainda não há um consenso se a averbação da reserva legal junto à matrícula do imóvel passa a ser mera opção do proprietário, como sugere o artigo 18, §4º do Código Florestal; se há dispensa da averbação e a obrigatoriedade reside na comprovação do registro da reserva legal junto ao CAR, e, portanto, condicionante à prática de qualquer ato na matrícula do imóvel ou se bastará ao proprietário a comprovação do protocolo de inscrição no CAR para regularidade ambiental do imóvel rural.

Observa-se das informações constantes no sítio do CAR que¹⁴ “De acordo com a Lei n. 12.651/2012, a inscrição da propriedade ou posse no CAR é o primeiro passo para a sua regularização ambiental”.

De qualquer modo, certo é que todo o procedimento de inscrição e registro é burocrático e extremamente trabalhoso.

A Instrução Normativa n. 2/2014 do Ministério do Meio Ambiente é altamente técnica e requer conhecimento específico (não apenas jurídico) para interpretá-la.

Toda e qualquer inscrição somente é disponibilizada por meio eletrônico no portal do Cadastro Ambiental Rural, onde o proprietário deverá baixar o Módulo de Cadastro, baseando-se no Estado de localização do imóvel rural e preencher uma série de dados (incomuns) que lhe são exigidas.

13 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. PCA n. 0002118-22.2013.2.00.0000. Relatora: Conselheira Ana Maria Duarte Amarante Brito. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ecnj/consulta_processo.php>. Acesso em 20 abr. 2015.

14 BRASIL. Cadastro Ambiental Rural – CAR. Disponível em: <<http://www.car.gov.br/#/suporte>>. Acesso em 20 abr. 2015.



Também deverá possuir uma farta documentação, que envolve conhecimentos técnicos muito peculiares, como¹⁵:

planta georreferenciada da área do imóvel, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração do perímetro do imóvel e o perímetro das áreas de servidão administrativa, e a informação da localização das áreas de remanescentes de vegetação nativa, das Áreas de Preservação Permanente, das áreas de uso restrito, das áreas consolidadas e, caso existente, a localização da Reserva Legal .

E em se tratando de pequena propriedade ou posse rural familiar, que desenvolva atividades agrossilvipastoris, bem como das terras indígenas demarcadas e das demais áreas tituladas de povos e comunidades tradicionais, que façam uso coletivo do seu território¹⁶:

croqui, indicando a área do imóvel rural, as Áreas de Preservação Permanente, as áreas de remanescentes de vegetação nativa que formam a Reserva Legal, as áreas de servidões administrativas, áreas consolidadas e as áreas de uso restrito, quando houver.

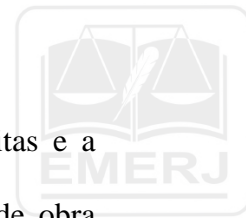
Denota-se, portanto, que o proprietário de imóvel rural deverá ter acesso eletrônico ao mundo virtual para que possa obter os formulários padrões disponibilizados e dificilmente conseguirá, por si só, regularizar sua propriedade sem contar com profissionais altamente habilitados, já que há a necessidade de enquadrar sua propriedade em uma classificação apresentada pela Instrução Normativa n. 2/MMA bem como formular um mapeamento específico de sua propriedade, fazendo constar dados estritamente técnicos.

Segue-se, então, à análise da inscrição e documentação apresentada, que não se pode cogitar, utopicamente, tratar-se de um trabalho a curto prazo, principalmente pelo fato de que a análise de toda documentação é de responsabilidade de pessoal pertencente a órgão estadual, distrital ou municipal competente, nos termos do artigo 42 da Instrução Normativa n.2/2014 do Ministério do Meio Ambiente.

Dessa forma, o tempo é um fator importante para o proprietário, pois a gestão financeira de seu imóvel dependerá do sucesso da regularização ambiental de sua propriedade.

¹⁵ BRASIL. Instrução Normativa do Ministério do Meio Ambiente n. 2, de 06 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.car.gov.br/leis/IN_CAR.pdf>. Acesso em 20 abr. 2015.

¹⁶ Ibid.



Trata-se de um processo dispendioso, já que as exigências legais são muitas e a contrapartida é pequena. A exigüidade do prazo da lei¹⁷, atrelada à falta de mão de obra especializada na elaboração dos referidos mapas, torna ainda mais caro todo o procedimento.

3. MECANISMOS DE TUTELA PARA ADEQUAÇÃO DO PEQUENO PRODUTOR RURAL ÀS EXIGÊNCIAS DO CÓDIGO FLORESTAL.

O Código Florestal não eximiu a pequena propriedade ou posse rural de cumprir as exigências legais, mas tão somente atenuou alguns pontos, o que de toda forma mantém grande parte do custo operacional acima descrito, inviabilizando a atividade do pequeno produtor em vários aspectos, principalmente aqueles relativos ao crédito rural de que tanto necessita.

Assim, em virtude da hipossuficiência técnica, jurídica e financeira do pequeno produtor, é imprescindível criar mecanismos e meios para solucionar o referido problema.

Diante da atual conjuntura, o melhor órgão para atender tal demanda é a Defensoria Pública, que por lei tem o dever de proporcionar uma assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, prestando as duas funções características da advocacia: a de consultoria e a de representação, não só perante os órgãos do judiciário, mas também extrajudicialmente.

Para corroborar esta posição, é importante destacar o modelo criado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, através da Resolução n. 309, de 03.09.2007, no qual atuou no Projeto das Microbacias Hidrográficas, criando os Estatutos Comunitários de Conduta (ECC), que tinham por objetivo ajudar as comunidades rurais envolvidas no projeto na melhoria da percepção ambiental, resolvendo conflitos e buscando a autorregulação por parte dos agricultores familiares.

¹⁷ A inscrição no CAR é obrigatória para todas as propriedades e posses rurais, devendo ser requerida no prazo de 1 (um) ano contado da sua implantação, nos termos do artigo 29, §3º da Lei n. 12.651/2012 (Código Florestal) c/c artigo 64 da Instrução Normativa do Ministério do Meio Ambiente n. 2, de 06 de maio de 2014.



No referido projeto agricultores escolhidos pela própria comunidade foram capacitados pelos Defensores Públicos da comarca onde situava-se a microbacia hidrográfica, tanto em relação aos aspectos relativos à legislação ambiental, quanto no uso das normas de prevenção de conflitos e no processo de construção normativa, sempre utilizando metodologias de fácil absorção popular.

Portanto, para atender a exigência do Código Florestal para criação das áreas de reserva legal, somente projetos deste tipo serão capazes de ajudar aos pequenos produtores a regularizar as suas propriedades, já que a Defensoria Pública poderá dar o suporte jurídico para compreensão da lei e de suas exigências.

Também é plenamente viável a formação de parcerias com outros órgãos, inclusive aqueles ocupantes do chamado Terceiro Setor, conjunto de entidades da sociedade civil com fins públicos e não lucrativas capazes de prestarem ações solidárias às camadas populares onde nem sempre o Estado consegue atuar com eficiência.

4. ENTRAVES BUROCRÁTICOS CRIADOS PARA TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA RURAL E PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIOS E INCENTIVOS GOVERNAMENTAIS.

Antes da implementação do Cadastro Ambiental Rural restava claro a obrigatoriedade da averbação da reserva legal junto à matrícula do imóvel, nos termos do artigo 18, §4º do Código Florestal e do artigo 167, inciso II, item 22 e artigo 169 da Lei 6.015/73, sendo esta averbação requisito condicionante à transferência imobiliária e percepção de benefícios e incentivos governamentais.



Tanto que, no âmbito do Tribunal de Justiça deste Estado, foi editado o Aviso 622/2013¹⁸ no sentido de alertar os Serviços de Registro de Imóveis acerca da obrigatoriedade da averbação das áreas de reserva legal, enquanto não estivesse implementado o Cadastro Ambiental Rural, baseando-se na decisão liminar¹⁹ proferida no Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0002118-22.2013.2.00.0000 do Conselho Nacional de Justiça.

Ocorre que, mesmo com a implementação do CAR pela Instrução Normativa do Meio Ambiente n. 2, de 06 de maio de 2014 e a decisão definitiva proferida nos autos do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0002118-22.2013.2.00.0000, o impasse não foi resolvido.

Tal imbróglio se deve, inicialmente, a uma interpretação literal tanto do artigo 18, §4º do Código Florestal²⁰ quanto da decisão²¹ em comento. Isso porque, ambas redações revelam que é o registro da Reserva Legal no CAR que desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis.

Sendo o registro no CAR o elemento que faculta ao proprietário de imóveis rurais averbar a reserva legal junto à matrícula do imóvel, certo é que, caso não haja o registro propriamente dito - inscrição, análise da documentação e aprovação pelo pessoal do CAR -

¹⁸ Aviso 622/2013: Avisa aos Serviços de Registro de Imóveis que o Conselho Nacional de Justiça proferiu decisão liminar no sentido da obrigatoriedade da averbação das áreas de reserva legal, enquanto não estiver implementado o Cadastro Ambiental Rural previsto na Lei nº 12.651/2012 (Novo Código Florestal).

¹⁹ A aplicação do princípio da preservação ao caso em tela não autoriza, portanto, outra interpretação que não a que exija dos proprietários, enquanto ainda não estiver plenamente em funcionamento o Cadastro Ambiental Rural, a averbação no Registro de Imóveis da área de Reserva Legal. Plena, portanto, a plausibilidade jurídica invocada pelo requerente. Presente, também, o perigo na demora, tendo em vista que, por ora, ainda sem o Cadastro Rural, a faculdade do registro transforma-se em isenção, o que, em muito, prejudicaria o meio ambiente, é o que se extrai do PCA/CNJ n. 0002118-22.2013.2.00.0000 da relatoria da Conselheira Ana Maria Duarte Amarante Brito.

²⁰ O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato.

²¹ Ao tempo em que estabelece a nova forma de registro e fiscalização, a norma prescreve clara e indiscutível condição para a dispensa da averbação no Cartório de Registro de Imóveis. De acordo com sua interpretação literal, apenas o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, ou seja, o registro no Cadastro Rural é fator crucial para a total aplicação do preceito legal. Se não há o registro/cadastro, permanece a obrigação imposta na Lei nº 6.015/73 para averbação na matrícula do imóvel, pois o Novo Código Florestal não preconiza liberação geral e abstrata.



mas tão somente o protocolo junto àquela instituição, estará o Registrador obrigado a exigir o ato notarial da averbação da reserva legal.

De outro modo, estará o proprietário impossibilitado de promover qualquer transferência imobiliária e perceber quaisquer benefícios e incentivos governamentais sem que proceda à regularização ambiental de suas terras, já que fatalmente haverá exigências a serem cumpridas junto ao Serviço Extrajudicial.

Tais apontamentos ainda não restam esclarecidos no âmbito dos nossos Tribunais e indicam que exigir do proprietário o registro efetivo da reserva legal no CAR, não seja a melhor solução, posto que, a expedição do documento de regularização ambiental exige procedimento para cujo cumprimento o próprio Estado não dispõe de mecanismo eficiente.

Deve-se considerar a possibilidade de se autorizar a prática de atos na matrícula do imóvel mediante a mera comprovação pelo proprietário de que protocolou a documentação necessária, em consonância com o art. 14, §2º do Código Florestal ao dispor que²²:

§ 2º Protocolada a documentação exigida para a análise da localização da área de Reserva Legal, ao proprietário ou possuidor rural não poderá ser imputada sanção administrativa, inclusive restrição a direitos, por qualquer órgão ambiental competente integrante do Sisnama, em razão da não formalização da área de Reserva Legal.

A Consolidação Normativa da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Parte Extrajudicial, no artigo 598, com a redação dada pelo Provimento CGJ n.º 18/2015, publicado no D.J.E.R.J. de 04/05/2015, caminhou no sentido de exigir do registrador condicionar a prática de qualquer ato na matrícula do imóvel rural à comprovação do registro no CAR ou de protocolo de toda a documentação junto ao órgão ambiental. Mas fixou no §1º do referido artigo que somente o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no serviço do Registro de Imóveis.

²² BRASIL. Lei n.º 12.251, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.



A par disso, remanesce também, nas decisões proferidas pelas Cortes Superiores, como apresentado no capítulo 2 deste trabalho, a exigência da averbação da reserva legal junto à matrícula do imóvel para concessão da isenção do ITR e da exclusão da área de reserva legal do cálculo da produtividade do imóvel.

CONCLUSÃO

A exigência da fixação da reserva legal dentro das propriedades imobiliárias rurais realça a vital importância conferida à preservação do meio ambiente para a sociedade, incluindo a sobrevivência do ecossistema vegetal não somente para o país, mas benefícios à humanidade.

A reserva legal, apesar de fixar encargos aos proprietários de imóveis rurais, muitas vezes incompreensíveis, facilita o planejamento ambiental e econômico do uso e ocupação do imóvel rural, de modo sustentável, equilibrado e com consciência. Resguarda-se, assim, para o amanhã, aquilo que o ambiente ainda possui e se procura regenerar aquilo que o homem destruiu.

Verifica-se pelo trabalho apresentado que a regularização ambiental da propriedade junto ao CAR, muitas vezes seguida de um compromisso do proprietário de terras, é pré-requisito para acesso à emissão das Cotas de Reserva Ambiental e aos benefícios previstos nos Programas de Regularização Ambiental – PRA e de Apoio e Incentivo à Preservação e Recuperação do Meio Ambiente, definidos pela Lei 12.651/12.

Embora ainda se observe a relutância dos proprietários de terras rurais em se adequarem a um novo sistema, que muitas vezes exige sacrifícios, a regularização ambiental é o caminho ideal para uma sociedade que pretende tornar viável a vida terrestre.



E se por um lado existem encargos burocráticos, o Poder Público garantiu benefícios e incentivos para aqueles que promovem a regularização ambiental, como a possibilidade de regularização das APP e/ou Reserva Legal vegetação natural suprimida ou alterada no imóvel rural, sem autuação por infração administrativa ou crime ambiental e suspensão de sanções em função de infrações administrativas por supressão irregular de vegetação em áreas de APP, Reserva Legal e de uso restrito, cometidas até 22/07/2008; obtenção de crédito agrícola e contratação de seguro agrícola em melhores; dedução das APP's, de Reserva Legal e de uso restrito base de cálculo do ITR; linhas de financiamento para iniciativas de preservação de vegetação e flora nativas ameaçadas de extinção, manejo florestal e agroflorestal, ou recuperação de áreas degradadas e isenção de impostos para os principais insumos e equipamentos utilizados para os processos de recuperação e manutenção das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Direito Ambiental Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1442401/16-05-2013.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Cadastro Ambiental Rural – CAR. Disponível em: <<http://www.car.gov.br/#/suporte>>. Acesso em: 20 abr. 2015

_____. Conselho Nacional de Justiça. PCA n. 0002118-22.2013.2.00.0000. Relatora: Conselheira Ana Maria Duarte Amarante Brito. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ecnj/consulta_processo.php>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Decreto n. 7.830, de 17 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7830.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.



_____. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/perguntas>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Instrução Normativa do Ministério do Meio Ambiente n. 2, de 06 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.car.gov.br/leis/IN_CAR.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015..

_____. Sistema de Cadastro Ambiental Rural - SICAR. Disponível em: <<http://www.car.gov.br/#/sobre>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AResp n. 510.529. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1351630&num_registro=201401019055&data=20141006&formato=PDF>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp n. 1.301.751. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34367890&num_registro=201200019027&data=20140925&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp n. 327.687. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=29190918&tipo=0&nreg=201301087501&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130610&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.240.122. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100461496&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.367.968. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=31121220&tipo=0&nreg=201200049293&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130913&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 20 abr. 2015..

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3540. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3540%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3540%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cx8uowy>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Aviso nº 622/2013. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1442401/16-05-2013.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.



RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA, A PERDA DE UMA CHANCE E O DANO MORAL

Roberta Soares Ramalho Fernandes

Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: O artigo ora proposto tem por finalidade expor e analisar os institutos do dano moral e da perda de uma chance dentro da esfera da responsabilidade civil médica, bem como a forma como a pessoa física do médico e a pessoa jurídica, corporificada nos hospitais e clínicas médicas, respondem por tais danos. No decorrer do trabalho será analisada a conduta do médico e a respectiva responsabilização pelo dano decorrente de seu ato. O ponto nodal será a análise de como a conduta médica é avaliada, pois esta não pode ser engessada, sob o risco de decisões que não condizem com a realidade dos fatos. Será igualmente analisado a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Médica. Dano Moral. Perda de uma Chance.

Sumário: Introdução. 1. Responsabilidade Civil no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. 2. Responsabilidade Civil Médica 3. Perda de Uma Chance 4. Dano Moral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade realizar uma análise sobre a responsabilidade civil médica e o seu respectivo alcance, bem como refletir sobre a obrigação, o dever e a reparação do dano.

Inicialmente será analisada a responsabilidade civil no contexto do Código Civil (CC) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A abordagem será feita com base na doutrina, na jurisprudência e na legislação pátria. Muito há para se esclarecer, pois existe uma enorme lacuna entre a atividade médica e a subsequente, na hipótese de comprovação do dano, responsabilidade civil. O tema merece destaque, pois as demandas judiciais crescem a cada dia, fazendo-se necessário uma delimitação da responsabilidade advinda de um suposto erro médico, ou seja, de uma conduta negligente, imprudente ou imperita.

O erro existe em toda esfera humana, mas também existem diversos tipos de condutas que geram um fato danoso, não podendo engessá-las e nem elencá-las em um rol taxativo. Essas condutas merecem uma análise mais criteriosa, pois nem a medicina e nem o direito são ciências exatas. Inseridas nessas disciplinas há o indivíduo, que não pode ter o seu caso concreto analisado de forma abstrata. Os fatos, a ocorrência e as possíveis intercorrências, dentro do contexto do caso em questão, precisam ser analisados de forma individualizada e humanizada.

Em seguida, será analisado o dano, a sua mensuração e reparação: será que a vida de um indivíduo pode ser quantificada em espécie, sendo que uma sequela, tanto física quanto psíquica, pode ser eterna e o dano irreversível?

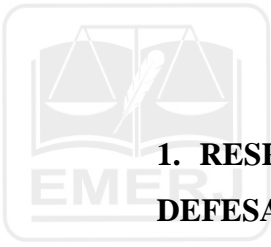
Em meio a tudo isso, surge a dificuldade de comprovar um erro, que não é matéria simples, a sequela física é visível, mas traçar um elo (nexo causal) entre uma conduta em si do profissional médico e uma sequela é um trabalho árduo, pois diversas são as variáveis envolvidas, tanto endógenas, inerentes ao próprio paciente (idiossincráticas), quanto exógenas, como a estrutura hospitalar e materiais disponíveis, por exemplo.

Deve-se destacar que, no que concerne à questão probatória de uma conduta profissional fora dos ditames da melhor prática médica, faz-se de suma importância o prontuário médico do paciente, bem como o termo de consentimento informado, como diretrizes dos princípios da informação, do consentimento e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto a ser abordado é a atual discussão acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance dentro do contexto da responsabilidade civil médica, tanto a sua aplicabilidade, quanto à sua mensuração, diante do fato, na prática, dependem de aspectos que envolvem hipóteses e probabilidades, logo, faz-se necessário muita cautela, razoabilidade e proporcionalidade na forma como ela irá adequar-se ao caso concreto.

Por fim, será analisado a quantificação do dano para fins de indenização, tanto na ocorrência de um erro médico, como na aplicação da teoria da perda de uma chance. Também será procedida uma distinção entre a natureza da indenização em cada caso, bem como a forma como o dano será reparado.

Para tanto, serão analisados os aspectos da ética e da conduta médica, bem como o dever de indenizar, com base no posicionamento da doutrina e da jurisprudência no que concerne a matéria em questão.



1. RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Inicialmente, deve-se partir do conceito de responsabilidade para que, a posteriori, os demais aspectos sejam traçados. Para San Tiago Dantas o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito, para tanto, a ordem jurídica impõe deveres e obrigações.

O ato ilícito ocorre quando um dever previamente estabelecido na ordem jurídica, de fazer, não fazer ou suportar, é violado. Com isso, nasce um outro dever, o de responder, reparar e/ou indenizar. Logo, conclui-se que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário¹.

Nesse sentido, uma pessoa só responderá perante a ordem jurídica quando violar um dever jurídico preestabelecido na lei, no contrato ou na ordem jurídica como um todo, como um princípio geral, por exemplo.

A responsabilidade civil muito evoluiu nos últimos anos, principalmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe em seu texto legal a possibilidade de uma análise sob o prisma objetivo da responsabilidade, ou seja, sem a demonstração do elemento culpa, porém, mantendo-se a necessidade de demonstrar a conduta ilícita, o dano e o nexo causal.

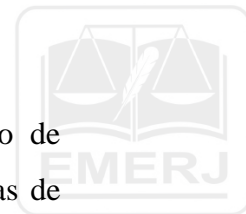
Conforme pontua Sérgio Cavalieri Filho, essa evolução da responsabilidade civil começou com a flexibilização do conceito de prova da culpa, passando pela culpa presumida, evoluindo para a culpa contratual, culpa anônima, até chegar na responsabilidade objetiva².

Deve-se destacar que o Código Civil pouco aborda sobre o tema e tem como principal referência o artigo 186 de seu texto legal, o qual aduz que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No que concerne à responsabilidade médica, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, ela passou a ser analisada sob duas vertentes, quais sejam: a responsabilidade decorrente da prestação de serviço, direta e pessoalmente, do médico,

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2-3.

² Id. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 285.



como profissional liberal; e a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, corporificada nos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos, entre outros.³ A primeira responsabilidade é subjetiva, enquanto a segunda é objetiva.

Deve-se destacar que o Código de Defesa do Consumidor descreve, de forma clara e objetiva, no parágrafo 4º, do artigo 14, que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Nesse dispositivo, enquadra-se o médico que atua em nome próprio, sem a existência do elemento empresa.

O presente trabalho irá analisar a questão do dano moral e da teoria da perda de uma chance sob a ótica da responsabilidade e da conduta do médico como profissional liberal.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

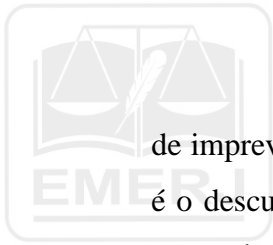
A responsabilidade civil médica se divide em responsabilidade civil do médico, como pessoa física, profissional liberal, e a responsabilidade da pessoa jurídica, decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial. Conforme já abordado, a primeira é subjetiva e a segunda objetiva. Nesse momento, a abordagem será feita com enfoque na responsabilidade do médico como profissional liberal.

Deve-se, inicialmente, destacar que a relação entre o médico e o paciente é, via de regra, contratual e, salvo a exceção das cirurgias embelezadoras, são obrigações de meio, ou seja, para que haja a responsabilização do médico, faz-se necessário e essencial a demonstração de culpa e do nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano causado, uma vez que se trata de responsabilidade subjetiva.

Conforme já destacado, o elemento culpa é o fundamento para a responsabilidade subjetiva, logo, para que o profissional médico responda por sua conduta, faz-se necessário que a aquela tenha sido praticada mediante uma postura imprudente, negligente ou imperita, as quais, muito embora utilizadas como sinônimos, não podem ser confundidas.

A imprudência é a descuidada, descuido, prática de ação irrefletida e intempestiva, ou precipitada, inconsiderada, sem as necessárias precauções, resultante

³ CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 369-370.



de imprevisão do agente em relação a ato que podia e devia pressupor. Já a negligência é o descuido, desídia, desleixo, falta de cuidado capaz de determinar responsabilidade por culpa. Por fim, a imperícia é a ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaestria na arte ou profissão. O dano é causado por falta de conhecimento acerca da matéria ou da profissão⁴.

Importante pontuar que, na prática, essa distinção não é tão simples, ou seja, o conteúdo fático-probatório deve ser denso e os documentos detalhados, pois, para que se possa vincular uma determinada conduta a um dano, os fatos devem estar muito bem relacionados e descritos. Para tanto, um dos principais documentos com conteúdo probatório é o prontuário médico, pois é nesse documento que se encontra a descrição dos procedimentos realizados, medicamentos ministrados, condutas dentro de um centro cirúrgico, de um CTI, durante uma internação ou até menos quando de um simples atendimento.

Outrossim, cabe destacar que o prontuário médico possui regras específicas para o seu preenchimento, as quais encontram-se descritas na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.638/2002⁵, que prevê, inclusive, a obrigatoriedade da criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde, tamanha é a importância de um correto preenchimento do referido documento.

Ainda no contexto fático-probatório, outra abordagem de suma importância é a respeito do termo de consentimento informado, muito discutido quando o tema gira em torno de cirurgias plásticas embelezadoras, cuja obrigação assumida é a de resultado, pois tratam-se de procedimentos cirúrgicos com fins meramente estéticos. Nesse tipo de procedimento, o cirurgião assume o verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.

Porém, o referido documento tem uma abrangência muito maior, uma vez que cabe ao médico obter o consentimento informado do paciente, ou, na impossibilidade de o paciente aquiescer, em razão de seu estado de saúde físico e/ou emocional, de seu representante legal ou outro legitimado para tanto. O referido consentimento, que pode se dar de forma escrita ou verbal, deve ser realizado antes de qualquer tipo de procedimento, principalmente os de risco ou intervenções cirúrgicas, salvo situações de emergência.

⁴ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil erro médico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.134-136.

⁵ Resolução do Conselho Federal de Medicina. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2015.



Apenas deve-se destacar que, por certo, a informação por escrito é a maneira mais fidedigna de se fazer prova, principalmente quando se toma por base o artigo 6º, inciso VII, do CDC, que trata da inversão do ônus da prova nas relações consideradas de consumo, logo, na maioria das vezes, caberá ao médico (réu) fazer prova contrária às alegações do paciente (autor).

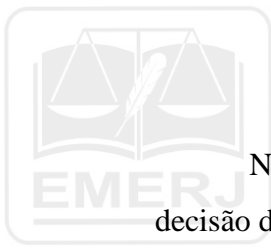
Ademais, insta destacar o previsto no Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009) sobre o tema, o qual aduz, em seu Capítulo IV, que versa sobre Direitos Humanos, que é vedado ao médico “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

O dever de informar também encontra respaldo na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos que, em seu artigo 5º, letra ‘b’, ao abordar os direitos individuais, aduz que “em qualquer caso, deve ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido. Se este não estiver em condição de fornecer tal consentimento, esse mesmo consentimento ou autorização deve ser obtido na forma determinada pela legislação, orientada pelo maior interesse do indivíduo”.

Faz-se indispensável destacar o previsto no artigo 5º, inciso XIV, da CRFB/88, o qual assegura a todos o acesso à informação e resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o dever de informar surge como direito básico do consumidor, elencado no artigo 6º, inciso III, do referido diploma legal. Destacando-se que a relação médico-paciente, quando se trata de profissional liberal prestador de serviços, sem que haja o elemento empresa, é regida, via de regra, pelo CDC.

Logo, o médico que deixa de informar ao paciente acerca do tratamento, clínico ou cirúrgico, a ser instituído, riscos, chances de erro, entre outros aspectos gerais, incorre em negligência e o profissional poderá responder civilmente. Em contrapartida, o médico que informa o paciente, de forma clara e precisa, acerca de possíveis intercorrências, pode se eximir de responder civilmente. Por certo, dessa hipótese, exclui-se o erro médico.



Nesse sentido, e para melhor exemplificar o acima descrito, merece destaque decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁶, a qual aduz:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZATÓRIA – LIGADURA DE TROMPAS – SENTENÇA REFORMADA – A LAQUEADURA DE TROMPAS SOMENTE É FEITA PELO MÉDICO COM O CONSENTIMENTO DA PACIENTE, CONTUDO, NÃO É NECESSÁRIO QUE SEJA DADO POR ESCRITO, ADMITINDO-SE QUE O SEJA VERBAL – NADA HÁ QUE O IMPONHA SOB A FORMALIDADE DA LITERALIDADE – O PROCEDIMENTO DO MÉDICO NÃO SE MOSTRA DESVIADO DA MORAL E DA ÉTICA – AUSENTE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. O que parece ter ocorrido foi arrependimento do ato, mas, lastimavelmente, a Autora deveria ter pensando melhor antes de autorizar a ligadura das suas trompas, prevendo, inclusive, todas as consequências, por mais funestas que pudessem ser. Recurso de apelação provido para julgar improcedente o pedido, invertendo-se os ônus sucumbenciais. Recurso adesivo prejudicado.

Em situação diversa, o Superior Tribunal de Justiça⁷ responsabilizou o médico em razão da ausência de consentimento informado, nos termos da ementa a seguir aduzida.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido.

No entanto, mesmo com normas muito bem definidas, existem situações que fogem à matéria teórica médica, ou seja, mesmo em se aplicando a melhor técnica, os melhores materiais, imprevistos são passíveis de ocorrer, eis que a Medicina, assim como o Direito, não é ciência exata e, da mesma forma que existem reações inesperadas e tecnicamente inexplicáveis de melhora repentina do paciente, também existem as hipóteses e casos de um paciente, com um quadro clínico estável, ter uma mudança repentina em seu quadro e exacerbar a sua patologia, podendo até levar ao óbito.

Logo, nem sempre o sucesso ou fracasso de um procedimento, ou internação, decorre única e exclusivamente da conduta do médico. A este profissional compete, dentre outras atribuições, desenvolver com ética e disciplina a medicina, pautar sempre sua conduta às regras da circunspeção, da probidade e da honra, e não abandonar os seus pacientes, mesmo quando estes estejam sendo submetidos a tratamentos difíceis e

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC 2006.001.67409. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200600167409>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 436827. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RJ+%2C+rel.+Min.+Ruy+Rosado+Aguiar>>. Acesso em: 27 nov. 2015



longos. Destacando-se que, ao atender um paciente o médico exerce, obrigatoriamente e ao mesmo tempo, seus direitos e deveres⁸.

3. PERDA DE UMA CHANCE

A responsabilidade civil pela perda de uma chance surgiu na França, sendo, posteriormente, abordada e estudada na Itália. No ordenamento jurídico pátrio, o tema só começou a ser recentemente discutido e aplicado, principalmente no que tange à responsabilidade civil médica, a qual é conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

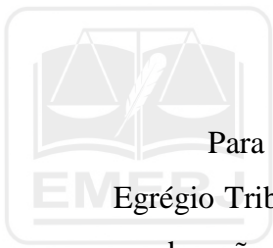
Inicialmente, deve-se ressaltar que a aplicação da teoria da perda de uma chance encontra limites, uma vez que nem todas as situações são passíveis de indenização, mas apenas aquelas em que a perda de uma chance for considerada séria e real.

A teoria da perda de uma chance, dentro do contexto do presente trabalho, encaixa-se na situação em que os cuidados prestados pelo profissional não foram aplicados dentro da melhor prática médica, com a suficiente presteza e técnica capazes de gerar uma chance de cura ou a sobrevivência, ou seja, quando a conduta médica não observou o devido dever de cuidado e não aplicou-se a técnica correta.

A aplicação dessa teoria ocorre quando não é possível fazer o nexo entre a conduta do médico e o evento lesivo final. No entanto, deve-se tomar muito cuidado, pois a referida conduta, muitas vezes, decorre de uma postura negligente, o que pode gerar uma confusão com o próprio erro médico. Nesta qualificação – erro médico – ocorre a demonstração do nexo, o que, conforme já dito, é de difícil comprovação nos autos do processo.

A teoria da perda de uma chance nasce como uma salvaguarda do paciente, demandante, quando a omissão de um profissional não é a causa direta do dano. Porém, em caso de uma conduta acertada, quer um atendimento antecipado, quer a realização urgente de um procedimento cirúrgico, por exemplo, gerariam chances efetivamente reais, de êxito na conduta, ou seja, teriam como resultado a cura ou a sobrevivência do paciente.

⁸ Manual de Orientação Ética e Disciplinar do Conselho Regional de Medicina. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.



Para corroborar com o acima exposto, merece destaque a recente decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na qual é possível observar a condenação de um profissional médico com base na perda de uma chance de prolongamento da vida de uma paciente.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. IMPOSSIBILIDADE DE ÊXITO NO TRATAMENTO DA PACIENTE ACOMETIDA POR UM TUMOR NA REGIÃO DO ABDÔMEN, DIANTE DA AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO APROFUNDADA E ACOMPANHAMENTO DA PACIENTE APÓS A REALIZAÇÃO DE UMA PRIMEIRA CIRURGIA PARA A RETIRADA DE UM MIOMA, REALIZADA TRÊS ANOS ANTES DE SEU PASSAMENTO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PLENA APLICAÇÃO NA SEARA MÉDICA. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES REAIS E CONCRETAS DE CURA OU MAIOR SOBREVIVÊNCIA DE PACIENTE EM RAZÃO DE TRATAMENTO INADEQUADO DISPENSADO PELOS MÉDICOS DA ASSOCIAÇÃO-RE. [...] PROVA PERICIAL APORTADA AOS AUTOS QUE DÁ CONTA DE QUE FOI DESPERDIÇADA A OPORTUNIDADE DE TRATAMENTO DE SAÚDE QUE PODERIA INTERROMPER UM PROCESSO DANOSO EM CURSO, E QUE LEVOU A PACIENTE À MORTE. DESCUMPRIMENTO DE UM DEVER DE ATUAR COM O GRAU DE DILIGÊNCIA PERTINENTE QUE RETARDOU O INÍCIO DO TRATAMENTO ADEQUADO À DOENÇA APRESENTADA PELA ENFERMA, REDUZINDO, ASSIM, A PROBABILIDADE DE SE IMPEDIR OU, AO MENOS, RETARDAR O SEU FALECIMENTO, MOTIVO PELO QUAL PRESENTE O DEVER DE INDENIZAR NA ESPÉCIE, PELA PERDA DA CHANCE. [...].

Faz-se importante destacar que a prova pericial, comumente realizada e indispensável na maioria dos casos, possui caráter técnico e o respectivo laudo pericial deverá ser elaborado de forma imparcial. A prova pericial será de suma importância, pois é tarefa difícil traçar o nexos causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda de uma chance de sobrevivência ou de cura.

Como bem pontua o prestigiado doutrinador Sérgio Cavaliere Filho⁹:

A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada (...) A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade.

Nesse sentido, merece destaque decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no ano de 2009, mas que ainda denota o posicionamento jurisprudencial atual¹⁰:

RESPONSABILIDADE. MÉDICO. TEORIA. PERDA. CHANCE. A relação entre médico e paciente é contratual em regra. Salvo cirurgias

⁹ CAVALIERE FILHO, op. cit. p. 379-380.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp n. 1.104.665/RS. Relatora: Ministra Massami Uyeda. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

plásticas embelezadoras, caracteriza-se como obrigação de meio, na qual é imprescindível, para a responsabilização do médico, a demonstração de culpa e nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, uma vez que se trata de responsabilidade subjetiva. No caso, o Tribunal a quo reconheceu a inexistência de culpa e nexo de causalidade entre a conduta do profissional e a morte do paciente, o que constitui fundamento suficiente para excluir de condenação o médico. A chamada teoria da perda da chance, adotada em tema de responsabilidade civil, aplica-se quando o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no espectro da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável. O acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso o paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do profissional da saúde no período pós-operatório. Logo, inadmissível a sua responsabilização com base na referida teoria. Diante do exposto, a Turma deu provimento ao recurso, julgando improcedente a ação de indenização por danos morais.

Quanto ao julgado acima exposto, deve-se, inicialmente, destacar que a jurisprudência fixa entendimento no sentido de que a probabilidade deve ser indenizável, porém, a mera possibilidade não. Conceitualmente, esta não é a melhor distinção, uma vez que a probabilidade engloba uma possibilidade. Para melhor exemplificar a afirmação, pode-se considerar o seguinte: se em um fenômeno aleatório as possibilidades são igualmente prováveis, então a probabilidade de ocorrer um evento 'A' é igual ao número de casos favoráveis sobre o número de casos possíveis¹¹. Outro conceito aduz que o estudo da probabilidade vem da necessidade de, em certas situações, ser possível prever a possibilidade de ocorrência de determinados fatos¹².

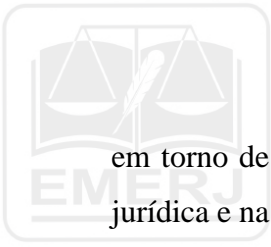
Ademais, uma abordagem interessante surge quando a teoria da perda de uma chance é comparada a teoria dos jogos, que é o estudo das tomadas de decisões entre indivíduos quando o resultado de cada um depende das decisões dos outros, numa interdependência similar a um jogo¹³. Quando aplicada a esfera médica, essa teoria muito se assemelha a já citada teoria da perda de uma chance, no seguinte sentido: a decisão do médico depende da reação do organismo do paciente e, conforme essa reação, a decisão seguinte deverá ser tomada.

Portanto, pode-se concluir que a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica não se trata da ocorrência de uma possibilidade ou probabilidade, mas sim de uma situação em que, dentre várias assertivas, ou tentativas, a chance de acerto, êxito, seria maior do que a chance de erro, caso as variantes fossem abordadas de forma correta. No entanto, deve-se destacar que a referida aplicação gira

¹¹ <<http://www.somatematica.com.br/index2.php>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

¹² <<http://www.matematicadidatica.com.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

¹³ <<http://www.cienciaestrategia.com.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.



em torno de uma probabilidade, algo que não é certo na matemática, quiçá, na ciência jurídica e na ciência médica.

Porém, na esfera médica uma tentativa errada pode ser crucial, pois envolve a vida e a saúde do paciente. O organismo humano é um campo desconhecido de variáveis aleatórias, logo, muitas vezes, mesmo em sendo realizado o melhor tratamento, com a melhor técnica, prever um dano ou um resultado lesivo é de extrema dificuldade.

Importante ter em mente que os tratamentos médicos devem ser individualizados, com a finalidade de aumentar as chances de êxito e minorar as de falha, uma vez que, cada organismo tende a responder de uma forma diferente.

O fato é que a aplicação da teoria da perda de uma chance ainda carece de estudo e precisa ser lapidado para que não seja aplicada de forma indiscriminada, podendo gerar decisões, e consequentes indenizações, desproporcionais e irrazoáveis. Logo, as indenizações devem ser fixadas em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

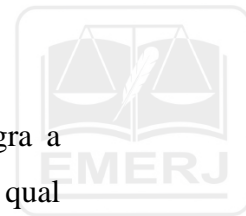
Por fim, deve-se reafirmar que a teoria da perda de uma chance é relativamente recente no ordenamento jurídico pátrio, logo, é preciso aplicá-la com cautela, pois condenar um profissional médico por probabilidades pode incutir em um erro e gerar um dano grave e/ou irreversível, tanto para o profissional em seu meio de atuação, como dentro da sociedade. Deve-se destacar que não há nessa afirmação qualquer conteúdo defensivo de práticas médicas desidiosas, omissas, negligentes, ou imprudentes.

4. QUANTIFICAÇÃO E INDENIZAÇÃO DO DANO

Inicialmente deve-se destacar que não há que se falar em responsabilidade civil sem a existência de dano. Conforme aduz Sérgio Cavalieri Filho, não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Dando continuidade, ressalta que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.¹⁴

O dano pode ser caracterizado como material ou imaterial. O primeiro diz respeito às perdas e danos e engloba o dano emergente (prejuízo efetivo) e os lucros cessantes (o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar); o segundo distingue-se pelo

¹⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 70.



fato de ser um dano sem caráter patrimonial, é a agressão a um bem que integra a personalidade do indivíduo, logo, insusceptível de valoração pecuniária, razão pela qual possui caráter compensatório.

Em se tratando de erro médico, o dano emergente pode ser identificado como uma lesão ao corpo ou a saúde do paciente e que resulte em despesas realizadas com tratamento, internação, medicamento e outros que visem à recomposição daquele¹⁵.

Já os lucros cessantes caracterizam-se pelo valor que o paciente deixou de auferir em razão de sequelas decorrentes de erro médico e que, durante um período, subtraíram a capacidade laborativa do ofendido¹⁶.

Há que se destacar a possibilidade do pensionamento, também a título de indenização, quando os danos decorrentes de um erro médico geram sequelas definitivas e irreversíveis, e que reduzem a capacidade ou, até mesmo, incapacitam o paciente para o exercício de atividades laborativas.

Assim, é possível afirmar que, em determinadas situações, o paciente faça jus a indenização por dano material, moral e estético, de forma cumulativa. A seguir, pode-se conferir na jurisprudência a adoção de tal medida¹⁷:

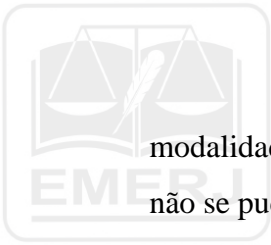
Ação de indenização por danos moral, material e estético decorrentes de erro médico e falta de esclarecimentos quanto a procedimento cirúrgico e de seus riscos. Procedência parcial do pedido, fixada a indenização por dano moral em R\$ 30.000,00. Apelação de ambas as partes. Relação de consumo. Responsabilidade subjetiva. Prova pericial conclusiva de que as sequelas suportadas pelo Autor em sua coluna vertebral, com conseqüente lesão do nervo ciático, são de caráter irreversível e permanente e de que são as mesmas decorrentes do posicionamento indevido de um dos parafusos, por ocasião da fixação das barras estabilizadoras durante a cirurgia realizada pelo Réu. Culpa caracterizada. Falha na prestação do serviço. Dano moral configurado. Quantum indenizatório condizente com a repercussão dos fatos em discussão e com o caráter pedagógico do instituto. Dano material decorrente da incapacidade permanente do Autor para a atividade de taxista. Pensionamento devido desde fevereiro de 2009, ocasião em que ficou caracterizada a incapacidade, no valor equivalente a 01 (hum) salário mínimo, à falta de prova segura de ganhos superiores. Desprovimento da primeira apelação e provimento parcial da segunda apelação.

No que concerne à indenização a título de perda de uma chance, essa, conforme entendimento jurisprudencial, não será integral, mas, sim, parcial, na proporção da chance de êxito no tratamento médico (clínico ou cirúrgico). Ademais, entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que a perda de uma chance consubstancia-se em uma

¹⁵ Melo, op. cit., p. 36

¹⁶ Ibid.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0043269-38.2010.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Ana Maria Oliveira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500166121>>. Acesso em: 4 dez. 2015.



modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.

Nessa modalidade de indenização, o agente não responde pelo resultado para o qual a sua conduta pode ter contribuído, mas, apenas, pela chance de que ele privou o paciente, ou seja, a chance em si, desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo, é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável¹⁸.

Para a fixação do valor da indenização, também se leva em consideração, segundo o entendimento da jurisprudência, a gravidade do dano, sua extensão e duração, a capacidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta e o desestímulo à reincidência.

Por fim, deve-se diferenciar que, quando se trata de erro médico, a indenização não será fixada proporcionalmente, como na perda de uma chance, mas em razão do dano em si, o qual foi devidamente comprovado nos autos do processo em que se discute o caso concreto.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar os aspectos relevantes da responsabilidade civil médica, inicialmente com uma abordagem acerca da evolução dos aspectos da própria responsabilidade civil no mundo jurídico, bem como a sua prova na seara médica.

Posteriormente, foi analisado, com mais detalhes, a responsabilidade civil médica, a questão da prova e os documentos essenciais para a constatação da omissão do profissional, ou para a sua escusa de culpabilidade. Excluindo-se, por certo, os casos de erro médico grosseiro.

Em seguida, foi abordado a teoria da perda de uma chance e os requisitos para a sua aplicabilidade, bem como a forma de mensuração da concernente indenização, a qual deverá ser realizada mediante rígidos padrões de proporcionalidade e razoabilidade.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp. n. 1.254.141/PR. Relator Ministro Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-513-do-stj-2013,42335.html>>. Acessado em: 11 nov. 2015.



Por fim, foi analisada a quantificação indenizatória do dano, em termos pecuniários, a qual deve seguir o mesmo padrão de rigidez e cautela para a sua fixação. Deve-se ressaltar e concluir que todos os aspectos acima abordados necessitam de muito cuidado quando se sua aplicação, para que não ocorram decisões injustas e com efeitos irreversíveis.

Nessa linha de raciocínio, tanto o paciente (autor), quanto o réu (médico), podem sofrer prejuízos na hipótese de uma decisão abstrata, ou seja, sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto. No caso do paciente, este não teria o seu dano devidamente ressarcido, e no caso do médico, este poderia não apenas incorrer em um prejuízo patrimonial desproporcional, como, também, para a sua imagem, como profissional e como indivíduo.

Ademais, uma conduta humanizada do médico, quando do atendimento ao seu paciente, por certo, reduziria a probabilidade de um erro ou de uma conduta danosa perante o quadro clínico apresentado no caso concreto.

Assim, certo concluir que as peculiaridades de cada caso devem ser analisadas com base no binômio humanização da medicina e individualização do caso concreto.

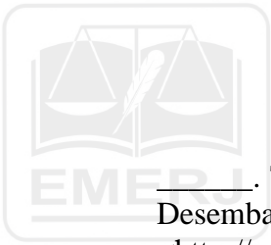
REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp. n. 1.254.141/PR. Relator: Ministro Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-513-do-stj-2013,42335.html>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

_____. REsp n. 1.104.665/RS. Relatora: Ministra Massami Uyeda. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0003250-30.2005.8.19.0012 - APELACAO. Relator: Desembargador Heleno Ribeiro P. Nunes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201500125005&CNJ=0003250-30.2005.8.19.0012>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 436827. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RJ+%2C+rel.+Min.+Ruy+Rosado+Aguiar>>. Acesso em: 27 nov. 2015



_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC 2006.001.67409. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200600167409>>. Acesso em: 27 nov. 2015

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70.

Manual de Orientação Ética e Disciplinar do Conselho Regional de Medicina. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil erro médico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.134-136.

Resolução do Conselho Federal de Medicina. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2015.

<<http://www.cienciaestrategia.com.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

<<http://www.matematicadidatica.com.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

<<http://www.somatematica.com.br/index2.php>>. Acesso em: 11 nov. 2015.



VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E JURISDICIONAL

Rodrigo Saraiva Porto Garcia

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF. Advogado.

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo examinar a possibilidade de aplicar o instituto da vedação ao comportamento contraditório às relações havidas entre a Administração Pública e os administrados, bem como à atuação do magistrado no exercício da atividade jurisdicional. A pesquisa utiliza a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa para identificar as características do *venire contra factum proprium* e verificar a posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.

Palavras-Chave: Direito Civil. Boa-fé objetiva. Vedação ao Comportamento Contraditório. *Venire Contra Factum Proprium*. Administração Pública. Poder Judiciário.

Sumário: Introdução. 1. A boa-fé objetiva e a vedação ao comportamento contraditório. 1.1. A função interpretativa. 1.2. A função integrativa e criadora de deveres anexos. 1.3 A função delimitadora do exercício de direitos. 1.4. A vedação ao comportamento contraditório. 2. A vedação à prática de atos administrativos contraditórios. 3. A vedação à prolação de decisões e despachos contraditórios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação prática da vedação ao comportamento contraditório aos atos administrativos emanados pela Administração Pública e aos atos decisórios e despachos proferidos pelos órgãos judiciais. Para isso, será utilizada metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

O intuito é demonstrar que o princípio da boa-fé objetiva pode limitar a atuação do Poder Público em sentido amplo, de forma a garantir segurança jurídica ao particular que com ele se relaciona.



A vedação ao comportamento contraditório é uma figura parcelar decorrente do princípio da boa-fé objetiva, que consiste na proibição imposta ao indivíduo de praticar uma conduta em sentido contrário a uma conduta anteriormente praticada.

Para tanto, o instituto baseia-se na nova significação atribuída ao princípio da boa-fé em sua vertente objetiva e a construção das suas funções interpretativa, integrativa e delimitadora de direitos.

Desde a edição do Código Civil de 2002 (“CC”), a boa-fé objetiva adquiriu sede normativa e teve a sua aplicação difundida nas relações civis e empresariais entre particulares. No entanto, a aplicabilidade do instituto não é muito trabalhada nas relações estabelecidas entre o particular e o Poder Público.

Nesse sentido, busca-se demonstrar que o princípio da boa-fé objetiva é um *standard* de comportamento que se impõe não somente aos particulares, mas também à Administração Pública e aos órgãos judiciais no exercício das suas atividades típicas. Para isso, impõe-se examinar a aplicabilidade da vedação ao comportamento contraditório às relações entre particulares, os pressupostos para a sua utilização, e os limites impostos pela doutrina e jurisprudência.

1. A BOA-FÉ OBJETIVA E A VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

A boa-fé foi introduzida no direito brasileiro pelo art. 131, inciso I do Código Comercial (“CCom”)¹ com a função de interpretação das cláusulas contratuais. No entanto, Orlando Gomes² leciona que a regra não teve sua aplicação difundida nos tribunais, nem

¹ BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

² GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43-44.



tampouco foram desenvolvidos os contornos do instituto³. Com o advento do Código Civil de 1916 (“CC/16”)⁴, veio a figura da boa-fé subjetiva, que diz respeito “a um estado subjetivo ou psicológico do indivíduo”, conforme ensina Gomes⁵, e consiste na intenção do indivíduo ao praticar determinada conduta⁶.

A grande mudança legislativa veio com os art. 4º, inciso III e 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”)⁷ que positivaram a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio, notadamente nas relações consumeristas. Assim, pode-se conceituar a boa-fé objetiva, nas palavras de Fernando Noronha⁸ como o “dever de agir conforme os padrões socialmente recomendados de lealdade, correção, lisura, nas relações estabelecidas com outras pessoas, para não frustrar as expectativas destas que sejam legítimas”.

A boa-fé objetiva é um padrão de comportamento imposto às partes contratantes passível de aferição objetiva, sem necessidade de adentrar na mente do indivíduo para averiguar sua intenção⁹.

Somente com a edição do atual Código Civil é que a boa-fé objetiva deixou de ter tratamento legislativo apenas no âmbito restritivo do Direito do Consumidor, e ampliou o seu alcance para as relações civis como um todo. Desse modo, destaca-se que os art. 113 e 422 do

³ Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco reconhecem que o dispositivo do Código Comercial nada mais era do que “letra morta” (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 188-189).

⁴ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

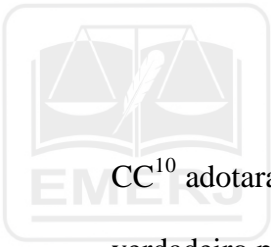
⁵ GOMES, op. cit. p. 43.

⁶ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 120.

⁷ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8078.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80-81.

⁹ NEGREIROS, op. cit., p. 152.



CC¹⁰ adotaram a boa-fé objetiva como princípio regente das relações obrigacionais civis, um verdadeiro parâmetro de atuação a ser seguido pelo indivíduo.

Diante disso, é possível identificar três funções da boa-fé objetiva: (i) a função interpretativa; (ii) a função integrativa e criadora de deveres anexos; e (iii) a função delimitadora do exercício de direitos¹¹.

1.1. A FUNÇÃO INTERPRETATIVA

A função interpretativa da boa-fé objetiva encontra fundamento normativo no art. 113 do CC e determina que o significado extraído das cláusulas negociais deve ser o mais consentâneo com a proteção da confiança¹². Desse modo, existindo lacunas, obscuridades ou ambiguidades em um contrato, a boa-fé objetiva é um dos recursos que o intérprete contratual possui para suprir quaisquer deficiências, utilizando-se do ponto de vista de um homem médio¹³.

1.2. A FUNÇÃO INTEGRATIVA E CRIADORA DE DEVERES ANEXOS

A função de integração da boa-fé objetiva – também denominada de função supletiva – cria um conjunto de deveres anexos à relação jurídica, sem necessidade de sua previsão no instrumento contratual. Antonio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro¹⁴ adota a tripartição dos

¹⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: contratos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. v. 4, tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito dos contratos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 172.

¹³ GOMES, op. cit., p. 44.

¹⁴ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 604.



deveres acessórios em (i) deveres de proteção; (ii) deveres de lealdade; e (iii) deveres de esclarecimento.

Os deveres de proteção impõem aos contratantes a prática de condutas que protejam a parte contrária de danos e prejuízos à sua pessoa ou ao seu patrimônio¹⁵. Não se trata de tutelar a execução fiel do contrato, mas sim evitar que os contratantes causem danos mútuos com o adimplemento das prestações fixadas no contrato¹⁶.

Os deveres de lealdade – também denominados deveres de cooperação ou de assistência – determinam a abstenção dos contratantes em cometer atos que desequilibrem o contrato, de qualquer modo comprometendo a utilidade da avença. Na fase de execução, o credor deve cooperar com o devedor para que este tenha condições de satisfazer a sua prestação com efetividade, bem como resguardar os interesses dos contratantes na celebração do pacto¹⁷.

A seu turno, por meio dos deveres de esclarecimento os contratantes assumem a obrigação de se manterem reciprocamente informados a respeito de todos os aspectos concernentes à relação contratual e das consequências que poderiam decorrer da execução do contrato¹⁸.

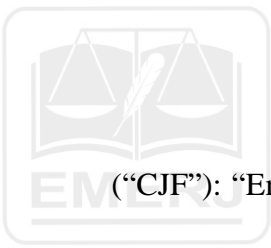
É importante reiterar que esses deveres devem ser respeitados e a violação de qualquer deles representa um verdadeiro inadimplemento contratual, de acordo com o disposto no Enunciado n. 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal

¹⁵ Nos dizeres de Menezes Cordeiro: “Os deveres acessórios de proteção constituem a versão actuante na vigência de um contrato das adstrições pré-contratuais patentes no caso do linóleo. Por eles, considera-se que as partes, enquanto perdure um fenómeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenómeno, sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimónios” (Ibid.). No mesmo sentido ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “Os deveres de proteção pretendem proteger a contraparte dos riscos de danos à sua pessoa e ao seu património, na constância da relação complexa” (FARIAS, op. cit., p. 176-177).

¹⁶ CORDEIRO, op. cit. p. 615.

¹⁷ Nesta esteira, explica Menezes Cordeiro: “Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Com esse mesmo sentido, podem ainda surgir deveres de actuação positiva” (Ibid., p. 606-607). Semelhantemente, ensinam Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald (FARIAS, op. cit., p. 176-177), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (GAGLIANO, op. cit., p. 115).

¹⁸ CORDEIRO, op. cit., p. 605.



(“CJF”): “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

1.3. A FUNÇÃO DELIMITADORA DO EXERCÍCIO DE DIREITOS

Por meio da função delimitadora do exercício de direitos, chamada por Gomes¹⁹ de função corretiva e por Marcos Ehrhardt Júnior²⁰ de função de controle, busca-se coibir o exercício abusivo e desproporcional de direitos, com o intuito de evitar o desequilíbrio contratual. As figuras da *exceptio doli* e do abuso de direito atuam como parâmetros delimitadores decorrentes desta função da boa-fé objetiva.

De um lado, a *exceptio doli* consiste no exercício de direitos com o objetivo de causar prejuízo à parte contrária²¹. O direito exercido ilicitamente pode ter qualquer fonte na *exceptio doli generalis* e pode ter por fonte um negócio jurídico na *exceptio doli specialis*²².

De outro lado, o abuso de direito encontra previsão no art. 187 do CC, inserido na categoria de atos ilícitos. O instituto possui duas formulações: (i) a subjetiva, que considera abusivo o exercício de direitos com o objetivo de causar danos a outrem, sem proporcionar qualquer vantagem ao titular; e (ii) a objetiva, que reputa abusivo o exercício de direitos sem respeito à sua finalidade econômica, social e moral, bem como à boa-fé e aos bons costumes²³. Pela leitura do dispositivo supracitado, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro filiou-se à formulação objetiva do abuso de direito²⁴.

¹⁹ GOMES, op. cit., p. 45.

²⁰ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 55, p. 181-200, jul. 2013, p. 182.

²¹ Nesse sentido, ensinam Gagliano e Pamplona Filho: “A ‘exceção dolosa’, conhecida como *exceptio doli*, consiste em um desdobramento da boa-fé objetiva, que visa a sancionar condutas em que o exercício do direito tenha sido realizado com o intuito, não de preservar legítimos interesses, mas, sim, de prejudicar a parte contrária” (GAGLIANO, op. cit., p. 126).

²² *Ibid.*, p. 128.

²³ Fábio Ulhoa Coelho assim expõe as diferentes formulações do abuso de direito: “a despeito das críticas que sofreu, desenvolveu-se a teoria do abuso de direito pelos países de tradição jurídica romanística. Passou a



Vale mencionar que a finalidade econômica e social consiste na compatibilização entre os interesses do titular do direito e os demais contratantes e indivíduos que serão alcançados pelo exercício do direito²⁵. Por sua vez, a observância da boa-fé visa coibir a conduta desleal, desonesta e que busque proveitos ilegítimos. E por fim, os bons costumes representam a expectativa legítima da comunidade de que o titular do direito se comporte de uma certa maneira diante de uma situação específica²⁶.

Com efeito, o abuso de direito não se restringe a direitos subjetivos, alcançando a abusividade no exercício de posições jurídicas, liberdades, faculdades, ou direitos potestativos²⁷. Seria possível até o exercício abusivo de direitos estabelecidos em um contrato²⁸.

É importante destacar que Menezes Cordeiro²⁹ traz ainda outra classificação para o exercício desequilibrado de direitos: (i) o exercício danoso inútil; (ii) as situações abarcadas pelo *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*³⁰; e (iii) a desproporcionalidade entre a vantagem auferida e o sacrifício imposto.

No exercício inútil danoso, o titular do direito não extrai qualquer proveito da sua conduta, apenas prejudica a outra parte³¹. Por sua vez, o *dolo agit qui petit quod statim*

apresentar, em sua trajetória evolutiva, duas formulações distintas. De um lado, a concepção designada subjetiva, que reputa abusivo o exercício do direito com a intenção única de provocar danos a outras pessoas, sem proveito ao titular. Essa concepção está mais próxima da figura do ato emulativo do direito romano. De outro, a designada objetiva, que não se ocupa das intenções do sujeito e considera ilícito o exercício do direito sem a observância de sua finalidade econômica e social ou da moral” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 5. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 322).

²⁴ Ibid., p. 324.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 271.

²⁶ Ibid., p. 273.

²⁷ Assim lecionam Farias e Rosendal: “Quando o artigo 187 do Código Civil se refere à palavra “direito”, abrange não apenas os direitos subjetivos como também outras situações que impliquem poderes, liberdades e faculdades, incluindo-se aí os direitos potestativos” (FARIAS, op. cit., p. 184-185).

²⁸ GALGANO, apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2003, p. 365.

²⁹ CORDEIRO, op. cit., p. 853.

³⁰ De acordo com Amilcare Carletti: “Age com dolo quem pede o que deve ser restituído” (CARLETTI, Amilcare. *Dicionário de Latim Forense*. 7. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 1997, p. 243).

³¹ Nesse sentido, Menezes Cordeiro: “No exercício inútil danoso, o titular actua no âmbito formal da permissão normativa que constitui o seu direito, em termos de não retirar qualquer benefício pessoal, mas a causar dano considerável a outrem” (CORDEIRO, op. cit., p. 853).



redditurus est consiste no comportamento da parte que exige o que futuramente terá de restituir³².

A desproporcionalidade entre a vantagem obtida pelo titular do direito e o sacrifício sofrido pela parte adversa subdivide-se em: (i) o exercício do poder de sancionar por faltas insignificantes³³; (ii) a atuação de direitos com lesão intolerável a outras pessoas³⁴; e (iii) o exercício de direitos subjetivos sem respeito aos direitos subjetivos alheios ou a situações especiais previstas na legislação³⁵.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, com respaldo em Franz Wieacker, Menezes Cordeiro e Fernando Noronha, sistematizam as hipóteses de exercício abusivo de direitos em três categorias: (i) o desleal exercício de direitos, que corresponde à desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto à contraparte na lição de Menezes Cordeiro; (ii) o desleal não-exercício de direitos, o qual consiste na conduta do titular que exerce seu direito de forma contrária à legítima confiança depositada na contraparte, e desdobra-se nas figuras do *venire contra factum proprium*, *surrectio* e *supressio*; e (iii) a desleal constituição de direitos, que se verifica quando o

³² Mais uma vez, Menezes Cordeiro apresenta o seu raciocínio: “A exigência do que deva ser restituído é inútil; é, ainda, danosa para a contraparte, sobre quem recairia um dispêndio acrescido de esforços vãos. Distingue-se, porém, do comum exercício inútil danoso, porquanto postula, ao contrário deste, uma relação específica entre as partes envolvidas, traduzida em dois vínculos inversos: um primeiro habilita o titular a formular uma determinada exigência e um segundo impõe-lhe a restituição” (Ibid., p. 856-857).

³³ Veja-se: “Há desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes quando o titular-exercente mova a exceção do contrato não cumprido por uma falha sem relevo de nota na prestação da contraparte, em termos de causar, a esta, um grande prejuízo ou quando resolva o contrato alegando o seu desrespeito pela outra parte, em termos, também, sem peso” (Ibid., p. 857-858).

³⁴ Nesse sentido: “A actuação de direitos, com lesão intolerável de outras pessoas, corresponde à generalização do princípio que aflora no art. 437.º/1; segundo esse princípio, ninguém pode ser obrigado a suportar o exercício de um direito, quando o sacrifício implicado afecte gravemente os princípios da boa fé” (Ibid.).

³⁵ Confira-se: “O exercício jussubjectivo sem consideração por situações especiais integra, de algum modo, o desenvolvimento profundo do dispositivo consagrado pelo art. 335.º ao conflito de direitos. Nas ordens jurídicas onde falte essa regulação específica, as cláusulas gerais e, em especial, a boa fé, ganham a maior importância para a solução do problema: não é líquida a saída rápida que, no conflito de direitos, vê logo uma violação do direito alheio e não um abuso do direito próprio. No Direito português, soluciona-se a questão a nível de direitos subjectivos. Mas há que ampliá-la: para além dos direitos subjectivos alheios, o titular-exercente deve respeitar, no exercício do direito próprio, outras situações especiais, cuja preterição contrarie o clausulado no art. 334.º” (Ibid.).



indivíduo adquire um direito em decorrência de uma conduta violadora da confiança da contraparte, também denominado de *tu quoque*³⁶.

O presente trabalho trata tão somente do desleal não-exercício de direitos consubstanciado na figura da vedação ao comportamento contraditório, também conhecido como *nemo potest venire contra factum proprium* ou teoria dos atos próprios.

1.4. A VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

A vedação ao comportamento contraditório é uma figura parcelar da boa-fé objetiva que tem por escopo tutelar a coerência no comportamento e a legítima confiança que deve estar presente nas relações sociais, e sobretudo jurídicas³⁷. O *venire* visa a impedir um indivíduo de praticar um ato incoerente em relação a ato anterior, frustrando terceiros e obtendo alguma vantagem com isso³⁸. A fim de melhor compreender o seu conteúdo, passa-se a analisar os seus fundamentos e pressupostos.

Como visto, o *venire contra factum proprium* fundamenta-se na tutela da confiança e se insere na função delimitadora do exercício de direitos decorrente do princípio da boa-fé objetiva, visando a coibir o abuso de direito³⁹.

Além de possuir fundamento infraconstitucional na cláusula da boa-fé objetiva inserida no art. 422 do CC, o *venire* possui fundamento constitucional no princípio da

³⁶ FARIAS, op. cit., p. 188-189.

³⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães; DINIGRE, Gustavo Livio. A aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: algumas reflexões. In: *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal – TRF 2ª Região*. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 61-86, mai./out. 2014, p. 66.

³⁸ NEVES, José Roberto de Castro. *Boa-fé Objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9124-9123-1-PB.pdf>>. Acesso em 28 set. 2014.

³⁹ Nesse sentido é a lição de Anderson Schreiber (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 101), de Daniel Pires Novais Dias (DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 45, p. 89-124, jan. 2011, p. 102) e de Marcos Ehrhardt Júnior (EHRHARDT JÚNIOR, op. cit., p. 187).



solidariedade social, insculpido no art. 3º, inciso I da Constituição Federal (“CRFB/88”)⁴⁰. Na lição de Anderson Schreiber⁴¹: “O *nemo potest venire contra factum proprium*, concebido como uma vedação ao comportamento incoerente dirigida à tutela da confiança, não é outra coisa senão um instrumento de realização deste valor constitucional”.

De acordo com Schreiber⁴², há quatro pressupostos necessários à aplicação da vedação ao comportamento contraditório: (i) a conduta inicial, ou *factum proprium*; (ii) a legítima confiança de um indivíduo na conservação dessa conduta; (iii) a conduta posterior contraditória em relação à conduta inicial; e (iv) o potencial de dano ou dano decorrente da contradição.

O primeiro pressuposto é a conduta inicial, também denominada *factum proprium*, que consiste em uma atuação humana capaz de transcender a esfera do praticante e alcançar outras pessoas. Não é necessariamente um ato jurídico, pois é possível que se pratique uma ação desvinculada de cobertura legal, sem gerar ou extinguir direitos. Além disso, seria inútil o emprego do *venire contra factum proprium* se a lei declara o comportamento como vinculante ou se a conduta preenche os requisitos para que seja qualificada como ato jurídico. Nessas hipóteses, o próprio ordenamento jurídico impõe as sanções incidentes sobre o praticante da conduta contrária ao direito. Nessa esteira, Schreiber⁴³ ensina que:

O *factum proprium* é, por definição, uma conduta não vinculante. Torna-se vinculante apenas porque e na medida em que, despertando a confiança de outrem, atrai a incidência do princípio de proibição do comportamento contraditório e impõe ao seu praticante a conservação do seu sentido objetivo. O *factum proprium* não consiste em ato jurídico, no sentido tradicional; passa a produzir efeitos jurídicos somente por força da necessidade de tutelar a confiança legítima depositada por outrem. Em síntese, não é jurídico, torna-se jurídico.

Assim, a partir do momento em que a conduta praticada gera uma confiança legítima em outrem o *factum proprium* passa a ser vinculante e o praticante está impedido de se

⁴⁰ MARTINS, op. cit., p. 68.

⁴¹ SCHREIBER, op. cit., p. 107.

⁴² Ibid., p. 132.

⁴³ Ibid., p. 134.



comportar de maneira contraditória. Portanto, observa-se que o *venire contra factum proprium* pode ser empregado quando um indivíduo manifesta a vontade de agir de certa forma e posteriormente se recusa, ou quando demonstra sua intenção de não praticar determinada conduta para, depois, praticá-la⁴⁴.

O segundo pressuposto é a legítima confiança depositada por outrem na manutenção do sentido objetivo da conduta inicial praticada pelo indivíduo. Guilherme Magalhães Martins e Gustavo Livio Dinigre⁴⁵ sustentam que “somente a confiança específica de manutenção de um comportamento anterior, de que as coisas continuariam como estavam, pode atrair a incidência do *venire*”. Não há que se analisar o estado psicológico daquele que é atingido pelo comportamento inicial, mas tão somente o sentido objetivo que se pode apreender da conduta praticada⁴⁶. Conquanto essa análise deva ser realizada no caso concreto, Schreiber⁴⁷ apresenta alguns indícios que apontem para a repercussão do *factum proprium* na esfera de terceiros:

Somente na análise de cada caso concreto será possível verificar a ocorrência ou não desta adesão ao comportamento inicial, mas servem de indícios gerais não-cumulativos (i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*, (ii) a divulgação pública das expectativas depositadas, (iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial, (i v) o grau elevado de sua repercussão exterior, (v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento, e assim por diante.

Contudo, há que se advertir para a ampliação indevida do conceito de legítima confiança, de modo que não alcance as situações em que: (i) a lei possibilita o comportamento contraditório do indivíduo; (ii) o praticante da conduta deixa claro que pode vir a se comportar de maneira contraditória no futuro; e (iii) o terceiro que busca aplicar o *venire* age maliciosamente para obter algum proveito da situação⁴⁸.

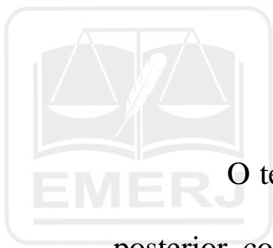
⁴⁴ SOMBRA, Thiago Luís Santos. A tutela da confiança em face dos comportamentos contraditórios. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 33, p. 307-334, jan. 2008, p. 316.

⁴⁵ MARTINS, op. cit., p. 75.

⁴⁶ SCHREIBER, op. cit., p. 141.

⁴⁷ Ibid., p. 141-142.

⁴⁸ Ibid., p. 143-144.



O terceiro pressuposto para aplicação do *venire contra factum proprium* é a conduta posterior contraditória em relação à conduta inicial. Ao gerar a legítima expectativa em terceiros, a conduta inicial se torna vinculante e o seu praticante se obriga a manter sua conduta⁴⁹. Diante dessa vinculação, basta que o indivíduo atue de forma contrária ao seu comportamento inicial para que possa incidir a proibição do comportamento contraditório, independente da intenção do indivíduo de contrariar⁵⁰.

É de se destacar que o comportamento posterior contraditório consiste no exercício lícito de um direito ou de uma posição jurídica⁵¹. Isso se dá, pois na hipótese de um ato ilícito, o próprio ordenamento jurídico se encarregaria de impor sanções ao praticante da conduta⁵². Apenas nos comportamentos lícitos contraditórios é que o *venire contra factum proprium* pode ser aplicado⁵³.

Sem prejuízo disso, para que se caracterize a hipótese de incidência do *venire*, o comportamento contraditório deve ser posterior à conduta inicial, pouco importando o período de tempo transcorrido entre um e outra⁵⁴. Convém ressaltar, ainda, que a conduta posterior pode ser comissiva ou omissiva. Conforme lição de Menezes Cordeiro⁵⁵:

[...] há *venire contra factum proprium*, em primeira linha, numa de duas situações: quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma

⁴⁹ MARTINS, op. cit., p. 75.

⁵⁰ SCHREIBER, op. cit., p. 144; MARTINS, op. cit., p. 76.

⁵¹ Nesse sentido: “Na vedação ao comportamento contraditório existem dois comportamentos lícitos, diferidos no tempo, os quais se contradizem de modo direto e não negocial, não podendo a situação, portanto, ser solucionada pelos remédios obrigacionais gerais” (PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 27, p. 252-270, jul. 2006, p. 257).

⁵² SCHREIBER, op. cit., p. 145-146.

⁵³ Importante trazer à colação o ensinamento de Marcos Ehrhardt Júnior: “Anoto-se que quando isoladamente considerado, nenhum dos comportamentos em análise se mostra ilícito, razão pela qual somente é possível delimitar o campo de incidência do instituto se a conduta for considerada como o conjunto dos dois comportamentos mencionados. Apesar disso, faz-se necessário que o segundo comportamento não corresponda à violação de uma obrigação decorrente do primeiro (senão haveria hipótese de mero inadimplemento), que exige do intérprete considerar, no conjunto da obra, dois comportamentos que de per si são autônomos, vinculados entre si apenas pelo contexto da situação” (EHRHARDT JÚNIOR, op. cit., p. 187).

⁵⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 149-150.

⁵⁵ CORDEIRO, op. cit., p. 746-747.



pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue.

O quarto pressuposto consiste no potencial de dano ou no dano decorrente da contradição, sem o qual não é possível aplicar o *nemo potest venire contra factum proprium*⁵⁶. Assim, busca-se evitar a prática do comportamento contraditório capaz de causar um prejuízo ao terceiro que depositou sua confiança na conduta inicial, bem como desfazer o ato causador do dano e indenizar os prejuízos dele advindos⁵⁷. Entre os danos indenizáveis se incluem os danos emergentes, os lucros cessantes e as demais despesas realizadas com base na legítima expectativa⁵⁸.

Com efeito, é certo que a presença dos quatro pressupostos acima elencados atrai a incidência da vedação ao comportamento contraditório, com o objetivo final de garantir a tutela da confiança, tendo por consequências, entre outras: (i) a manutenção da conduta inicial praticada; (ii) o afastamento de certos efeitos dos comportamentos assumidos; e (iii) a indenização pelos danos causados⁵⁹.

Por todo o exposto, verifica-se que o *venire* é plenamente aplicável às relações privadas, mas quanto às relações entre particulares e o Estado é possível dizer o mesmo? A atuação do Poder Público se vincula à legítima expectativa dos administrados? De igual modo, seria possível restringir o poder jurisdicional do magistrado ao prolatar decisões e proferir despachos no curso do processo judicial, com base em decisões e despachos anteriores? São essas questões que serão examinadas a seguir.

⁵⁶ MARTINS, op. cit., p. 76.

⁵⁷ SOMBRA, op. cit., p. 45.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ EHRHARDT JÚNIOR, op. cit., p. 188.



2. A VEDAÇÃO À PRÁTICA DE ATOS ADMINISTRATIVOS CONTRADITÓRIOS

A proibição ao comportamento contraditório, como visto, possui fundamento constitucional no art. 3º, inciso I da CRFB/88, notadamente no princípio da solidariedade social, e fundamento infraconstitucional nos art. 113 e 422 do CC, no princípio da boa-fé objetiva. A própria boa-fé objetiva visa a dar efetividade a um valor constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, inciso III da CRFB.

Diante disso, não é possível restringir a incidência tanto do princípio da boa-fé objetiva, quanto da vedação ao comportamento contraditório às relações privadas⁶⁰. Sobretudo na seara administrativa, deve-se aplicar o *nemo potest venire contra factum proprium* a fim de resguardar a moralidade administrativa e a igualdade dos administrados em face da Administração Pública⁶¹.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) admite tranquilamente a proibição da atuação contraditória dos administradores públicos em prejuízo de particulares⁶².

O *leading case* no Tribunal foi o Recurso Especial n. 47.015/SP, de relatoria do Ministro Adhemar Maciel, julgado em 16/10/1997⁶³. No caso, a Secretaria de Agricultura do Estado de São Paulo havia transferido dois lotes de terras devolutas a um particular em 1956; passaram-se muitos anos e o Estado de São Paulo declarou a utilidade pública dos imóveis e

⁶⁰ Nesse sentido, Anderson Schreiber: “É certo que também a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional. Justamente por isto se indicou como mais acertada a orientação segundo a qual sua aplicação não se deve restringir a relações contratuais ou mesmo a relações privadas, devendo se infiltrar por todos os ramos do direito” (SCHREIBER, op. cit., p. 107).

⁶¹ Ibid.

⁶² Confira-se: “Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 141.879/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199700523888&dt_publicacao=22/06/1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 9 abr. 2015).

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 47.015/SP. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199400114621&dt_publicacao=09/12/1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 9 abr. 2015.



implantou o Parque Estadual da Serra do Mar, sem que tivesse realizado a devida desapropriação⁶⁴.

O então proprietário dos imóveis ajuizou uma ação de desapropriação indireta com o fito de receber a indenização a que fazia jus. Em sede de contestação, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo sustentou que a transferência das propriedades havia sido nula, pois fundada em títulos aquisitivos expedidos irregularmente pela Secretaria de Agricultura.

Depois de interpostos diversos recursos, o processo chegou ao STJ, que aplicou ao caso a vedação ao comportamento contraditório, ao argumento de que a Administração Pública não poderia vir a juízo anos depois da transferência dos imóveis e pleitear a nulidade dos títulos aquisitivos emitidos pelo Secretário de Agricultura em nome do Estado de São Paulo⁶⁵.

Analisando os pressupostos do *venire*, é de se observar que o STJ aplicou corretamente o instituto no caso: (i) a conduta inicial consistiu na transferência dos lotes de terras devolutas; (ii) isso gerou a legítima expectativa do particular de que os títulos aquisitivos seriam idôneos e isentos de qualquer irregularidade, expectativa essa aparentemente confirmada pelos longos anos que se passaram; (iii) o comportamento posterior incoerente restou evidente com a alegação de que os títulos aquisitivos emitidos seriam nulos; e (iv) o potencial de dano estava presente na possibilidade de não receber a indenização devida pela desapropriação indireta.

⁶⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 214-215.

⁶⁵ Nesse sentido, veja-se trecho do voto do relator, Min. Adhemar Maciel: “Ora, pelo que se apreende do acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça de São Paulo aplicou- a meu ver, acertadamente - o princípio de que *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa) (...). Realmente, não pode a Fazenda Pública, décadas após a venda do imóvel realizada por funcionário de alto escalão em nome da Administração, vir a juízo pleitear a nulidade dos títulos. Ora, se há mácula no título, essa foi causada pelo próprio poder público, o qual não pode invocar o suposto equívoco do seu secretário de Estado, para prejudicar aquele que legitimamente adquiriu a propriedade, pagando para tanto. Em suma, Senhor Presidente, se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria Administração, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 47.015/SP. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199400114621&dt_publicacao=09/12/1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 9 abr. 2015).



Em outra oportunidade, no Recurso Especial n. 141.879/SP, julgado em 17/03/1998, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar utilizou-se do *venire* para impedir que a Administração Pública agisse de forma contraditória, prejudicando os administrados⁶⁶. Tratava-se de uma ação anulatória de compromisso de compra e venda de imóvel de titularidade do Município de Limeira, na qual o ente público buscava a anulação dos contratos alegando que o parcelamento do solo não estava regularizado e que, conseqüentemente, não havia o registro do imóvel⁶⁷.

Considerando que incumbia ao Município regularizar o loteamento e parcelamento do solo, não seria possível admitir que o ente público pretendesse a anulação dos contratos por ele celebrados para transferir o imóvel, diante da evidente incidência do *venire*⁶⁸.

Aqui, novamente, o STJ decidiu com acerto. O exame dos pressupostos do *venire* leva a concluir que: (i) o *factum proprium* concretizou-se com a alienação do imóvel pelo Município aos particulares; (ii) tal conduta criou a legítima expectativa de que o ente público atuaria para regularizar o loteamento; (iii) o comportamento posterior materializou-se com a propositura da ação anulatória pelo Município, sustentando a ilegalidade da venda dos imóveis em razão da inexistência de loteamento; e (iv) o potencial de dano consistiu no risco de perder o imóvel, caso a ação anulatória fosse julgada procedente.

À semelhança dessas decisões, há diversas outras espalhadas pelos tribunais brasileiros aplicando o *nemo potest venire contra factum proprium* às relações entre a Administração Pública e os administrados⁶⁹.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 141.879/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199700523888&dt_publicacao=22/06/1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 9 abr. 2015.

⁶⁷ PENTEADO, op. cit., p. 254.

⁶⁸ Confira-se trecho do voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar: “Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. (...) A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 141.879/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199700523888&dt_publicacao=22/06/1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 9 abr. 2015).

3. A VEDAÇÃO À PROLAÇÃO DE DECISÕES E DE DESPACHOS CONTRADITÓRIOS

A aplicação do *venire contra factum proprium* na atuação jurisdicional, ao contrário da seara administrativa, é mais dificultosa. Assim é por dois motivos: (i) o princípio do livre convencimento motivado do magistrado, e (ii) a previsão do sistema de recursos aos tribunais superiores.

De um lado, o princípio do livre convencimento motivado do magistrado possui sede no art. 131 do Código de Processo Civil (“CPC”)⁷⁰. Consiste no poder-dever do órgão julgador de apreciar os fatos e provas apresentados no processo e decidir de acordo com o seu íntimo convencimento, desde que devidamente motivado⁷¹. Assim, é possível que o magistrado discorde da jurisprudência unânime e adote posição minoritária a respeito de determinada questão.

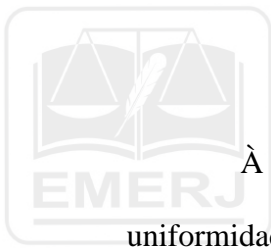
De outro lado, a previsão de um sistema recursal permite que o jurisdicionado que se sair derrotado em uma demanda possa recorrer às instâncias superiores à busca da reforma da decisão que lhe prejudica. Em razão disso, uma decisão que defenda posição incipiente na jurisprudência poderia ser apreciada novamente pelos tribunais superiores, sendo reformada para se adequar à jurisprudência majoritária⁷².

⁶⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 218.

⁷⁰ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art983p>. Acesso em: 9 abr. 2015.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 45. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 470.

⁷² Nesse sentido: “Os mais modernos ordenamentos processuais fornecem meios pelos quais as decisões judiciais podem ser impugnadas, com maior ou menor intensidade, com a finalidade de propiciar aos jurisdicionados uma justiça mais justa, meios esses que se revelam como corretivos de decisões errôneas ou injustas” (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 199).



À luz disso, não poderia o jurisdicionado criar a legítima expectativa de uniformidade das decisões judiciais, justamente porque existem mecanismos legais que permitem a prolação de decisões contraditórias entre si – o princípio do livre convencimento motivado – e que possibilitam a reforma dessas decisões⁷³. Assim, seria inaplicável o *venire*.

Contudo, uma crítica merece ser feita. É certo que não é possível tutelar a expectativa do jurisdicionado na uniformidade das decisões judiciais proferidas por juízos diversos, ou até em processos diversos de um mesmo juízo, mas e quando as decisões emanarem de um mesmo juízo no bojo de um único processo?

Nessa hipótese, o jurisdicionado não espera que a decisão de determinado magistrado seja uniforme em relação à decisão de outro magistrado: o que se espera é a coerência entre os atos praticados por um mesmo juízo no âmbito do mesmo processo. Além disso, não se está falando aqui da incoerência entre uma decisão em sede de cognição sumária e outra decisão com cognição exauriente, pois nesse caso o ordenamento jurídico admite que o magistrado reforme sua decisão. Há situações peculiares, analisadas na casuística, que atraem a incidência do *venire*, consoante a jurisprudência do STJ que se passa a examinar.

No Recurso Especial n. 1.116.574/ES, julgado em 14/04/2011, aplicou o *venire* para desfazer conduta contraditória emanada do juízo de 1ª instância⁷⁴. Ao apreciar o caso, observam-se os pressupostos necessários do *venire*: (i) a conduta inicial do juízo que determinou a intimação para o recolhimento do preparo para embargos do devedor; (ii) essa conduta criou a legítima expectativa no embargante de que, uma vez recolhido o preparo, os embargos do devedor seriam apreciados pelo juízo; (iii) a conduta posterior consistiu na extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento na ausência de preparo; e (iv) o dano restou evidenciado pela extinção dos embargos de devedor.

⁷³ SCHREIBER, op. cit., p. 248.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.116.574/ES. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1053385&tipo=0&nreg=200900067524&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110427&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 9 abr. 2015.



Embora a decisão proferida pelo juízo de 1ª instância tenha seguido a jurisprudência do STJ – com o entendimento de que não é necessária a intimação da parte para recolher o preparo dos embargos do devedor⁷⁵ –, o relator, Ministro Massami Uyeda, entendeu que havia ocorrido uma violação à boa-fé objetiva e que o *venire* deveria ser aplicado para resguardar a legítima expectativa criada no jurisdicionado.

Em outra ocasião, no Recurso Especial n. 1.306.463/RS, julgado em 04/09/2012, o relator, Ministro Herman Benjamin, utilizou-se do *venire* para tutelar a legítima expectativa de uma das partes do processo diante de atuação contraditória do juízo⁷⁶. No caso, estavam presentes os pressupostos do *venire*: (i) a conduta inicial consistiu na homologação pelo magistrado da convenção das partes que suspendeu o processo por 90 dias; (ii) a suspensão do processo criou a legítima expectativa nas partes de que não seria proferida qualquer decisão até que findasse o prazo convencionado; (iii) durante o prazo de suspensão, o juízo publicou uma decisão, em contradição com a conduta anterior; e (iv) o dano restou caracterizado pela impossibilidade de interposição de recursos durante o prazo de suspensão e a intempestividade de quaisquer recursos protocolados após o fim do prazo.

De acordo com a decisão do STJ, o magistrado não poderia homologar a suspensão do processo e, posteriormente, fazer publicar decisão durante o prazo de suspensão⁷⁷.

Por fim, há que se fazer uma menção aos despachos de mero expediente e demais atos de impulso oficial do processo praticados pelo magistrado. Como esses atos não refletem

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 264.895/PR. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18428&tipo=0&nreg=200101010337&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20020415&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.306.463/RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1174746&tipo=0&nreg=201102271996&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120911&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

⁷⁷ Nesse sentido: “Ao homologar a convenção pela suspensão do processo, o Poder Judiciário criou nos jurisdicionados a legítima expectativa de que o processo só voltaria a tramitar após o prazo convencionado. Por óbvio, não se pode admitir que, logo em seguida, seja praticado ato processual de ofício – publicação de decisão – e, ademais, considerá-lo como termo inicial do prazo recursal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.306.463/RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1174746&tipo=0&nreg=201102271996&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120911&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 9 abr. 2015).



o livre convencimento do magistrado – sequer necessitam de motivação – e não se submetem a recursos, consoante previsão do art. 504 do CPC, não seria possível afastar a incidência do *venire contra factum proprium* com o mesmo raciocínio empregado para as decisões judiciais. Em razão disso, não se vislumbra qualquer óbice à incidência da vedação ao comportamento contraditório, pelos mesmos argumentos expendidos no tópico anterior.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento teórico e prático do princípio da boa-fé objetiva desde a monografia de Clóvis V. do Couto e Silva⁷⁸ até a normatização trazida pelo Código Civil de 2002 permitiram a sua aplicação a diversas relações sociais. A começar pelas relações entre particulares, de natureza civil e empresarial, e alcançando as relações de Direito Público, o princípio da boa-fé objetiva tornou-se um verdadeiro *standard* de comportamento a ser seguido nas relações entre indivíduos.

Em decorrência da função delimitadora de direitos da boa-fé objetiva, surgiu a figura do *nemo potest venire contra factum proprium*, que visa a tutelar a confiança depositada nas relações entre indivíduos e evitar a prática de comportamentos contraditórios entre si.

A evolução da vedação ao comportamento contraditório na doutrina e na jurisprudência alargou o campo de incidência do instituto, a fim de atingir as relações havidas entre particulares e a Administração Pública. Além disso, a jurisprudência mais recente do STJ passou a aplicar o *venire* na hipótese de conduta incoerente praticada pelos magistrados no exercício da atividade jurisdicional, embora com certas restrições.

Apesar disso, a doutrina brasileira ainda caminha lentamente para delimitar os contornos e especificidades do *venire* nos casos que envolvem relações de Direito Público,

⁷⁸ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 13.



notadamente aquelas entre administrados e Administração Pública e entre jurisdicionados e Poder Judiciário.

Porém, uma certeza se tem: a proibição de comportamentos contraditórios tem aplicação em diversas situações sociais e os operadores do Direito estão apenas despertando para os seus possíveis usos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2003.

BIANCHI, Leonardo. Da cláusula de estoppel e sua dinâmica na esfera dos negócios jurídicos privados. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 24, p. 54-72, out. 2005.

BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art983p>. Acesso em: 9 abr. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2015.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 47.015/SP. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199400114621&dt_publicacao=09/12/1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 141.879/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/?num_registro=199700523888&dt_publicacao=22/06/1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 264.895/PR. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18>>



428&tipo=0&nreg=200101010337&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20020415&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 9 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.116.574/ES. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1053385&tipo=0&nreg=200900067524&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110427&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.306.463/RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1174746&tipo=0&nreg=201102271996&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120911&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

CARLETTI, Amilcare. *Dicionário de Latim Forense*. 7. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 5. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 45, p. 89-124, jan. 2011.

DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 817, p. 50-76, nov. 2003.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 55, p. 181-200, jul. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito dos contratos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: contratos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. v. 4, tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS, Guilherme Magalhães; DINIGRE, Gustavo Livio. A aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: algumas reflexões. In: *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal – TRF 2ª Região*. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 61-86, mai./out. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado brasileiro. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno

Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 388-421.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, José Roberto de Castro. *Boa-fé Objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9124-9123-1-PB.pdf>>. Acesso em 28 set. 2014.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 27, p. 252-270, jul. 2006.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

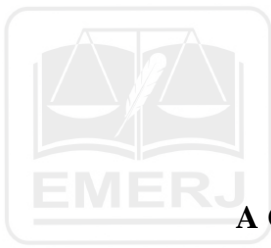
SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A tutela da confiança em face dos comportamentos contraditórios. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 33, p. 307-334, jan. 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.); MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. v. 5, tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 45. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



A CONTROVÉRSIA DO STF ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO

Sabrina D'Avila Amaral

Graduada pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas. Funcionária Pública. Pós-graduanda em Direito *Lato Sensu* pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Funcionária Pública.

Resumo: Com a criação da Suprema Corte e diante das repetidas decisões proferidas, tomadas com base na teoria dos poderes implícitos do direito americano, que a reclamação se originou. Com o passar do tempo, vieram as mudanças de interpretações sobre o instituto. Assim é importante explicar a origem do instituto e a sua real finalidade, qual seja, proteção à ordem Constitucional como um todo. Para tanto, é importante desenvolver os traços da Reclamação no ordenamento jurídico brasileiro, merecendo destaque a evolução quanto ao seu cabimento e extensão para outros tribunais e não somente STJ e STF. A essência do trabalho é analisar a natureza jurídica do instituto diante das interpretações da Suprema Corte, verificar qual a relevância de cada uma e apontar qual a que melhor orienta o instituto da reclamação.

Palavras-chave: Processo Civil. Reclamação. Natureza Jurídica. ADI 2.212-1. Informativo 496 do STF.

Sumário: Introdução. 1. Origem do instituto e um comparativo com outros ordenamentos jurídicos. 2. Evolução do Cabimento da Reclamação. 3. Análise jurisprudencial quanto à natureza jurídica. 4. Retomada do Entendimento Anterior. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto tem como objetivo trazer a discussão acerca da natureza jurídica do instituto da reclamação, revelando os diferentes entendimentos e as constantes mudanças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. A importância da discussão sobre esse



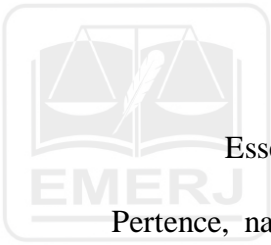
tema está no que tange as consequências que decorrem tanto de um entendimento quanto do outro e o desenrolar de todas essas consequências é objeto do presente estudo.

Para tanto, busca-se num primeiro momento, explicar a origem do instituto e a sua real finalidade, qual seja, proteção à ordem Constitucional como um todo. Sua natureza jurídica foi apontada pela primeira vez na doutrina como ação constitucional por Pontes de Miranda, entendimento esse que também prevaleceu na jurisprudência por algum tempo.

A análise do instituto continua no segundo capítulo, mas agora com enfoque mais científico, com a evolução do cabimento da Reclamação no ordenamento jurídico brasileiro, merecendo destaque a possibilidade de extensão para outros tribunais e não somente Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

O ponto mais relevante do trabalho está no terceiro capítulo, no qual o foco é toda a discussão sobre os diferentes entendimentos acerca da utilização do instituto e, para isso, foi realizada uma pesquisa das decisões dos tribunais superiores que tiveram como objeto a discussão acerca da natureza jurídica da reclamação. A reclamação é um instituto processual previsto na Constituição Federal, no artigo 102, I, “I”, e regulada nos artigos 13 a 18 da Lei n. 8.038/90, e nos artigos 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de competência originária dos Tribunais Superiores, que tem por objetivo preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes Tribunais.

No entanto esse entendimento sofreu uma enorme mudança, com o julgamento proferido em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212, em 14 de novembro de 2003, em que a Ministra Relatora Ellen Greicie entendeu que a reclamação constitucional estaria inserida no campo do direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, da CRFB/88. O julgamento tomou como base os Princípios da Simetria e da Efetividade das Decisões Judiciais.



Esse entendimento fora ratificado em outras decisões como a do Ministro Sepúlveda Pertence, na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.480, de 02 de abril de 2007. No entanto, segundo o Informativo 496 do STF, em 2008, no julgamento da Reclamação n. 5470, o Ministro relator Gilmar Mendes destacou de forma didática a natureza jurídica da reclamação como uma ação constitucional, de rito célere e comparando-a ao processo do mandado de segurança e de outras ações constitucionais de rito abreviado.

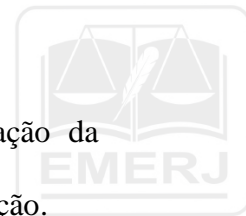
O presente estudo seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, além de uma extensa análise jurisprudencial, esclarecendo os pontos de divergência sobre o tema e examinando sua utilização prática, tendo em vista, principalmente, que a extensão do cabimento da reclamação está intimamente ligada à natureza jurídica do instituto.

1. ORIGEM DO INSTITUTO E UM COMPARATIVO COM OUTROS ORDENAMENTO JURÍDICOS

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, se faz necessário expor um pouco sobre a origem do instituto da Reclamação. Como o histórico do instituto se entrelaça com a origem do próprio Supremo Tribunal Federal, interessante entender sobre a criação da Suprema Corte e as fases históricas pelas quais a reclamação se desenvolveu.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹, propõe que a história do instituto da reclamação seja dividida em cinco fases assim definidas: primeira fase vai do período de criação do STF até a introdução da reclamação no regimento interno da Suprema Corte; a segunda começa com a introdução no regimento interno do STF até a Constituição de 1967; a terceira inicia-se com a Constituição de 1967 até a Emenda Constitucional n. 07/77; a quarta fase por sua vez,

¹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p.172.



diz respeito ao período entre a Emenda Constitucional n. 07/77 até a promulgação da Constituição de 1988, e por fim, a última fase é durante o período da vigente Constituição.

No entanto, a obra de Navarro data do ano 2000, o que não contava com a Emenda Constitucional n. 45/04², chamada de reforma do Poder Judiciário, a qual trouxe importantes mudanças como a consagração da súmula vinculante no âmbito da competência do Supremo Tribunal, e previu que a sua observância seria assegurada pela reclamação³. Assim, atualmente a proposta de evolução da Reclamação é sua sistematização em seis fases, como menciona o Doutor Lúcio Delfino⁴, sendo a última fase no período pós Emenda Constitucional n. 45/04.

Como dito anteriormente, a primeira fase histórica da reclamação tem início com a criação da Suprema Corte⁵. Foi por meio de repetidas decisões do STF, tomadas com base na teoria dos poderes implícitos⁶ do direito americano, que a reclamação se originou. Tal teoria tem como fundamento o fato de que a Constituição confere direitos a um Poder, e para seu exercício atribui, implicitamente, os meios necessários e legítimos para concretização dos fins, caso contrário, aquele direito ficaria esvaziado.

² BRASIL. Presidência da República. Emenda Constitucional n. 45/04. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 04 ago. 2014.

³ Art. 103-A, § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

⁴ DELFINO, Lúcio. Aspectos Históricos da Reclamação. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Reclamação Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 296.

⁵ A denominação “Supremo Tribunal Federal” foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal. Composto por quinze Juízes, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado, tendo sua instalação em 28 de fevereiro de 1891, conforme estabelecido no Decreto n.º 1, de 26 do mesmo mês. Após a Revolução de 1930, o Governo Provisório decidiu, pelo Decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reduzir o número de Ministros para onze. Só com a Carta de 10 de novembro de 1937 é que restaurou o título “Supremo Tribunal Federal”. Já na década de 60, com a mudança da capital federal, o Supremo Tribunal Federal transferiu-se para Brasília e até hoje está sediado na Praça dos Três Poderes, depois de ter funcionado durante 69 anos no Rio de Janeiro. Com a restauração da democracia, a Constituição ora vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, realçou expressamente a competência precípua do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/histórico>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

⁶ *Implied power*, teoria norte-americana que surgiu com o caso *McCulloch vs. Maryland*, num julgamento realizado pela Suprema Corte americana, em 1819.



Segundo Navarro, a incidência dessa teoria no direito brasileiro foi com a Rcl. 141, julgada em 1952, a qual é interessante destacar o seguinte trecho da ementa:

Vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais⁷.

Nascia então, para o direito brasileiro, um novo instrumento com a finalidade de preservar a autoridade das decisões da Suprema Corte, baseado nos poderes constitucionais implícitos.

Quanto à análise em outros ordenamento, mais uma vez Navarro⁸, faz uma análise mais profunda em outros ordenamento, percorrendo por países como os Estados Unidos, berço da teoria dos poderes implícitos, França, Alemanha, dentre outros, com a intenção de buscar um instrumento que tivesse a mesma finalidade, qual seja, preservar a competência ou impor o cumprimento das decisões de suas respectivas cortes supremas.

Para tanto não se buscou o *nomen juris*, mas sim algo que tivesse o mesmo objeto e alcance do referido instrumento. De fato, nada se encontrou que pudesse se parecer com o instituto da reclamação, o que se faz concluir ser um instrumento genuinamente brasileiro. Assim, mesmo não se reconhecendo algo parecido com a reclamação no direito comparado, interessante fazer esse apontamento na medida em que se possa afirmar, portanto, ser a reclamação uma criação a partir de uma construção jurisprudencial.

⁷ DANTAS, op. cit., p. 203.

⁸ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. A Reclamação constitucional no direito comparado. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Reclamação Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 335-369.

2. EVOLUÇÃO DO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO

Como dito anteriormente, o instituto da Reclamação é genuinamente brasileiro e observa-se uma tentativa de aproximação ao Judicial Review norte-americano, que busca dar segurança às teses jurídicas já decididas por cortes superiores. De acordo com a Constituição brasileira a reclamação tem cabimento para preservação da competência e garantia das decisões do STF (art. 102, I, “I”); preservação da competência e garantia das decisões do STJ (art. 105, I, “F”); e após a edição da Emenda Constitucional n. 45/04, acrescentou-se o cabimento contra ato administrativo ou decisão judicial contrariar súmula vinculante (art. 103-A, §3º).

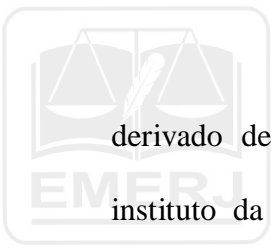
Neste último caso, em relação às súmulas vinculante, interessante destacar um trecho de uma decisão do STF⁹ em que se rejeita a reclamação contra decisão que contraria súmula sem efeito vinculante:

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECLAMAÇÃO. SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DESTITUÍDA DE EFEITO VINCULANTE. INVIABILIDADE DA AÇÃO. 1. Não cabe reclamação constitucional para questionar violação a súmula do Supremo Tribunal Federal destituída de efeito vinculante. Precedentes. 2. As atuais súmulas singelas do STF somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços dos ministros da Corte e publicação na imprensa oficial (art. 8º da EC nº 45/04). 3. Agravo desprovido.

Assim, pode-se perceber que antes da Emenda Constitucional n. 45/04 a reclamação tinha como objeto qualquer súmula, pois estaria incluída na finalidade que seria de garantia das decisões da Suprema Corte. Mas com o advento da Súmula Vinculante, o Supremo passou a limitar o cabimento da reclamação às súmulas vinculantes.

Pontua-se também quanto ao cabimento do instituto a nível estadual, estaria limitado ao Poder Constituinte derivado reformador, ou poderia ser estendido ao Poder Constituinte

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 3.284-AgR/SP. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+3284%2E+NUME%2E%29+OU+%28Rcl%2E+ACMS%2E+ADJ2+3284%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7skv94>>. Acesso em: 1 mai. 2015.



derivado decorrente? Ou seja, poderiam os Estados preverem em suas Constituições o instituto da reclamação, com a finalidade de assegurar as decisões dos seus respectivos Tribunais de Justiça?

Quanto à resposta a essa pergunta há grande controvérsia. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹⁰ entende não ser possível Constituições Estaduais preverem a reclamação com base nos seguintes argumentos: Legislar sobre reclamação seria legislar sobre processo civil, sendo tal competência privativa da União, conforme estabelece o art. 22, I da CRFB/88; a lei n. 8.658/93 não estendeu aos tribunais de justiça os dispositivos da lei n. 8.038/90, sobre reclamação.

No mesmo sentido é a posição do Professor Leonardo Morato¹¹ tendo como fundamentos: A finalidade do Instituto de preservação da autoridade das decisão se dá quanto às Cortes especiais, pois o STF e STJ seriam os órgãos de interpretação da Constituição e das leis infraconstitucionais, respectivamente; ressalta também a competência privativa da União para legislar sobre processo civil, então, assim como Navarro, Leonardo Morato também entende ter a reclamação natureza processual.

Já para Ada Pellegrine¹² é perfeitamente cabível a constituição estadual prever a reclamação, pois não se trata de ação e sim de mero direito de petição, assegurado no art. 5º, XXXIV da CRFB/88:

São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

¹⁰ DANTAS, op. cit., p. 301-302.

¹¹ MORATO, Leonardo. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65-71.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais. *Revista Jurídica Consulex*, ano VI, nº 127, abril 2002, p. 41-42.



Assim, tendo como natureza jurídica o direito de petição, a reclamação estaria inserida na organização judiciária de cada Estado e a delegação de competência estaria prevista no art. 125, §1º da CFRB/88.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Portanto, percebe-se que para responder sobre a extensão do cabimento da reclamação aos Estados, inevitavelmente se recorre à natureza jurídica do instituto. Assim, insta questionar, seria ação ou mero direito de petição?

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL QUANTO À NATUREZA JURÍDICA

O tema natureza jurídica sempre foi motivo de grandes discussões no estudo da reclamação. Desde sua criação nunca se chegou a um consenso, sendo, portanto, objeto de diversas análises. Identifica-se, a partir da evolução do instituto, que em sua segunda fase, período que se inicia com a inclusão da reclamação no Regimento interno do STF¹³, se imaginava pelos introdutores, como sendo um tipo especial de correição¹⁴. Nesta fase, se começa a discutir de maneira aprofundada a natureza jurídica do Instituto com a Reclamação 691-SP¹⁵ de 1966, estabelecendo a distinção entre reclamação regimental e reclamação-correição.

¹³ BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2015.

¹⁴ DANTAS, op. cit., p. 190-191.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 691-SP. Relator Ministro Carlos Medeiros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+691%2E+NUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+691%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p54jh24>>. Acesso em: 3 mar. 2015.



Foi então, já na terceira fase da evolução do instituto¹⁶ que a matéria sobre natureza jurídica foi enfrentada ponto a ponto, pelo então Ministro Amaral Santos¹⁷ em sede de julgamento da Reclamação 831 do Distrito Federal. A partir desse enfrentamento, o Ministro chegou a importantes conclusões, como a reclamação ter a natureza de recurso, pois se destina corrigir um desvio na relação processual em andamento e que atos administrativos não desafiam a reclamação. Apesar da possibilidade de críticas, começou a se desfazer a ideia de que reclamação teria uma natureza meramente correicional.

Já na quarta fase¹⁸, as discussões se aprofundaram, e fica nítida a controvérsia acerca do tema em análise com a RP 1092-DF, de relatoria do Ministro Djaci Falcão, o qual destaca-se trecho da Ementa¹⁹:

Reclamação. Instituto que nasceu de uma construção pretoriana, visando à preservação, de modo eficaz, da competência e da autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal (...) Como quer que se qualifique – recurso, ação, ou medida processual de natureza excepcional, é incontestável a afirmação de que somente ao Supremo Tribunal Federal em face principalmente da previsão inserida no art. 119, §3º, letra c da Constituição da República, é dado ao seu Regimento Interno, criar tal instituto, não previsto nas leis processuais.

Esse mesmo acórdão traz pressupostos processuais à reclamação, como: existência de uma relação processual em curso e de um ato que se ponha contra competência do Supremo Tribunal Federal ou contrarie decisão deste.

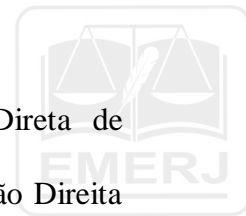
Assim, com base em todos os julgados citados, extrai-se a conclusão de que a tendência da Suprema Corte era de se afastar da ideia inicial de que a reclamação seria mero tipo de correição e aproximar-se de ser um instituto processual propriamente dito.

¹⁶ Inicia com a Constituição de 1967 e vai até a Emenda Constitucional nº 07 de 1977.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 831-DF. Relator Ministro Amaral Santos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1717573>> . Acesso em: 3 mar. 2015.

¹⁸ Período entre a EC nº 07 até a promulgação da Constituição de 1988.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RP 1092-DF. Relator Ministro Djaci Falcão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rp%24%2ESCLA%2E+E+1092%2ENUME%2E%29+OU+%28Rp%2EACMS%2E+ADJ2+1092%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nyjpaeo>> . Acesso em: 3 mar. 2015.



No entanto, mais recentemente, destacam-se os julgados da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212- CE²⁰, Ministra relatora Ellen Greicie, de 2003 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.480 - PA²¹ de 2007, Ministro relator Sepúlveda Pertence, os quais alteram o entendimento firmado anteriormente quanto ao monopólio sobre a matéria ser exclusivo do STF e entenderam, que mediante os princípios da simetria e da efetividade das decisões, há possibilidade de previsão da reclamação em sede de Constituição Estadual.

Com isso, inevitável não adentrar novamente na discussão sobre a natureza jurídica, pois se antes a tendência seria considerar como uma ação, não caberiam às Constituições Estaduais regulamentarem a matéria, já que a competência para tratar sobre direito processual é privativa da União, conforme art. 22, I da CF/88:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

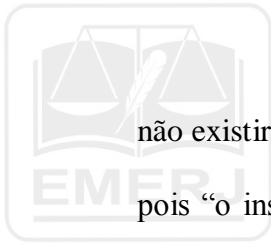
Nas duas ações diretas de inconstitucionalidade a discussão é quanto à inclusão do instituto da reclamação em sede estadual, sendo a ADI 2.212 referente à inclusão do instituto na própria Constituição do Estado do Ceará e a ADI 2.480 referente à inclusão no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Assim, pode-se fazer uma análise conjunta dos referidos acórdãos, mesmo porque o Ministro Sepúlveda Pertence, relator da ADI 2.480, toma como base a ADI 2.212 de 2003.

As duas ações são propostas pelos Governadores dos respectivos Estados, tendo por objeto a impugnação de artigos que disciplinaram a matéria, objeto do presente estudo.

A defesa trazida pelo Advogado-Geral da União, hoje Ministro Gilmar Mendes, em sede da ADI 2.212 - CE, seria no sentido de uma interpretação conforme a Constituição, pois

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.212- CE. Relatora Ministra Ellen Greicie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1823209>>. Acesso em: 4 ago.2014.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.480 - PA. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1957937>>. Acesso em: 4 ago. 2014.



não existiria uma ofensa quanto à competência da União para legislar sobre direito processual, pois “o instituto da reclamação constitui inexorável decorrência da eficácia geral e do efeito vinculante do controle abstrato de normas deferido pela Constituição Federal aos tribunais estaduais”²².

Extraí-se também como fundamento do referido julgado, lições da autora Ada Pellegrine Grinover²³:

[...] não se trata de ação, uma vez que não se vai discutir a causa com um terceiro; não se trata de recurso, pois a relação processual já está encerrada, nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento.

No caso da ADI 2.480, a discussão vai um pouco mais além, pois o Governador do Estado da Paraíba requereu impugnação do artigo do Regimento interno do Tribunal de Justiça daquele Estado, não tendo referência à reclamação na Constituição. Mas, além de fazer um paralelo a toda fundamentação da ADI 2.212, acrescenta que a Constituição do Estado da Paraíba, em seu artigo 105²⁴ estabeleceu essa possibilidade de maneira implícita.

Cabe destacar a ementa da ADI 2.212, em que traz a natureza jurídica em sentido diametralmente oposto ao da RP 1092-DF, já destacada aqui anteriormente:

A natureza da reclamação não é a de um recurso, de uma ação, e nem de uma incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição prevista no artigo 5º, XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo estado-membro, pela via legislativa local, não implica em inversão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF).

Assim, após breve análise das duas Ações Direta de Inconstitucionalidade, percebe-se a mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal, tanto acerca da possibilidade de

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.212- CE. Relatora Ministra Ellen Greicie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1823209>>. Acesso em: 4 ago. 2014.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.212- CE. Relatora Ministra Ellen Greicie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1823209>>. Acesso em: 4 ago. 2014.

²⁴ Art. 105. Compete ainda ao Tribunal de Justiça: I – Processar e Julgar: (...) e) a representação para assegurar a observância de princípios indicados nesta Constituição; f) a representação para prover a execução de lei, no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária emanada pelo próprio tribunal, de juiz de direito ou de auditor militar estadual.



utilização do instituto pelos Tribunais Estaduais, quanto da consequente mudança da natureza jurídica da reclamação. Diga-se consequente mudança da natureza, pois só assim consegue-se adequar o entendimento da possibilidade de regulamentação da matéria em nível estadual, caso contrário, seria afronto à norma de repartição de competência esculpida no art. 22, I da CF.

4. RETOMADA AO ENTENDIMENTO ANTERIOR

Um pouco depois da decisão de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Gilmar Mendes, relator da Rcl. 5470/PA²⁵, em 2008, mais uma vez adentra na discussão acerca da natureza jurídica da reclamação e retoma o entendimento anterior.

Menciona em sua decisão que a reclamação é verdadeira ação constitucional de rito célere, se aproximando da ação de mandado de segurança e outras ações de rito abreviado, pois a função do instituto de criação pretoriana é resguardar a competência do Supremo Tribunal Federal e autoridade de suas decisões, além de salvaguardar a ordem constitucional com um todo.

Deve-se ressaltar que essa decisão tomou grande amplitude, pois foi objeto do informativo 496²⁶ da Suprema Corte, merecendo destaque o seguinte trecho:

A reclamação constitucional - sua própria evolução o demonstra - não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do Supremo Tribunal Federal, mas também constitui-se como ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. A tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão no controle abstrato de constitucionalidade, já adotada pelo Tribunal, confirma esse papel renovado da

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 5470/PA. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2549038>>. Acesso em: 10 ago.2014.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 496. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo496.htm>> . Acesso em: 04 ago. 2014.



reclamação como ação destinada a resguardar não apenas a autoridade de uma dada decisão, com seus contornos específicos (objeto e parâmetro de controle), mas a própria interpretação da Constituição levada a efeito pela Corte.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, como se pode observar, estabelecer a natureza jurídica da reclamação não é algo fácil, pois não há, durante anos, um consenso entre doutrina e jurisprudência. Como posição dominante, parece ser aquele que estabelece como sendo a reclamação uma ação propriamente dita, assim mencionada pelo Ministro Gilmar Mendes, citando obra de Pontes de Miranda²⁷.

De acordo com a posição dominante a competência privativa para legislar sobre tal instituto é da União, como dito anteriormente, e dessa forma, seria difícil aceitar a aplicação da reclamação em nível estadual, já que os Estados não possuem a então, competência legislativa. No entanto, como visto no presente artigo, ocorreu a ampliação do cabimento da reclamação para resguardar a autoridade das decisões dos tribunais de justiça, assim, como fundamentar isso?

Essa é a grande pergunta que ao longo dos anos tentou-se responder, principalmente observada na jurisprudência, tendo mudado o entendimento por várias vezes quanto à natureza jurídica, pois esta está interligada à ampliação do cabimento da reclamação. Para os que entendem ter natureza de mera petição, o ampliação do cabimento aos estados é perfeitamente cabível, no entanto, para a parcela majoritária, que tem a posição quanto à reclamação ter natureza de verdadeira ação, não seria possível a ampliação do cabimento, já que a competência para legislar sobre processo civil é privativa da União.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: Algumas Notas. *Direito Público*, n. 12, Abr-Maio-Jun/2006, Doutrina Brasileira



Ressalta-se que, mesmo sem uma resposta definitiva a essa pergunta, o extensão do cabimento já ocorre nos estados e inúmeros são os argumentos contrários e a favor. Assim, em uma abordagem mais crítica, percebe-se a forma com que os Tribunais Superiores se utilizam do Processo Civil como instrumento de poder. Dessa maneira, a discussão sobre a natureza jurídica do instituto da reclamação parece infundável, pois a Suprema Corte, órgão máximo do Poder Judiciário, muda de opinião a cada diferente cenário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.planalto.gov.br%2Fccivil_03%2Fconstituicao%2Fconstituicao.htm&ei=k8JbVYqzKrSCsQT-q4HwDA&usg=AFQjCNFS-wg8t1CsnMWR-NMagFsEEVFeBQ&sig2=yQLIFg6H5r8BcsDEnLJwwQ>. Acesso em: 14 ago. 2014.

_____. Emenda Constitucional n. 45/04. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 04 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/histórico>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

_____. ADI 2.212- CE. Relatora Ministra Ellen Greicie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1823209>>. Acesso em: 4 ago.2014.

_____. ADI 2.480 - PA. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1957937>>. Acesso em: 4 ago.2014.

_____. Informativo 496. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo496.htm>> . Acesso em: 04 ago. 2014.

_____. Rcl 3.284-AgR/SP. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+3284%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+3284%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7skv94>>. Acesso em: 1 mai. 2015.



_____. Rcl. 691-SP. Relator Ministro Carlos Medeiros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+691%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+691%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p54jh24>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

_____. Rcl. 831-DF. Relator Ministro Amaral Santos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1717573>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

_____. Rcl 5470/PA. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2549038>>. Acesso em: 10 ago.2014.

_____. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2015.

_____. RP 1092-DF. Relator Ministro Djaci Falcão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rp%24%2ESCLA%2E+E+1092%2ENUME%2E%29+OU+%28Rp%2EACMS%2E+ADJ2+1092%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nyjpaeo>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

_____. A Reclamação constitucional no direito comparado. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Reclamação Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013.

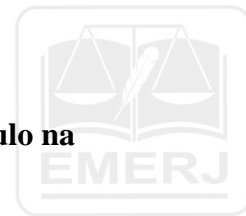
DELFINO, Lúcio. Aspectos Históricos da Reclamação. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). *Reclamação Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013.

GRINOVER, Ada Pelegrini. A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais. *Revista Jurídica Consulex*, ano VI, nº 127, abril 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: Algumas Notas. *Direito Público*, n. 12, Abr-Maio-Jun/2006, Doutrina Brasileira.

MORATO, Leonardo. Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 5. 17.ed. FORENSE, 2013.



O consensualismo nos contratos públicos: o excesso de formalismo como obstáculo na efetivação do interesse primário

Sarah Lopes de Araújo Freitas

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada no Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: o presente trabalho destina-se a revelar a importância da aplicação de mecanismos de ponderação nos contratos envolvendo o Poder Público e os particulares. Para tanto, será feito um apanhado das regras que norteiam que as contratações públicas, juntamente com os benefícios acarretados pela inserção de novos mecanismos de composição de conflitos e negociação entre a Administração Pública e a sociedade. Outrossim, será defendida a incorporação de técnicas privadas de resolução de litígios e norteadoras dos contratos entre particulares, a servirem de base para a adoção da doutrina do consensualismo administrativo.

Palavras-Chave: Direito Administrativo Moderno. Consensualismo e Autoritarismo Estatal nos Contratos Públicos. Privatização das técnicas de resolução de conflitos. Interesse Primário.

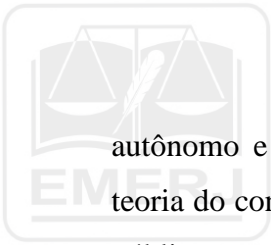
Sumário: Introdução. 1. Base Princípiosológica do Direito Administrativo. 2. Consensualismo na Administração Pública. 3. Consensualismo no Contrato Administrativo. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui conteúdo visionário, ou seja, revendo o passado para propor avanços viáveis para o futuro da Administração Pública. Assim é que o trabalho sugere enfoque na temática do direito negocial como método de contratação pública, aproximando esferas e diminuindo falhas legislativas, que, ao longo do tempo, tornaram-se letras mortas. Observa-se, a necessidade de nova emenda à Constituição como ponta pé para reformas legislativas, que irão consagrar o direito administrativo brasileiro como mais um braço da democracia.

O que se pugnará é pela aproximação entre os polos na contratação, bem como a adoção de técnicas privadas nas soluções de litígios, que levem a Administração Pública a enveredar até seus últimos esforços para prestação dos serviços públicos. É mister seja considerada a proposta de uma emenda constitucional ao caput do art. 37, CRFB/88, com vistas a acrescentar a esse um novo princípio: consensualismo.

Defenda-se, por oportuno, que tal não confronta com o princípio da legalidade, visto que esse se extrai de fonte primária do Direito, qual seja, a lei, cuja criação tem processo



autônomo e cuja aplicação é casuística. Igualmente importante, é que a transformação da teoria do consensualismo em princípio não faz referência a uma liberalidade nas contratações públicas, como seria um caso de autorização ou permissão de serviço público, mas à utilização de parâmetros traçados pelo legislador que deem margem a maior publicidade e celeridade nas contratações públicas.

A ideia é reforçada com a introdução do §3º ao artigo 37 da Constituição pela Emenda Constitucional 19/98 que prevê lei que discipline as formas de participação do usuário na administração direta e indireta. Inerente também ao conceito de Estado Democrático é a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural; essa ideia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito- permitindo falar em democracia participativa.

A interdisciplinaridade como forma de efetivação do interesse público, sem perder de vista as prerrogativas inerentes ao direito administrativo, demonstraria evolução jurídica. A resolução de conflitos por mecanismos privados, além da participação do cidadão, via audiências públicas, antes da Administração tomar sua decisão reduziria as impugnações aos contratos firmados, visto que oficializados com o timbre da sociedade.

1.BASE PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O regime jurídico do Direito Administrativo estabelece para a Administração um conjunto de prerrogativas especiais sobre os particulares, com vistas a proporcionar o atendimento do interesse público, simultaneamente a um leque de sujeições, a fim de que o exercício destas prerrogativas não seja arbitrário ante a segurança jurídica. Tanto essas prerrogativas quanto as sujeições são expressa sob a forma de “princípios da Administração Pública”.¹

Foi partindo da premissa supra que o legislador constituinte confeccionou a redação do art. 37, caput, CRFB/88, mesclando princípios de ordem subjetiva e objetiva, que norteariam a atuação da Administração Pública em todas as esferas (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Tais consideram-se os princípios gerais do Direito Administrativo, a dizer, aplicados indistintamente a todos os ramos desta espécie de direito público. Diferente, noutro giro, são os ditos princípios setoriais, os quais pontuados em

¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.54.



legislações específicas, dependendo do instituto do ramo do direito administrativo que visam tutelar.

Adotando-se a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho² tem-se que princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Ilustram cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas.

Neste sentido, há de se observar que nem todos os princípios constitucionais do Direito Administrativo estão explícitos no art. 37, caput, CRFB/88, como o constante no art. 70 da mesma Carta Magna, sobre a economicidade. Vê-se, pois, que há princípios administrativos explícitos e implícitos, constitucionais e infraconstitucionais, o que demonstra a intenção dos legisladores em cercar a atuação por parte do administrador público.

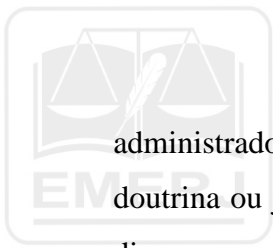
Tome-se, como exemplo, a cristalização feita pela Emenda Constitucional 19/98, responsável por inserir o princípio da eficiência, no caput do art. 37, como ultimo corolário principiológico do artigo que inaugura o capítulo VII, Seção I, da Carta Magna. Mister apontar que o acréscimo no artigo retro se deu em um cenário pontual, leia-se, final da década de 90, no qual vigorava séria instabilidade econômico-financeira em meio a escândalos e suspeitas de favorecimento e de superfaturamento por parte de algumas empresas em obras do governo federal na era pós Collor.

Esse contexto impulsionou a que os parlamentares tomassem uma posição de imprimir segurança jurídica tanto na modificação do texto constitucional, quanto na criação das legislações administrativas da época, como o Estatuto das Licitações, Lei. nº 8666/93. Desse modo, a rigidez legislativa e a positivação do princípio da eficiência fariam, ao pensamento dos legisladores à época, com que os agentes públicos pautassem suas decisões dentro da lei, e baseado na obtenção de resultados eficazes.

Contudo, pelo avanço da doutrina sobre o tema, é verificado que o elenco dos cinco vértices constantes no art. 37 não mais é suficiente nortear qualquer atuação da Administração, visto que a própria jurisprudência quando da solução de casos concretos se socorre a princípios não positivados em lei.

Outrossim, a experiência foi mostrando que quanto mais rigorosa a lei e a proibição de determinados procedimentos fora da realidade, o mercado vai sempre encontrar subterfúgios e meios ilícitos para contornar a situação. O art. 37, caput, da Constituição acabou por refletir normas em branco, cuja criação foi mais doutrinária, do que aplicada na prática pelos

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p.18.



administradores e contratantes privados. Inobstante a extensão de princípios criados por lei, doutrina ou jurisprudência, fato é, como se verá mais adiante, que ao longo do tempo foram diversas percepções, por meio das quais viu-se que a Administração Pública pecou em atender aos seus princípios norteadores, como o da eficiência, vez que falha na falta de transparência, na morosidade das contratações públicas e, principalmente, na ausência de negociação com os particulares.

Em que pese as críticas acima tecidas aos princípios gerais da Administração Pública, eles não podem ser ignorados pela introdução do presente trabalho, vez que será a partir destes que se construirá a tese de inserção do consensualismo como sexto postulado ao lado dos demais do art. 37.

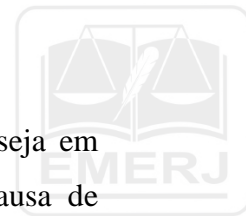
Assim sendo, é possível partir do ponto em que se entende que o Direito Administrativo, como espécie do ramo direito público, constrói suas bases a partir de dois princípios chaves: legalidade e supremacia do interesse público. Serão estes as raízes para os demais, bem como em suas relações com o particular.

A Lei 9.784/99 foi mestra em destrinchar o rol do art. 37 para incluir no seu art. 2º, caput, e parágrafo único os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público.³ Pelo contido nesta lei conclui-se que, ainda que editada para servir em âmbito federal, seu conteúdo abrange normas gerais da atividade administrativa não só da União, mas também dos Estados e Municípios.

É do contexto supra que surgirá a tendência à transformação do consensualismo como subjetividade doutrinária para preceito normativo, a ser, *a posteriori*, inserido no caput do art. 37 CRFB/88. De fato, o número de princípios administrativos é incontável, porém não se pode olvidar que todos os infraconstitucionais buscam respaldo no positivado em Carta Magna, sendo meros desdobramentos dos já existentes, por exemplo, os princípios da boa fé e da proteção da confiança nada mais são do que crias do princípio da moralidade administrativa.

Em detrimento de uma análise aprofundada de cada princípio em espécie, opta-se pela pontuação daqueles que estão intimamente ligados à defesa do consensualismo como novo mecanismo de atuação administração. Em leitura majoritária da doutrina, que a Administração Pública é refém dos seus próprios poderes, pois eles não podem ficar latentes, ao contrario, ela detém mãos um dito “poder-dever” de atuar conforme esteja diante de situação pré-

³ BRASIL. Lei 9.784/99, de 29 de Janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso: 18/03/2015.



disposta em lei, que determina sua atividade. A inércia do agente administrativo, seja em função originária ou delegada, porém, sempre em função do poder público, é causa de omissão punível na seara disciplinar da hierarquia administrativa, vista negligência no exercício da função pública.

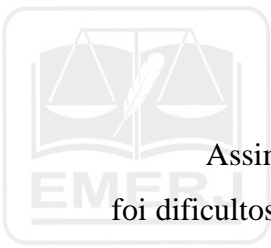
No entanto, é possível verificar, dentro da jurisprudência brasileira, a mitigação da imposição absoluta da indisponibilidade nas normas cogentes de direito público, corolário da supremacia da Administração Pública, no qual acima do legislador público está o interesse primário, cuja consecução deve sobrepor-se até mesmo à própria Administração. Veja-se o exemplo proferido em julgado do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.⁴

Melhor detalhando, a ideia acima defendida, e com vistas a apagar qualquer dúvida sobre a questão, não se está, no presente trabalho, defendendo a ideia de uma derrogação completa das normas de direito público e raízes principiológicas do Direito Administrativo, porém a ilustração supra serve para refletir a ideia de uma flexibilização necessária na atuação do Direito Administrativo. Se da análise casuística fica demonstrada que pode ser deixado de lado o rigor da legislação específica para se efetivar o interesse primário por meio de um consensualismo, então, que prevaleça a segunda hipótese.

É pensando nisso que impende demonstrar a praticidade efetiva do consensualismo como método viável de solução de controvérsias. Veja-se, que o princípio da eficiência foi inserido no rol do caput do art. 37 da CRFB/88 no contexto do neoliberalismo, no fim da década de 90, o Brasil passava por um duro processo de engessamento legislativo, com vistas a conferir maior segurança à população que acabava de sair de uma das maiores crises financeiras da história brasileira. Por conta disso, o Congresso Nacional sentia-se compelido a imprimir maior segurança jurídica ao setor comercial e contratual público, ante a necessidade imperiosa de retomar os investimentos para reerguer o país.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 253885/MG. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+253885.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+253885.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a2no9of>. Acesso em: 10 nov.2014.



Assim, nasceu o quinto princípio administrativo: eficiência. No entanto, assim como foi dificultoso o contexto de seu surgimento, igualmente se mostra árduo a sua definição, pois ser eficiente pode tanto significar atuar dentro da lei, como também se utilizar dos meios necessários, até infra legais, para consecução da finalidade primária. Essa dubiedade pode ser explicitada no seguinte trecho:

[...] O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.⁵

Em razão do todo o raciocínio já esposado, é certo que, em que pese realizada uma análise crua da extensa gama de princípios administrativos existentes no ordenamento jurídico, é possível verificar que da teoria se distancia a prática, e, por suas definições demasiado abstratas, não raro se faz difícil sua aplicação.

2. CONSENSUALISMO NOS CONTRATOS

O consensualismo, cuja ótica se passará a aprofundar neste tópico, possui raízes da mente de juristas renomados e talvez até progressistas frente à realidade jurídica-brasileira que necessita de segurança jurídica. Imperioso se faz, antes de elaborar o conceito de consensualismo, que seja definido outro instituto a ele conectado, qual seja: discricionariedade. A discricionariedade refere-se à uma facultativa, ao afastamento das balizas legais para colocar nas mãos do administrador público a gerência de determinado ato, de acordo com seus elementos e a meta a ser atingida. É, em suma, quando a lei deixa à Administração a possibilidade de, no caso, concreto, escolher entre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o direito. E essa escolha se faz segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, interesse público, sintetizados no que se convencionou chamar de mérito do ato administrativo.⁶

Com efeito, observa-se que a regra, a teor do disposto na rigidez do direito administrativo, é de que vigora neste ramo uma doutrina vinculada positiva, segundo a qual,

⁵ *ibid.* p.,84.

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 13/04/2015.



somente será lícito e legítimo aquilo autorizado por lei, ao passo que ao particular é regido por uma doutrina vinculada negativa, pela qual poderá fazer tudo que a lei não vede (art. 5º, II, CRFB/88).

Ato contínuo, é de se observar que intimamente ligada à discricionariedade, está o elemento da democracia, pilar defendido pela Carta Magna de 1988, em seu preambulo e art. 1º, além de implicitamente ao longo de todo o texto constitucional. Fala-se, nas palavras de Manuel Castells⁷, em democracia substancial, aquela para além das formalidades do processo legislativo, mas engajada na eficiência do ato que irá repercutir na questão social. É a participação do povo, dos cidadãos, da coletividade máxima que irá sofrer com os efeitos colaterais dos contratos firmados pela Administração Pública.

É nesse espírito que o emérito docente Diogo de Figueiredo Moreira Neto arremata:

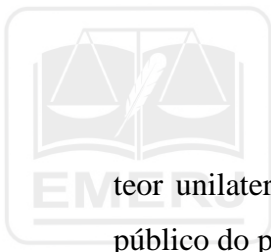
Assim, não mais bastando o consenso na escolha de pessoas pelo voto formal, trata-se de buscar um consenso mais amplo sobre a escolha de políticas públicas através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a crescente importância da processualidade adequada como instrumento democrático.⁸

Dentro desse panorama, surge o cerne da ideia, neste artigo, defendida sobre o consenso como modalidade de justiça social nos atos emanados pelo poder público. Dentre os opositores desse pensamento fresco estão aqueles que julgam perigoso imprimir um equilíbrio na dinâmica das relações da administração com os particulares, porquanto não se teria limites do que seria permitido e do que constituiria exagero. A segurança jurídica, tão essencial num Estado Democrático de Direito, estaria na berlinda de ser sobrestada em prol de um alegado bem maior, que autorizaria a ultrapassagem de rigores legais em benefício de maiores lucros, políticas públicas e, até avanços tecnológicos.

Realmente, não há que se deixar olvidar que tais argumentos são densos, e, de veras, preocupantes. O consensualismo, como qualquer outra tese, é arriscado, pois além de se estar lidando com erário, envolvem-se aspectos sociais e boa fé entre os negociantes, fatores que nem sempre estão ao alcance de controle pelo legislador. E mais, os atributos da veracidade e legitimidade intrínsecos aos contratos administrativos *per si* estariam sob risco, eis mitigado o

⁷ MANUEL CASTELLS. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, trilogia, tradução em português pela Editora Paz e Terra*, S. Paulo, 1999, p.130.

⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 de Abril de 2015.



teor unilateral, para dar vazão ao consensualismo, cuja implementação aproximaria mais o público do privado

Entretanto, a despeito das correntes contrárias, há que se atentar para o contexto hodierno, bem diferente daquele final da década de 90, em que o país tentava consolidar-se como economia de mercado, após crime econômico-financeira nacional, inclusive, após o recentíssimo surgimento da Constituição moderna, novo marco de uma era pós ditadura. O Brasil, como reconhecido atrativo comercial e financeiro, necessita para sua sobrevivência, que sejam aparadas áreas, nas quais o investimento privado é complementar, senão necessário. Embora em processo de catalisação desde o início dos anos 2000, a República Federativa do Brasil não se pode autoproclamar suficiente de nenhum ponto de vista, de modo que a adesão a contratos administrativos para incremento em todos os seus setores é requisitos indispensável na sua consolidação no mercado mundial.

Conclui-se a presente parte dizendo que, é inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).⁹

3. CONSENSUALISMO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Inicia-se o presente item com importante reflexão do jurista e escritor Floriano de Azevedo Marques Neto, o qual apresenta a visão centralizada das contratações públicas:

[...]A teoria do contrato administrativo no Brasil não refutou a tese de que a Administração poderia igualar-se ao privado na relação obrigacional. Ao contrário, tomou por pressuposto que a participação da Administração numa relação contratual não lhe retiraria a posição sobranceira, superior, assimétrica. Sendo a Administração, por definição, tutora do interesse público, não poderia ela igualar-se ao privado. Disso decorreria: a) a ausência

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de Junho de 2015.



de igualdade entre as partes; e b) as prerrogativas de intervenção unilateral nas condições pactuadas (subjacentes às cláusulas exorbitantes).¹⁰

Partindo-se da premissa que o poder público está concentrado nas mãos da Administração, por disposição constitucional, e somente ela, dele pode dispor, haja vista que próprio do Estado, tal fato não exclui a habilidade da sociedade em organizar-se, individual ou coletivamente, para adentrar nos negócios que envolvem o interesse dos particulares. O principal motor dessa mobilização é a crítica quanto ao autoritarismo da Administração Pública, que exige em se colocar, constantemente, em posição de superioridade, tanto normativa, quanto atuante. Exemplo claro disso são as prerrogativas de modificação e rescisão unilateral dos contratos administrativos firmados sob o crivo da Lei 8.666/93.

Em um constitucionalismo moderno, pós ditadura e assinatura de diversos tratados e convenções internacionais, com vistas à maximização dos direitos humanos, assim como a visão do indivíduo como sujeito de deveres e detentor de garantias frente ao Estado, preza-se, na atual Constituição, pelos direitos individuais. Com efeito, tem-se que o número constante de tarefas do Estado e a mudança da própria mentalidade do constituinte brasileiro são fatores motivacionais do abrandamento da superioridade e chegada do consensualismo.

A ideia supra é corroborada pela inserção do §3º no art. 37 do Texto Maior, através da EC 19/98, que prevê a participação do usuário na administração direta e indireta. Junto a isso veio a ideia da chamada “administração privada dos interesses públicos” e “processualização do direito administrativo”, das quais descende o fenômeno do “tudo contratual”, fenômeno este do pós modernismo, que reflexe a intensa procura pelos contratos, porém com incidência de manifestações e mecanismos próprios do direito privado.

Perceba-se que daí o salto evolutivo do contratualismo na Administração Pública foi imenso, como por meio dos contratos administrativos de parceria e os acordos administrativos de coordenação, a título de ilustrações de execução associada do interesse público. Em termos legislativos, a Lei 8.987/95, concessões e permissões, acresceu, com a Lei 11.196/05, em novos critérios de julgamento, inversão das fases na escolha da melhor proposta (art. 18-A)¹¹, em caráter facultativo do presidente da banca, e, mais importante, a previsão de arbitragem na resoluções de eventuais litígios (art.23-A)¹². Já a Lei 11.079/04, instituidora da Parceria

¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos com o Poder Público. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, 2009, nº107, p. 4.

¹¹ Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que (...). Brasil. Lei 8.987/95, de 13 de Fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 13 de Abril de 2015.

¹² Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua



Público-Privada, cujo denominado grita por si só a simbiose entre os ramos do direito, previu o saneamento de falhas, correção de insuficiências/irregularidades durante o julgamento, inversão de fases facultativamente, e adoção de mecanismos privados de solução de conflitos.

Não é errado afirmar que as espécies contratuais de parceria tendem a se multiplicar no Direito Administrativo brasileiro e isso em razão da extrema diversidade de situações encontradas na área econômica, bem como já acima dito, da consolidação do país no mercado mundial, como atrativo mercantil. Mais recentemente, houve a promulgação da Lei 12.462/11, regulamentada pelo Decreto 7.581/11, a qual estabeleceu o Regime Diferenciado de Contratações, no qual desponta, como principal mostra do surgimento do consensualismo, a possibilidade de negociação, após concluído o julgamento definitivo da melhor proposta, da Administração para com o vencedor.¹³

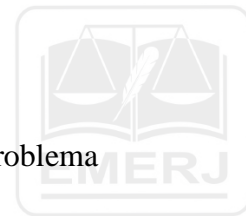
Como se pode notar, caminha-se para o novo estágio de arranjos contratuais criativos e inovadores, o que demanda por novas formas de relacionamento contratual, como é o caso do Regime Diferenciado de Contratações, cuja criação, *a priori*, foi para competições esportivas e de caráter temporários, porém já estendeu sua utilização para ações integradas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e engenharia do ensino público e no Sistema Único de Saúde. Certo deve estar que essas tendências estão longe de demonstrar a superação da doutrina do contrato administrativo tradicional. Elas, porém, ilustram o fato de que, no âmbito da Administração Pública em geral e dos contratos administrativos em particular, é possível vislumbrar um deslocamento do eixo da autoridade para a consensualidade.¹⁴

Posta assim a questão, é de se verificar que o crescimento do número de contratações firmadas pelo Poder Público, bem como na sua interferência, em parceria ou não, nos negócios jurídicos que envolvem o crivo da Administração ou mesmo sua cooperação (ex: contrato de gestão) acarretam o aumento dos processos judiciais envolvendo as partes ou terceiros. Diante disso, inobstante a instauração do devido processo administrativo, raramente

portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasil. Lei 8.987/95, de 13 de Fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 12 de Maio de 2015.

¹³Art. 26. Definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado. Parágrafo único. A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado. Brasil. Lei 12.462/2011, de 4 de Agosto de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 13 de Abril de 2015.

¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos com o Poder Público. *Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo*, 2009, nº107, p. 8



a controvérsia toma fim na decisão irrecorrível da Administração, o que direciona o problema para os braços do Judiciário, por direito subjetivo de acesso a ele.¹⁵

Segundo a visão tradicional-dominante seria inviável utilizar-se de técnicas extrajudiciais na solução de conflitos, pois o objeto central da lide seria o interesse público, indisponível por si só. Permitir que se acordassem ou transacionassem questões envolvendo o interesse primário da coletividade seria o mesmo que esvaziar o motivo da obediência dos particulares às leis e aos governantes, pois o liame que os diferencia é justamente a exteriorização de uma vontade maior que a dos cidadãos, no seu individual.

Nesse sentido, ratifica-se, por inteiro, o pensamento de que diferentemente do que se possa parecer, não se está defendendo uma aniquilação da Administração Pública, tampouco do Direito Administrativo, como espécie do direito público, dotado de prerrogativas e garantias inerentes ao exercício estatal. Muito menos, a extinção das prerrogativas processuais que a Fazenda Pública, quando em juízo, faz jus. Por certo e que fique cristalizado é que se levanta a bandeira de jamais propor a negociação do interesse público, mas tão somente a forma como a qual aquele é trabalhado, de modo a atingir por completo o princípio da eficiência.

É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse último, em dirimir conflito, e retomar a normalidade das relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente de maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que, em princípio, deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público.¹⁶

Assim sendo, prescreve-se o emprego dos instrumentos de composição extrajudicial de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e os ajustamentos de conduta. Isso tudo, claro, sem perder de vista o direito público subjetivo ao devido processo administrativo e legal, quando o caso assim o requerer.

Por derradeiro, nota-se com o amparo do consensualismo, o que autores alienígenas, como Maria João Estorninho¹⁷, convencionaram chamar de “Fuga para o Direito Privado”,

¹⁵ Art.5º: XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 13 de Abril de 2015.

¹⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 de Abril de 2015.

¹⁷ ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2009, p.100.



pela qual estar-se-ia empenhado em introduzir na Administração Pública, os valores da competitividade e liberdade de escolha na contratação com pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Diga-se à exaustão que não será, nunca, possível essa fuga completa para o direito privado, eis que imperiosa a hierarquia, ainda que num regime democrático. A República brasileira é regida pela democracia, por escolha do próprio povo, o que induz a presença de governantes e governados, logo, a autoridade do Estado para com aqueles que rege. A absoluta isonomia importaria numa indesejada transição ao regime de anarquia, o que significaria imediato retrocesso aos valores há muito conquistados. Logo, ainda que recorridas às norma de direito privado para diversificação dos pleitos públicos, as normas originariamente públicas possuem mais consistência, derogando parcialmente aquelas.

Portanto, um Estado que já alavancou grandes passos na conquistas de direitos e garantias individuais, demonstra possuir um constituinte derivado flexível, condizente com a mutação socioeconômica do país, não pode se fechar à interação aberta com a sociedade, que é, para quem trabalha ao final. O estreitamento de relações, por intermédio do consensualismo, apenas favoreceria maior transparência e maximização dos pontos colimados nos contratos, pois o gigantismo estatal somente se elevaria quando cabalmente necessário.

Em suma: a coerção estatal, nos contratualismo, deve assemelhar-se à soberania, latente. Somente se atingirá a realização plena das políticas públicas se público e privado caminharem lado a lado, porém sempre com a visão no freio.

CONCLUSÃO

Em conclusão, infere-se que toda a análise tecida sobre o sistema administrativo estatal ser intensamente permeado pela burocracia e formalidade excessivas. De fato, os paradigmas estão mudando e novas legislações estão surgindo para se amoldarem às tendências atuais. Realmente, à época em que editada a maioria das espécies legislativas fora com objetivo maior de imprimir segurança a um ramo do direito público que emergia na Constituição, sendo a máxima efetivação do interesse público ficaria em segundo plano.

Com vistas a não reprisar o já ocorrido, importa reconhecer que a máquina estatal serviente de outrora está em desuso e tornando-se, cada vez, ineficiente às demandas socioeconômicas que brotam. Antes que a insatisfação popular e política chegue a tal cúmulo que sejam as leis banalizadas por não incapacidade de adequação formal às situações concretas.

O modelo defendido no presente artigo e pela doutrina retrocitada promove um novo arranjo entre o Poder Público e a sociedade no tocante aos contratos firmados entre ambos, de modo a potencializar investimento, intensificar o mercado, fortalecer os empreendimentos, e movimentar a máquina financeira dos dois lados. Em adendo a isso, colima-se um arranjo institucional de maior interação entre as partes, maior poder de voz e voto do particular submisso ante a soberania permanente, porém latente, estatal. Reforça-se a proposta de uma Administração Pública mais pensante e menos seguidora do texto legal, mais atuante em prol da outra parte, sem olvidar-se do interesse maior.

Nesse novo paradigma, o qual cresce e avança, requer-se que a regra primária não seja o bem de um, mas o bem comum.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Lei 9.784/99, de 29 de Janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso: 18 de março de 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 13 de Abril de 2015.

_____. Lei 12.462/2011, de 4 de Agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 13 de Abril de 2015.

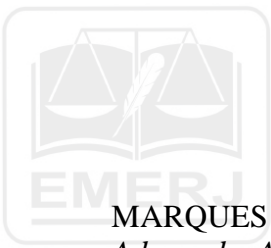
_____. Lei 8.987/95, de 13 de Fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 12 de Maio de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+253885.NUME.%29+OU+%28RE.ACM S.+ADJ2+253885.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a2no9of>>. Acesso em: 10 nov.2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2009.

MANUEL CASTELLS. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, trilogia, tradução em português pela Editora Paz e Terra, S. Paulo, 1999.



MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos com o Poder Público. *Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo*, 2009, nº107.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 de Abril de 2015.

_____. *Mutações do Direito Administrativo: Novas Considerações* (avaliação e controle das transformações). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de Junho de 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariiedade Técnica e Discricionariiedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 13/04/2015.



A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO

TABACO

Sheila de Carvalho

Graduada pela Universidade Estácio de Sá
Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada
pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: O tabaco é o único produto de consumo legal que mata quando usado exatamente de acordo com as instruções do fabricante. As indústrias colocam no mercado um produto que causa doenças e mortes, além de graves problemas de saúde pública, que causam danos ao erário com os volumosos gastos nas áreas de saúde e da previdência. Entretanto, essas empresas conseguem eximir-se de sua responsabilidade e, muitas vezes, evitam a aplicação da legislação nacional, que privilegia não só a defesa do consumidor, mas também o direito à vida e à saúde. Busca-se com esse trabalho demonstrar como o ordenamento jurídico trata o consumo do tabaco, e trazer a reflexão o poder dessa indústria que, ainda, não responde de forma efetiva pelos danos causados por seu produto. Analisaremos, ainda, se a publicidade do tabaco pode induzir o consumidor a erro, a respeito de suas características, efeitos para a saúde e seus riscos, demonstrando como a informação é um método preciso para a tutela dos consumidores de tabaco, pois alerta e promove uma reflexão de modo que pode influenciar no livre arbítrio do consumidor.

Palavras-chave: Consumidor. Consumo do Tabaco. Publicidade. Responsabilidade Civil.

Sumário: Introdução. 1. Origem do Consumo do Tabaco. 1.1 Histórico do Consumo do Tabaco nas Sociedades Ocidentais Contemporâneas. 1.2 Situação do Brasil. 2. Apontamentos sobre a Relação entre Estado, Direito e Consumo do Tabaco. 2.1 Políticas de Controle do Tabaco. 2.2 Regulação do Consumo. 3. O Fumante e a Indústria do Tabaco no Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo, inicialmente, investigar como o ordenamento jurídico trata o consumo do tabaco e se a publicidade do tabaco pode induzir o consumidor a erro, a respeito de suas características, efeitos para a saúde e seus riscos, justificando



restrições totais ao direito de propaganda dos produtos frente aos direitos fundamentais atingidos (vida e saúde).

Destacar que as políticas públicas direcionadas à redução da oferta, da demanda e de controle do uso do tabaco, que é uma droga lícita, poderá sofrer limitações frente a interesses tributários, uma vez que o mesmo Poder que restringe o uso do tabaco, lucra com a farta arrecadação de impostos.

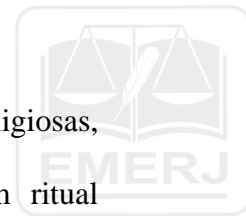
Pretende-se, ainda, analisar a principiologia que envolve o tema e que justifica a tutela do Estado sobre a liberdade de fumar, uma vez que essa liberdade individual e privada em geral tem efeitos na coletividade, pois os custos com o tratamento das doenças relacionadas ao fumo, desse indivíduo, serão custeados com o dinheiro de todos.

Por fim, comprovar que os danos advindos do uso do tabaco, bem como aqueles causados aos fumantes passivos justificam a tutela do Estado, uma vez que o hábito de fumar não decorre apenas do livre arbítrio do fumante; pois uma vez dependente, o fumante não tem livre escolha sobre fumar ou não fumar.

1. ORIGEM DO CONSUMO DO TABACO

O uso do tabaco é originário das Américas, há indícios de que o consumo de cigarro já ocorria há cerca de oito mil anos por praticamente todas as culturas que habitavam esse continente.

Os primeiros registros do ato de fumar ocorreram nas cerimônias religiosas realizadas pelos sacerdotes das Antilhas e da América Central e México, essa informação foi comprovada por indícios arqueológicos encontrados em um vaso maia do século X com desenhos de indígenas fumando um chumaço de folhas de tabaco, tendo ainda gravações em pedra mostrando sacerdotes fumando cachimbo.



Era costume dos aborígenes americanos fumar tabaco nas cerimônias religiosas, considera-se um enigma o fato de que muitas culturas indígenas vivenciassem ritual semelhante, no qual o sacerdote, cacique ou pajé e seus circunstantes entravam em transe aspirando o fumo do tabaco.

O fascínio por esta planta ocorreu naquela época, tal como agora, em virtude da produção de determinados efeitos no cérebro após seu consumo, sendo que a origem desses efeitos reside na nicotina¹.

O nome “nicotina” deriva de Nicot, que é o sobrenome de Jean Nicot (1530-1600), que foi quem difundiu o uso do tabaco na Europa, após estudar as propriedades da planta e lhe atribuir vários efeitos medicinais, por ter-lhe cicatrizado uma úlcera de perna, até então incurável.

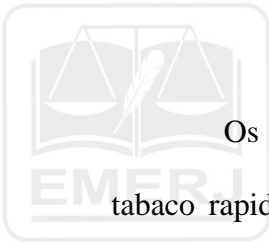
O uso medicinal do tabaco já ocorrera em outras épocas, suas aplicações foram descritas por Hipócrates (460-375 a.c.), por Dioscordes de Anazarba (40-90 d.C.) e Galeno (120-200 d.C.) que recomendavam a inalação do fumo de tabaco para o tratamento da asma.

O contato do mundo civilizado com a nicotina ocorreu no século XVI, chegando à Europa por quatro caminhos: Espanha, Portugal, França e Inglaterra.

O primeiro contato dos ocidentais com a planta do tabaco deu-se com a chegada de Colombo à América em 1492, ocasião em que o mesmo descobriu o hábito de fumar entre os índios, tendo-o levado consigo de volta a Espanha.

Os exploradores fumaram para satisfazer a sua curiosidade, mas passaram a ter uma necessidade que só o tabaco poderia satisfazer. Por essa razão, aprenderam com os índios como semear, transplantar, cortar, colher e curar as folhas da planta do tabaco, tendo retornado à Europa com abundantes suprimentos de tabaco, folhas e sementes difundindo o seu cultivo.

¹ Nicotina - alcalóide responsável pela maior parte dos efeitos do tabaco sobre o organismo e a que gera dependência física. A vida média da nicotina no sangue é inferior a 2 horas e quando se reduz a sua concentração aparecem os sintomas que levam o fumador a desejar de novo um cigarro.



Os portugueses e espanhóis considerados excelentes comerciantes, disseminaram o tabaco rapidamente por todos os continentes. A partir de 1600, a planta já fazia parte do cotidiano dos europeus sendo legalizada e taxada, são também desse período os registros das primeiras medidas restritivas.

O primeiro antitabagista da história, foi o rei James I, sucessor da rainha Isabel, que escreveu um tratado condenando o uso do tabaco, cujo título era “Em oposição ao tabaco”. Entretanto, o maior debate público contra o uso de tabaco ocorreu em Oxford, em 1605, tendo o *Sir Francis Bacon* advertido que quem se acostuma aos prazeres do tabaco dificilmente consegue se abster de seu consumo.

Nessa época numerosos Decretos e sanções foram invocados contra o tabaco, envolvendo penas severas, sendo importante registrar que a mais severa que se tem registro foi a pena de morte, imposta pelos turcos, em 1633, para quem fosse apanhado fumando.

A partir do século XVIII as proibições cessam e o uso do tabaco cresce gradualmente, nessa época surgem as primeiras publicações européias relacionando o consumo do tabaco a diversas doenças.

A despeito disso, o tabaco torna-se um hábito definitivo na cultura ocidental, suas folhas foram comercializadas sob a forma de fumo para cachimbo², rapé³, tabaco para mascar⁴

² O uso de cachimbo teve início nas Américas, onde fazia parte de rituais sagrados dos povos ameríndios significando, para alguma culturas, a união do mundo terrestre (representado pelas folhas) com o mundo celeste (representado pela fumaça).

³ A palavra Rapé deriva do francês “râper”, que significa raspar. O tabaco é moído até virar pó para ser inalado e absorvido pela mucosa.

⁴ É uma das mais antigas modalidades de consumo do tabaco. É levado à boca, sendo chupado ou mascado. Atualmente, as folhas pra mascar podem ser curadas antes ou após terem sido torcidas em rolos e podendo-se adicionar sabores como whisky, rum, etc. Ainda hoje é utilizado, principalmente no sul dos Estados Unidos e no interior dos países latino-americanos.



e charuto⁵, até que no fim do século XIX iniciou-se a sua industrialização sob a forma de cigarro⁶.

A partir do surgimento da máquina de enrolar cigarros, o consumo se popularizou ainda mais. A vocação comercial da planta aparece associada ao *glamour*, à sensualidade e à inofensividade.

A industrialização permitiu a massificação da produção de cigarros, causando um efeito profundo não só no consumo em si, mas também no lugar ocupado pelo tabaco na sociedade, esse fato somado a técnicas avançadas de publicidade e marketing impulsionou o consumo por todo o mundo.

1.1. HISTÓRICO DO CONSUMO DO TABACO NAS SOCIEDADES OCIDENTAIS CONTEMPORÂNEAS

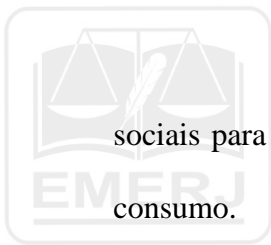
A partir da industrialização do tabaco, no fim do século XIX, sua utilização passou a ser sob a forma de cigarros, que eram limpos, fáceis de usar, modernos, e cada vez mais baratos, ao contrário dos métodos tradicionais⁷ de fumar.

Em relação às mulheres o consumo de tabaco disseminou-se a partir da 1ª Guerra Mundial. A indústria do tabaco, entre 1920 e 1930, explorou as idéias de liberdade, poder e outros valores importantes para elas, de forma a desenvolver novas imagens e significados

⁵ A palavra charuto deriva provavelmente da palavra maia *sik'ar*. São feitos de ar-curado e fermentado de tabaco com um invólucro de folha de tabaco. O envelhecimento e longo processo de fermentação produzem altas concentrações de compostos cancerígenos que são liberados na combustão. O charuto pode ser feito à mão ou à máquina.

⁶ O cigarro é uma pequena porção de tabaco seco e picado, enrolado em papel fino, e dispõe de um sistema de filtro, geralmente de fibras de acetato de celulose.

⁷ Inalado, tragado ou mastigado, variando conforme a cultura, regiões ou países. As principais formas baseiam-se no uso do tabaco sem combustão, no uso do rapé e do tabaco mascado e na combustão do tabaco, com o uso principalmente de cachimbos, charutos e narguilé.



sociais para o hábito de fumar, o que fez com que houvesse uma duplicação no mercado de consumo.

Nessa época surgiram no meio científico uma série de preocupações com a saúde, ligadas ao consumo de tabaco e o desenvolvimento de cancro do pulmão, houve estudos que comprovavam que aqueles que fumavam tinham taxas de mortalidade mais altas do que aqueles que não fumavam.

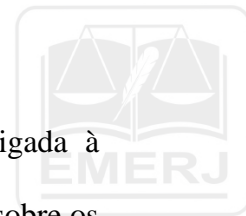
A indústria tabagista não olvidou esforços para negar os prejuízos para a saúde derivados do consumo de tabaco, e para minimizar os riscos causados pela sua utilização, tal como a introdução do filtro do cigarro como uma forma de reduzir os níveis de alcatrão⁸ presente nos cigarros.

A despeito dos esforços engendrados pela indústria tabagista, nos anos 60 a relação entre o cancro do pulmão e o tabagismo foi definitivamente estabelecida. Neste contexto, em 1962 foi apresentado um relatório sobre os riscos para a saúde associados ao consumo do tabaco, “*Royal College of Physicians*”, a partir daí o Governo Britânico decretou que deveriam ter avisos sobre os riscos potenciais associados ao consumo de produtos derivados do tabaco.

De igual forma, em 1964 o *US Department of Health*, publicou um relatório sobre os malefícios do uso do tabaco, adotando a mesma medida quanto aos avisos, e proibindo a propaganda no rádio e na televisão. As medidas adotadas tiveram como consequência a diminuição na venda de cigarros.

Na década de 70, novamente houve um aumento no consumo de cigarros principalmente entre adolescentes e adultos jovens. A década de 80 foi marcada pelas políticas voltadas para a prevenção e combate ao consumo de tabaco.

⁸ O alcatrão é um composto de mais de 40 substâncias cancerígenas, gerado pela combustão de derivados do tabaco, como: arsênio, níquel, benzopireno, cádmio, resíduos de agrotóxicos, substâncias radioativas, como o Polônio 210, acetona, naftalina e até fósforo P4/P6, substâncias usadas para veneno de rato.



A *Food and Drug Administration*⁹ iniciou em 1994 uma investigação ligada à questão da jurisdição sobre certos produtos do tabaco e em 1996 assumiu a jurisdição sobre os cigarros e outros produtos do tabaco, através da regulação da nicotina, tendo concluído que os cigarros são instrumentos engenhosos de fornecimento de uma droga.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) assumiu nos últimos anos papel fundamental e agregador da luta em relação ao tabaco, pois considera ser uma epidemia mundial com conseqüências gravíssimas em termos de saúde pública.

Estabelecida a conexão entre o consumo de tabaco no cenário mundial e os malefícios causados aos seus usuários, o próximo tópico irá traçar a situação do Brasil.

1.2 SITUAÇÃO DO BRASIL

Considerando que no Brasil 23 (vinte e três) pessoas morrem por hora em virtude de doenças ligadas ao tabagismo¹⁰, e que o mesmo é fator causal de quase 50 diferentes doenças incapacitantes e fatais, o governo brasileiro fundamentado nos preceitos constitucionais vigentes tem adotado medidas para promover a proteção e defesa dos cidadãos das conseqüências devastadoras geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco.

Para compreender as dimensões do tabagismo, faz-se necessário percorrer de forma sucinta o curso histórico, as ações desenvolvidas e as legislações em vigor para que se veja o controle do tabaco a partir de uma perspectiva abrangente, incluindo inclusive a área jurídica.

A história do tabaco no Brasil teve início no ano de 1.500, nessa época restou comprovado que o fumo já fazia parte dos rituais dos indígenas que viviam no território. O

⁹ FDA é um órgão do governo dos Estados Unidos, criado em 1862, com a função de controlar os alimentos e medicamentos, através de diversos testes e pesquisas.

¹⁰ Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1446>. Acesso em: 10 set. 2012.



fumo para os índios tinha uma origem mística, um caráter sagrado e seu uso era limitado aos ritos religiosos e como planta medicinal.

Ainda no período imperial, no ano de 1822, a planta do tabaco passa a fazer parte do brasão brasileiro, como reconhecimento da importância da cultura do fumo para o comércio e sua exportação. Em 1889, no Brasil-República, o brasão foi alterado, mas a planta do tabaco continua até a atualidade ilustrando-o.

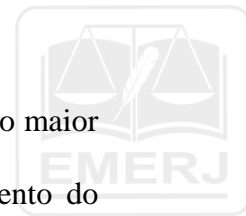
No ano de 1850 o tabaco chegou a representar 30% das exportações de fumo no Brasil Colonial, sendo também considerado o principal gênero de comércio no escambo dos escravos com a África.

A indústria do tabaco no Brasil é dominada por duas multinacionais, a Souza Cruz e a Philip Morris. A companhia de tabaco Souza Cruz foi fundada em 1903, essa empresa foi responsável pelo início do processo de fomento da produção de fumo na região Sul, a partir de 1914 quando foi adquirida pelo grupo British American Tobacco (BAT). Esse grupo se tornou, no fim da 2ª Guerra Mundial, a maior fabricante de cigarros do mundo.

O tabagismo é considerado uma pandemia pela OMS, já que mata 5,4 milhões de pessoas por ano no mundo¹¹, e é considerado transtorno mental e de comportamento decorrente do uso de substância psicoativa pela Décima Revisão de Classificação Internacional de Doenças (CID-10).

Os primeiros passos na busca de políticas de redução de consumo de tabaco no Brasil, ocorreram na década de 70 por iniciativa do setor de saúde, encabeçado por sociedades médicas com a colaboração de secretarias de saúde, tendo em vista que estudos científicos estabeleceram relações causais de inúmeras doenças com o uso do tabaco, dentre elas o câncer de pulmão e em outros órgãos, o infarto do miocárdio e doenças pulmonares crônicas, entre outras.

¹¹ Disponível em: < <http://actbr.org.br/tabagismo/numeros.asp>>. Acesso em: 10 set. 2012.



Vale informar, que o Brasil é o segundo maior produtor mundial de tabaco e o maior exportador de tabaco em folhas, a despeito disso tem conseguido escapar do aumento do consumo que tem acometido os países em desenvolvimento.

Esse fenômeno vem ocorrendo há cerca de 15 (quinze) anos em virtude da articulação do Ministério da Saúde, por meio do Instituto Nacional de Câncer, de ações de natureza intersetorial e de abrangência nacional, junto com outros setores do governo, contando com a parceria das secretarias estaduais e municipais de Saúde e de vários setores da sociedade civil organizada.

Os malefícios causados pelo cigarro, durante muito tempo, estiveram restritos no âmbito da medicina e da saúde pública. No entanto, diante de vários problemas sociais e da necessidade de medidas abrangentes para controle do tabagismo, no ano de 1993 o Brasil se inseriu na iniciativa da Organização Mundial da Saúde (OMS), desenvolvendo políticas públicas de controle de tabaco, que didaticamente citaremos em ordem cronológica.

No ano de 1995, o governo federal implantou o Programa Nacional de Controle do Tabagismo e passou a propor ações no Executivo e no Legislativo para controlar a epidemia causada pelo uso do tabaco.

No tocante à proteção contra os riscos da exposição à poluição tabagista ambiental, em 1996 houve aprovação e promulgação da Lei Federal 9.294 que dispõe sobre as restrições e à propaganda de produtos fumígenos nos termos do art. 220, §4º, da CRFB. O art. 2º, da Lei dispõe que é “proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo¹², privado ou público,

¹² O conceito de recinto coletivo está previsto no Art. 2º do Decreto 2.018/1996 que regulamenta a Lei. Para os efeitos deste Decreto são adotadas as seguintes definições: I- RECINTO COLETIVO: local fechado destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas, tais como casas de espetáculos, bares, restaurantes e estabelecimentos similares. São excluídos do conceito os locais abertos ou ao ar livre, ainda que cercados ou de qualquer forma delimitados em seus contornos.



salvo em área destinada exclusivamente a esse fim¹³, devidamente isolada e com arejamento conveniente¹⁴.

No ano de 1999, foi criada a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) com competência para regulamentar, controlar e fiscalizar produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, dentre os quais os derivados do tabaco. Com a criação dessa agência o governo avançou de forma significativa na aplicação da legislação específica para o setor tabagista e avançou nas medidas regulatórias. Nesse mesmo ano o governo criou a Comissão nacional para o Controle do Tabaco (CNCT).

A Lei 10.167 de 27 de dezembro de 2000 ampliou a proibição do uso de produtos fumígenos derivados do tabaco, ao limitar a propaganda comercial dos produtos à parte interna dos locais de vendas através de pôsteres, painéis e cartazes. Essa lei ainda impõe a observância de alguns princípios, tais como, não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável; não induzir as pessoas ao consumo, ao atribuir propriedades calmantes ou estimulantes; não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas; bem como não incluir a participação de crianças ou adolescentes nas propagandas.

A partir da Lei 10.167/2000, os fabricantes ou importadores de produtos de tabaco, são obrigados por lei a inserirem advertências sanitárias acompanhadas de fotos, ocupando 100% de uma das faces dos maços de cigarros.

A Comissão Nacional para a Implementação da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco (CONICQ) foi criada no ano de 2003 pelo Decreto 4.789. A Convenção-Quadro é um Tratado Internacional de Saúde Pública que iniciou as tratativas em 1999, entre os países membros das Nações Unidas, que foi negociado por mais de quatro anos.

¹³ Art. 2º. Decreto 2.018/1996 (...) IV - Área Devidamente Isolada e Destinada Exclusivamente a Esse Fim: a área que no recinto coletivo for exclusivamente destinada aos fumantes, separada da destinada aos não-fumantes por qualquer meio ou recurso eficiente que impeça a transposição da fumaça.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 9.294, de 15 de jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.



O referido tratado foi firmado em 2003 em Genebra, tendo o Brasil como ativo participante do processo de elaboração da Convenção-Quadro desde o seu início, sendo o 2º país a assinar a referida Convenção.

O Decreto nº 5.658/06 deu publicidade interna à ratificação, e através dele no art. 3º pode-se perceber o objetivo humanitário da Convenção que é “proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras conseqüências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco”.

A partir da ratificação da CQCT, em novembro de 2005, o Brasil desenvolveu uma série de medidas abrangentes de controle do tabaco, porém a política de taxação e elevação de preços está se desenvolvendo lentamente, de modo que o último aumento irá alcançar o consumidor no final de 2012^{15/16}.

2. APONTAMENTOS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE ESTADO, DIREITO E CONSUMO DO TABACO

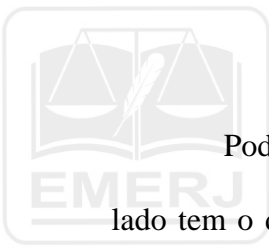
A saúde ostenta a condição de direito fundamental na Constituição Federal, trata-se de um direito público subjetivo afeto a todos os cidadãos, expresso no caput do art. 6º e 196 da Constituição, que prevê o dever do Estado de prover o pleno gozo desse direito.

Ocorre que esse Estado que tem o dever de garantir a saúde de todos por meio de políticas sociais e econômicas que busquem a redução do risco de doenças e ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, também permite que o cigarro seja vendido livremente como droga lícita¹⁷.

¹⁵ Brasil. Ministério da Saúde. INCA. O Programa de Controle do Tabagismo no Brasil. Avanços e desafios: Instituto Nacional de Câncer, 2006.

¹⁶ Iglesias R, Biz A, Monteiro A. *Porque aumentar a carga tributária e o preço dos cigarros no Brasil*. Estudo para a Aliança de Controle do Tabagismo - ACTBR, 2011:12.

¹⁷ Droga lícita é uma droga cuja produção e uso são permitidos por lei, sendo liberada para comercialização e consumo. São drogas lícitas, por exemplo, as bebidas alcoólicas e o cigarro.



Pode-se dizer que o Estado vive em um permanente conflito de interesses, se por um lado tem o dever constitucional de prover o direito à saúde dos cidadãos, de outro enfrenta uma forte pressão da indústria tabagista que controla o mercado nacional e global.

A indústria tabagista busca proteger seus interesses de formas diversas, exerce pressão sobre o Estado através da economia, busca envolver grupos que aparentam representar interesses legítimos de agricultores familiares, mas que são grupos financiados pela própria indústria tabagista, encomenda estudos em fundações de grande credibilidade para falar sobre as consequências sociais e econômicas ocasionadas pelas restrições impostas pela regulamentação aos produtos derivados do tabaco, enfim se utiliza de todos os mecanismos que o dinheiro pode comprar para promover a percepção que o Estado interfere nas liberdades individuais e restringe a possibilidade de escolha do consumidor, e que as restrições fomentariam a ilegalidade.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) os jovens são o principal alvo da indústria tabagista, 90% dos fumantes começam a fumar antes dos 19 anos. A estratégia para torna-los adictos é inserir sabores como menta, cacau, baunilha, canela entre outros para camuflar o gosto ruim e tornar o cigarro mais palatável para quem fuma pela primeira vez.¹⁸

O tabagismo é considerado uma doença pediátrica pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Pesquisa da UFRJ/Fiocruz mostra que 60% dos adolescentes fumantes consomem mentolados. Pesquisa do INCA aponta que 45% dos fumantes de 13 a 15 anos consomem cigarros com sabor.¹⁹

Diante desse cenário, após amplos debates incluindo audiências públicas e reuniões, a ANVISA editou a Resolução – RDC n. 14, de 15 de março de 2012 que dispõe sobre os

¹⁸ BRASIL. Sobre a proibição de aditivos nos cigarros. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/839_act9.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2014.

¹⁹ BRASIL. O gosto amargo do tabaco. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/d229bf804eb693f28aef9af11fae00ee/prevencao_rrc13.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2014.



limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e a restrição de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco²⁰.

Segundo a Aliança de Controle de Tabagismo (ACT), a RDC 14/2012 dá cumprimento aos artigos 9²¹ e 10²², da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (Dec. 5.658/2006). O mérito da medida é diminuir a iniciação e o consumo de um produto que causa a morte de um em cada dois consumidores.²³

Frisa-se que a Resolução da ANVISA - RDC 14/2012 é reconhecida internacionalmente e motivou a premiação ao governo brasileiro com a mais alta láurea concedida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no derradeiro dia 31 de maio de 2012, dia mundial de combate ao fumo.²⁴

A RDC 14/2012 tem por objetivo proteger crianças e adolescentes, uma vez que a adição de sabores mascara a irritação e o sabor desagradável do tabaco, ou seja, aumentam a palatabilidade, induzindo esse público jovem ao tabagismo atraídos por sabores adocicados.

Obviamente, a indústria tabagista²⁵ se insurgiu contra a Resolução da ANVISA e propôs a ADI 4874 com pedido de medida cautelar para suspender a aplicação da Resolução. Os argumentos utilizados pela indústria tabagista vão desde a perturbação da ordem econômica com o perigo imediato do fechamento de fabricas e de demissão em massa de

²⁰ BRASIL. Resolução – RDC n.14, de 15 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.brasilsus.com.br/legislacoes/anvisa/112525-14.html>>. Acesso em: 28 jan.2014.

²¹ Art.9º. Decreto 5.658/2006 - Regulamentação do conteúdo dos produtos de tabaco - A Conferência das Partes, mediante consulta aos organismos internacionais competentes, proporá diretrizes para a análise e a mensuração dos conteúdos e emissões dos produtos de tabaco, bem como para a regulamentação desses conteúdos e emissões. Cada Parte adotará e aplicará medidas legislativas, executivas e administrativas, ou outras medidas eficazes aprovadas pelas autoridades nacionais competentes, para a efetiva realização daquelas análises, mensuração e regulamentação.

²² Art.10º. Decreto 5.658/2006 - Regulamentação da divulgação das informações sobre os produtos de tabaco - Cada Parte adotará e aplicará, em conformidade com sua legislação nacional, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas eficazes para exigir que os fabricantes e importadores de produtos de tabaco revelem às autoridades governamentais a informação relativa ao conteúdo e às emissões dos produtos de tabaco. Cada Parte adotará e implementará medidas efetivas para a divulgação ao público da informação sobre os componentes tóxicos dos produtos de tabaco e sobre as emissões que possam produzir.

²³ BRASIL. Sobre a proibição do uso de aditivos nos cigarros. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/839_act9.pdf>. Acesso em: 28 jan.2014.

²⁴ BRASIL. Sobre a proibição do uso de aditivos nos cigarros. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/839_act9.pdf>. Acesso em: 29 jan.2014.

²⁵ Art. 1º, alínea “e” do Decreto 5.658/2006 define indústria tabagista como “conjunto de fabricantes, distribuidores atacadistas e importadores de produtos de tabaco”.



trabalhadores, até a "existência de tratamento judicial díspar da questão nos processos que correm perante as instâncias ordinárias", em prejuízo do primado da livre concorrência, em condições de isonomia.

A Ministra Rosa Weber em decisão monocrática²⁶, deferiu a liminar requerida para “suspender a eficácia dos arts. 6^o²⁷, 7^o²⁸ e 9^o²⁹ da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n^o 14/2012 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária”. A decisão da Ministra acolheu o argumento de que a entrada em vigor da Resolução com a consequente proibição do uso de aditivos causaria prejuízos econômicos ao setor.

A indústria tabagista usa tais argumentos sempre que há uma tentativa de regulamentar atividades ou produtos relacionados ao tabaco, mas segundo a Aliança de Controle do Tabagismo (ACT) essas alegações não têm fundamento, uma vez que “o Brasil há anos é o maior exportador de tabaco do mundo. A Souza Cruz detém mais de 70% do mercado brasileiro, continua sendo uma das empresas mais lucrativas do setor no país, apesar da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), que entrou em vigor em 2006, e prevê uma série de medidas para conter a demanda por cigarros.”³⁰

²⁶ STF ADI n. 4874, Relatora Ministra Rosa Weber, Medida Liminar deferida em 13 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4874&processo=4874>> Acesso em: 20 out.2015.

²⁷ Art. 6^o. RDC n^o 14/2012 - Art. 6^o Ficam proibidas a importação e a comercialização no país de produto fumígeno derivado do tabaco que contenha qualquer um dos seguintes aditivos: I - substâncias sintéticas e naturais, em qualquer forma de apresentação (substâncias puras, extratos, óleos, absolutos, bálsamos, dentre outras), com propriedades flavorizantes ou aromatizantes que possam conferir, intensificar, modificar ou realçar sabor ou aroma do produto, incluindo os aditivos identificados como agentes aromatizantes ou flavorizantes. (...)

²⁸ Art. 7^o. RDC n. 14/2012 - Fica permitida a utilização dos seguintes aditivos em produtos fumígenos derivados do tabaco: I - açúcares, exclusivamente para recomposição do teor de açúcar presente originalmente na folha de tabaco antes do processo de secagem; (...)

²⁹ Art. 9^o. RDC n. 14/2012 - Fica concedido o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data da publicação desta Resolução, para que as empresas fabricantes e importadoras de produtos fumígenos derivados do tabaco que já detenham Registro de Produto Fumígeno - Dados Cadastrais atendam ao disposto no artigo 6^o.

³⁰ BRASIL. ACT lamenta decisão favorável à indústria do tabaco e que impede a proibição de aditivos nos cigarros. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/855_liminar_aditivos.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2014.



Ademais, a Souza Cruz teve resultado líquido de R\$1,64 bilhão em 2012, o melhor resultado de seus 110 anos de história.³¹

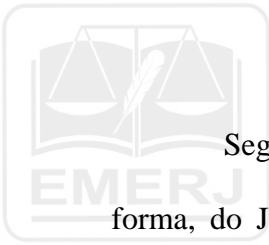
A decisão que mantém a possibilidade da indústria tabagista se utilizar de aditivos como menta, cravo, açúcar entre outros, ainda será submetida ao Plenário do STF, mas pode-se observar que tal ação busca restringir o poder regulatório da ANVISA. Lembrando que esse poder regulatório foi outorgado pela Lei 9782/99 e pela Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco.³²

O art. 7º, inciso III, da Lei 9.782/99 atribuiu à ANVISA competência para estabelecer normas de vigilância sanitária, sendo que o inciso IV do artigo a incumbiu de estabelecer padrões e limites de substância que envolvam risco à saúde, inclui-se aqui bens e produtos objeto da fiscalização, ou seja, qualquer produto fumígeno.

Atualmente pode-se afirmar que há uma judicialização das Políticas Públicas de controle do tabagismo, pois toda tentativa de regulamentação que fere os interesses da indústria tabagista, seja no Brasil ou no resto do mundo, chegará ao judiciário e terá sua constitucionalidade questionada.

³¹ BRASIL. Sobre a proibição do uso de aditivos nos cigarros. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/855_liminar_aditivos.pdf>. Acesso em: 04 maio 2014.

³² A Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco em seu preâmbulo prioriza o direito de proteção à saúde pública, bem como demonstra quão importante é a implementação nacional das suas medidas. No tocante a restrição do uso de aditivos devemos considerar a seguinte afirmação contida no preâmbulo: “Reconhecendo ademais que os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência, que muitos de seus compostos e a fumaça que produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos, e que a dependência ao tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças”. As obrigações criadas para a Convenção-Quadro a partir desse reconhecimento se relacionam à regulação dos produtos derivados do tabaco em termos de conteúdo e emissões (art. 9º e 10º da Convenção-Quadro). Aqui se estabelece o elo entre a Convenção-Quadro e o poder regulatório da ANVISA. A Lei 9782/99 define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. No art. 8º, §1º, X da Lei dispõe que: Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. § 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência: X - cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco.



Segundo Luís Roberto Barroso³³, esse fenômeno de centralidade do STF e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais, não é peculiaridade nossa.

Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controversos na sociedade.

A indústria do tabaco busca incessantemente impedir a adoção das medidas previstas na Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (Decreto 5.658/2006). Atua exercendo pressão sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário que vem sendo compelido a decidir sobre as medidas governamentais adotadas no que tange ao controle do tabaco.

Cabe salientar, que as leis que proibiram o fumo em locais fechados, sejam estaduais ou municipais, tiveram sua constitucionalidade questionada na justiça. De igual forma, as leis de restrição à publicidade e de advertências sanitárias foram objeto de ações que contestam a sua constitucionalidade. Enfim, de um lado tem-se a tentativa de implementação das medidas previstas na Convenção Quadro para Controle do Tabagismo e de outro a indústria tabagista lutando contra a implementação de tais políticas, que atrapalham sobremaneira seus interesses comerciais.

Destaca-se que a proteção à saúde pública colide frontalmente com os interesses da indústria tabagista, que não mede esforços para evitar que as políticas de controle do tabaco sejam implementadas.

O preâmbulo da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco já previa que seria necessário “manter a vigilância ante qualquer tentativa da indústria do tabaco de minar ou desvirtuar as atividades de controle do tabaco, bem como a necessidade de manterem-se

³³ BRASIL. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 31 jan. de 2014.



informadas sobre as atuações da indústria do tabaco que afetem negativamente às atividades de controle do tabaco”.³⁴

Assim, espera-se que a ADIN 4874, privilegie o direito à saúde em detrimento de práticas comerciais desleais que tem o único intuito de aumentar o consumo de um produto que causa a morte de um em cada dois consumidores.

2.1 POLÍTICAS DE CONTROLE DO TABACO

O Estado pioneiro na adoção de legislação de controle do tabaco foi o Rio Grande do Sul, que é o principal estado produtor de tabaco no Brasil, com a edição da Lei Ordinária 7.813 de 21 de setembro de 1983 que dispõe sobre o uso do fumo.

Na esfera federal, o controle do tabagismo iniciou-se em 1985 quando o Ministério da Saúde criou um comitê consultor para o controle do tabagismo, posteriormente seguido pela criação do Programa Nacional de Controle de Tabagismo (PNCT)³⁵.

A primeira Lei Federal de controle de tabaco no país foi aprovada em 1986, trata-se da Lei Federal 7.488 que estabeleceu a data de 29 de agosto como o Dia Nacional de Combate ao Fumo e determinou que campanhas de informação sobre os malefícios advindos do uso do fumo fossem veiculadas na semana anterior a 29 de agosto.

Importante ressaltar, que a Lei 7.488 abriu caminho para regulações que abordassem este grave problema de saúde pública, pois até então a legislação do país era dedicada à proteção da agroindústria do tabaco.

Em 1988 a nova Constituição foi promulgada e incluiu no art. 220, §4º restrição legal a propaganda de tabaco. No período entre 1988-1996 uma série de portarias ministeriais abriu

³⁴ BRASIL. Decreto n. 5.658, de 2 de jan. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm>. Acesso em: 06 fev. 2014.

³⁵ BRASIL. Programa Nacional de Controle do Tabagismo (PNCT) – Tratamento do Tabagismo. Disponível em: <http://dabsistemas.saude.gov.br/docs/sistemas/pmaq/tire_duvidas_PNCT.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.



caminho para futuras leis e regulamentos de controle do tabaco no Brasil. No ano de 1993 o Brasil se insere na iniciativa da Organização Mundial de Saúde (OMS) promovendo o dia Mundial sem Tabaco, tendo como lema “Juventude Livre do Tabaco”.

No ano de 1995 o governo implanta o Programa Nacional de Controle de Tabagismo e no ano seguinte aprova e promulga a Lei 9.294/96 que dispõe sobre a restrição ao uso, à publicidade e advertências sanitárias, estabelecendo um importante marco no programa de controle do tabagismo no Brasil.

Os avanços significativos do governo nas medidas regulatórias e na aplicação da legislação específica para o setor, ocorreu com a criação da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que passou a regular os produtos de tabaco.

Através da ANVISA³⁶ tornou-se obrigatória as advertências com imagens nos maços de cigarros, e como autoridade de fiscalização de saúde, tornou-se responsável por iniciativas de aplicação de leis, como a proibição do fumo em locais públicos.

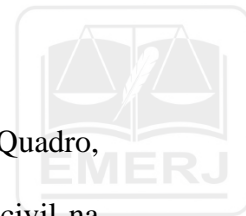
No ano 2000 foi publicada a Lei Federal 10.167³⁷ que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos reforçando a Lei 9.294/1996. No ano seguinte (2001) os fabricantes são obrigados por lei a inserirem advertências sanitárias acompanhadas de fotos, ocupando 100% de uma das faces dos maços de cigarros.

As ações do Brasil de controle de tabagismo foram reconhecidas internacionalmente, pode-se dizer que esse reconhecimento se deu pelo convite feito ao país para presidir as negociações da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT).

Passaram-se dois anos de confrontos entre os representantes da indústria tabagista e seus grupos de interesse contra as medidas de saúde pública, somente em 2005 houve a ratificação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco no Brasil.

³⁶ BRASIL. Resolução - RDC n. 104, de 31 de maio de 2001. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Derivados+do+Tabaco/Assuntos+de+Interesse/Legislacao>>. Acesso em: 20 out. 2015.

³⁷ BRASIL. Lei n. 10.167, de 27 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10167.htm>. Acesso em 20 out. 2015.



Desde então, a Comissão Nacional para implementação da Convenção-Quadro, criada em 2003 pelo Decreto 4.789, vem trabalhando em parceria com a sociedade civil na implementação multissetorial da CQCT,

Em 2007 Brasília torna-se a primeira cidade livre do consumo de tabaco em ambientes fechados, e em 2009 outros Estados brasileiros adotaram legislações que regulam o fumo em locais fechados de uso coletivo.

A ANVISA como visto anteriormente publicou a resolução 14/2012 que é o resultado de uma consulta pública de 2010 que objetiva regular os aditivos do tabaco e que proíbe todos os sabores nos cigarros. Essa resolução ainda não entrou em vigor, pois sua constitucionalidade está sendo questionada na ADI 4874.

A Lei 12.546/2011³⁸, em seu art. 14 aumenta o IPI de cigarros de fabricação nacional e importada à alíquota de 300%, bem como aumentou impostos progressivamente nos próximos quatro anos.

Importante ressaltar que a restrição do fumo em locais de uso coletivo, a publicidade e advertências sobre os produtos nas embalagens, são previstas em leis federais, estaduais e municipais, mas há também normas expedidas por órgãos do governo federal no tocante ao controle do tabaco.

Dentre as medidas relacionadas na Convenção-Quadro para a redução da demanda de tabaco, temos como fatores que influenciam na redução da demanda o aumento de preços e impostos.

Embora legislação recente (Lei 12.546/11) tenha alterado as alíquotas, o cigarro brasileiro está entre os seis mais baratos do mundo. Segundo relatório elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) o Brasil é o 42º país do ranking de cobrança de

³⁸ BRASIL. Lei n. 12.546, de 14 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12546.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.



impostos, o que torna o cigarro barato demais. Compra-se no Brasil 13 (treze) maços de cigarros com o que se paga por um maço no Reino Unido.

2.2 REGULAÇÃO DO CONSUMO

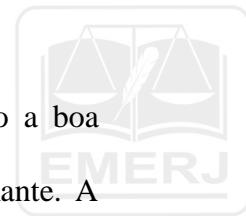
A massificação e popularização do consumo de cigarro surgiu a partir de 1881 com a primeira máquina para fazer cigarros, desenvolvida nos Estados Unidos e patenteada por James Bonsack. Essa máquina podia produzir 120 mil cigarros por dia, assim algumas décadas mais tarde houve crescimento explosivo do consumo de cigarros.

No início do século XX, são fundadas na Inglaterra as empresas como a British American Tobacco (BAT), Philip Morris e outras e desenvolveram as marcas conhecidas até hoje, como Marlboro, Camel e etc.

O marketing direcionado ao ato de fumar, por décadas foi feito através de uma publicidade atraente e bem produzida. A publicidade relacionada ao tabaco se utilizava da imagem dos ídolos e dos modelos de comportamento em geral para influenciar as demandas sociais e aspirações de diferentes grupos sociais (adolescentes, mulheres, faixas economicamente mais pobres). Quem não se lembra do cowboy do Marlboro? Ou do slogan de Hollywood - O sucesso! Ou do Free – Cada um na sua com alguma coisa em comum !!

A marca Marlboro, antes de trazer a imagem do cowboy Marlboro, foi criada para o público feminino, essa marca estava voltada para mulheres abastadas e sofisticadas que “podiam pagar pelo melhor”. Para evocar esses sentimentos nas mulheres usava-se a imagem de celebridades da época, como a atriz Mae West para a campanha “*Mild as May*”.

Nos anos 80 os comerciais do hollywood eram elaborados com imagens de esportes radicais atrelado a cigarros dessa marca, sem contar as canções que foram temas dos comerciais. Hollywood era rock and roll!!



O cigarro era “vendido” pelos comerciais associando o uso desse produto a boa saúde, ao sucesso, conferindo liberdade, beleza, poder, riqueza e virilidade ao fumante. A publicidade buscava atrair pessoas mais facilmente influenciáveis para iniciar o consumo, e por outro lado aumentar o consumo entre aquelas que já faziam uso do cigarro. A publicidade buscava convencer de que o seu uso poderia trazer benefícios.

Em 1924, com a publicação de um artigo na revista Reader’s Digest intitulado “O tabaco prejudica o corpo humano?”, o que se buscava era a reflexão das pessoas que estavam começando a fumar sobre o uso do tabaco.

No ano de 1929 nos Estados Unidos houve uma “marcha da liberdade” organizada por Edward Bernays com o intuito de fortalecer a luta pela liberdade de fumar. No mesmo ano na Alemanha, Fritz Lickint publica a primeira evidencia estatística de que casos de câncer de pulmão estariam atrelados ao consumo do tabaco.

A comunidade médica foi conquistada gradualmente a partir de 1950 quando estudos publicados nos Estados Unidos e Reino Unido confirmaram a conexão entre o tabagismo e o câncer de pulmão.

A primeira ação judicial de responsabilidade sobre o consumo tabaco contra uma companhia de tabaco, ocorreu em 1954 nos Estados Unidos, proposta pela esposa de um fumante que morreu de câncer.

Nessa época a Philip Morris adotou os filtros³⁹ na tentativa de minimizar as críticas crescentes ao tabaco e começou a transformar a marca Marlboro que em 1972 passou a ser a marca mais vendida no mundo.

Em 1964 foi elaborado um relatório nos Estados Unidos, por Luther Terry, associando o fumo ao câncer de pulmão, enfisema e outras doenças crônicas. Tal relatório foi

³⁹ Os filtros foram elaborados para minimizar a quantidade de micropartículas proveniente do fumo de cigarro. A sua eficácia hoje é questionada principalmente porque com os filtros os fumantes tragam mais vezes para conseguir a quantidade de nicotina para satisfazer a dependência.



baseado em mais de 7.000 estudos científicos e sugeriu medidas regulatórias que deveriam englobar desde advertências sanitárias⁴⁰ até a proibição da publicidade.

No ano de 1965 no Reino Unido passou a proibir a publicidade em televisão que fomentava o consumo de cigarros.

O ator David Mclean o “Homem Marlboro” morreu em 1995 vítima de câncer de pulmão, quatro anos após sua morte o governo norte-americano moveu ação judicial contra onze empresas de tabaco por crime organizado extorsão e corrupção. A causa de pedir se baseava no fato da indústria tabagista ter conhecimento que a nicotina causava dependência, e dos malefícios causados pelo tabaco e pelo fumo passivo.

Documentos internos da indústria tabagista que vieram a público com a ação judicial mostraram ao mundo a estratégia desleal da indústria, que cuidavam para que os níveis de nicotina dos cigarros eram controlados para conquistar e manter os consumidores dependentes.

3. O FUMANTE E A INDÚSTRIA DO TABACO NO PODER JUDICIÁRIO

O tabagismo é amplamente reconhecido hoje como doença crônica gerada pela dependência da nicotina, estando por isso inserido na Classificação Internacional de Doenças (CID10) da OMS (Organização Mundial da Saúde): o usuário de produtos de tabaco é exposto continuamente a mais de 4 mil substâncias tóxicas, muitas delas cancerígenas. Esta exposição faz do tabagismo o mais importante fator de risco isolado de doenças graves e fatais.⁴¹

A despeito do tabagismo ser considerado doença de dependência de nicotina, a indústria tabagista tem como estratégia questionar judicialmente todas as medidas de controle

⁴⁰ Advertências Sanitárias são mensagens e imagens contidas nas embalagens dos produtos derivados de tabaco, alertando para os riscos associados ao consumo.

⁴¹ BRASIL. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/situacao/arquivos/causalidade_tabagismo.pdf>. Acesso em: 01 out.2015.



do tabagismo, tendo em vista que tais medidas mostram eficácia na redução do tabagismo. Pode-se citar ações de inconstitucionalidade movidas por diferentes confederações (Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Comércio e Confederação Nacional do Turismo) defendendo os interesses da indústria do tabaco e que questionam a competência da ANVISA para determinar as advertências sanitárias (ADI 3311), a restrição à publicidade de produtos fumígenos (ADI 3311), as leis antifumo estaduais (ADIs 4249, 4306, 4351 e 4153), e a proibição de aditivos (ADI 4874).⁴²

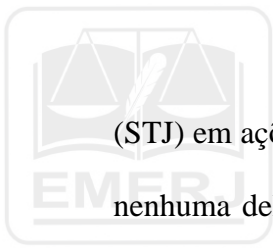
Nas ações judiciais movidas pelos fumantes ou por seus familiares, pode-se observar que em sua maioria as decisões refletem o poder da indústria do tabaco, tendo em vista que a maior parte parece desconsiderar que o tabagismo é considerado uma doença de dependência da nicotina, e tem decidido pela irresponsabilidade desses fornecedores.

Importante salientar que as teses da indústria tabagista são baseadas na responsabilidade subjetiva, uma vez que o cigarro não é considerado produto defeituoso afastando assim a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor; na ausência de nexo causal sob o argumento de que o direito civil brasileiro adotou a “teoria do dano direto e imediato” ou “teoria do nexo causal direto e imediato”; na licitude da produção e comercialização de cigarros ; no livre arbítrio e na prescrição. Nesse sentido, in verbis:

STJ RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. AÇÃO REPARATÓRIA AJUIZADA POR FAMILIARES DE FUMANTE FALECIDO. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DEVER JURÍDICO RELATIVO À INFORMAÇÃO. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. TEORIA DO DANO DIREITO E IMEDIATO (INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. (REsp 1113804/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 24/06/2010)

Estudo de casos e jurisprudência realizado pela Aliança de Controle do Tabagismo (ACT) até 2011, dispõe que nas seis decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça

⁴² BRASIL. Disponível em: < <http://actbr.org.br/tabagismo/acoes-judiciais.asp>>. Acesso em:01 out. 2015.



(STJ) em ações de indenização por danos sofridos pela vítima do tabaco no período analisado, nenhuma delas condenou a indústria tabagista, sob a argumentação de falta de nexo causal, ausência de violação a dever legal e culpa exclusiva da vítima, bem como houveram três decisões pela prescrição do direito, com base no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.⁴³

Importante frisar que o Código Consumerista é a lei mais utilizada pelos julgadores para fundamentar suas decisões desfavoráveis ao consumidor, o art.12 da Lei que trata da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço é frequentemente utilizado, uma vez que os julgadores entendem que não se trata de produto defeituoso, consideram o dano inerente à natureza do produto.

Em que pese a jurisprudência majoritária do STJ ser desfavorável às vítimas do tabagismo, deve-se reconhecer que existem decisões de primeira e segunda instâncias que continuam condenando as empresas tabagistas a reparar os danos causados por seus produtos. Nesse sentido foi a decisão da Desembargadora Monica Maria Costa di Piero, na Apelação Cível 0000051-90.2002.8.19.0210, Oitava Turma, julgado em 22/03/2011:

[...] Omissão da indústria fumígena quanto ao aspecto viciante do cigarro, considerando a nicotina que lhe compõe, sendo incentivado seu consumo mediante veiculação de propaganda enganosa, na maioria das vezes associadas à pessoas sadias e praticante de esportes, silenciando-se, furtivamente, a respeito do inquestionável fator de risco à saúde. A aplicação do princípio da legalidade não pode ser interpretado de forma dissociada daqueles outros que regem a ordem constitucional vigentes, assim como sua concepção teleológica. A aviltante licitude da atividade de cultivo, industrialização e comercialização do fumo não pode afastar a responsabilização pelos danos causados pelo consumo de produto, assim como ocorre com qualquer bem comercializado no mercado.⁴⁴

Apesar do poder e das teses construídas pela indústria tabagista, que podem ser observadas em muitas decisões judiciais, há ainda juízes e desembargadores que desafiam os

⁴³ BRASIL. Ações Indenizatórias Contra a Indústria do Tabaco: Estudo de Casos e Jurisprudência. Disponível em: < http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/633_publicacao_c_capa_final.pdf>. Acesso em: 01 out.2015.

⁴⁴ TJRJ Apelação Cível n. 0000051-90.2002.8.19.0210, Rel. DES. Monica Maria Costa Di Piero. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000168119>>. Acesso em: 01 out. 2015.



interesses da indústria e decidem contrariamente ao posicionamento do acórdão do STJ⁴⁵, aplicando a legislação pátria fazendo justiça às vítimas do tabagismo.

CONCLUSÃO

De acordo com o a Organização Mundial da Saúde e o Instituto Nacional do Câncer (INCA), o tabaco é o único produto legal que causa a morte de metade de seus usuários regulares. Isso significa que de 1,3 bilhão de fumantes no mundo, 650 milhões vão morrer prematuramente por causa do cigarro.

O presente estudo sinaliza que as políticas públicas para controle do tabagismo elaboradas pelo Brasil, estão entre as mais desenvolvidas do mundo. No entanto, 200 (duzentas) mil mortes prematuras ocorrerão no Brasil a cada ano em virtude do uso do tabaco. Não obstante, as empresas fabricantes desses produtos, conseguem se eximir de sua responsabilidade em casos de adoecimento e morte do fumante que, curiosamente, utiliza o produto seguindo as instruções do próprio fabricante.

Em que pese os argumentos da indústria tabagista, que muitas vezes conseguem influenciar nas decisões judiciais que lhe são comumente favoráveis, não se pode desprezar as evidências científicas sobre o impacto do tabaco na saúde. O Poder Judiciário deve buscar amparo no entendimento científico quanto ao poder de dependência da nicotina e os malefícios daí advindos. Deve, ainda, despir-se do preconceito contra o fumante, visto como o único responsável pelo vício, sem levar em consideração que onde há vício, há comprometimento da vontade, e portanto não pode haver livre arbítrio.

O tabagismo não pode ser considerado opção do indivíduo, tendo em vista que a nicotina causa dependência e o ato de fumar nada mais é do que a busca da substância da qual

⁴⁵ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1113804. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_1113804&b=ACOR>. Acesso em: 01 out. 2015.



é dependente. Portanto, não existe livre arbítrio, pois abandonar o cigarro não é uma questão de vontade, pois o fumante uma vez viciado terá o seu poder de decisão afetado.

Por todo exposto, pode-se concluir que, mesmo que os cigarros sejam aceitos socialmente e considerados lícitos, esses causam dependência química. Portanto, faz-se cada vez mais necessário a participação do Poder Judiciário para garantir a aplicação da legislação nacional pertinente e dos princípios gerais de direito, que privilegiam o direito à vida, à saúde e à defesa do consumidor.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Carina Ferreira; CUNHA FILHO, Hilson. *Usos, Abusos e Dependência: Tabagismo*. Lisboa: Climepsi Editores, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Programa de Direito do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil e Tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2009.

GIGLIOTTI, Analice de Paula; PRESMAN, Sabrina. *Atualização no Tratamento do Tabagismo*. Rio de Janeiro: ABP-Saúde, 2006.

HOMSI, Clarissa Menezes. *O Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SHAFEY, Omar; *et al.* *The Tobacco Atlas*. 3.ed. Atlanta, USA: The American Cancer Society, 2009.

SILVA, Luiz Carlos Côrrea. *Tabagismo: doença que tem tratamento*. Porto Alegre: Artmed, 2012.

VIEGAS, Carlos Alberto de Assis. *Tabagismo: do diagnóstico à saúde pública*. São Paulo: Atheneu, 2007.



DOS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIÁRIO NA INTERVENÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA EDUCAÇÃO INFANTIL

Suellen Lisboa Nunes

Graduada pela Universidade Tiradentes e advogada pós graduanda na EMERJ.

Resumo: O artigo tem como objetivo uma análise do ativismo judicial na área da educação infantil. Parte-se de um exame do ativismo judicial e seus aspectos mais relevantes. Após uma abordagem sobre a legitimidade do Poder Judiciário em decidir questões sobre políticas públicas, e o confronto entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Por fim uma análise específica como é realizado e o cabimento do ativismo judicial na área da educação infantil. Toda essa análise é feita com o auxílio da doutrina e análise jurisprudencial.

Palavras-Chave: Direito Constitucional Ativismo Judicial Políticas Públicas Educação Infantil.

Sumário: Introdução. 1. Do ativismo judicial. 2. Da colisão entre o mínimo existencial e a reserva do possível. 3. Constitucionalidade da implementação das políticas públicas na área da educação infantil. Conclusão. Referências.

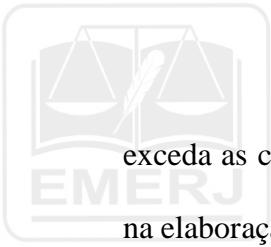
INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo análise da atuação do Poder Judiciário para a implementação das políticas públicas na área da educação.

O ativismo judicial tem-se mostrado mais frequente nos últimos tempos. A deficiência na concretização das políticas públicas governamentais faz com que os prejudicados pela atuação ineficiente do Estado procurem o Poder Judiciário para que as políticas públicas sejam implementadas e assim garantidos seus direitos estabelecidos na Constituição Federal.

Dessa atuação jurisdicional surge a controvérsia quanto à constitucionalidade da concretização das políticas públicas na área da educação para resolver os problemas sociais isoladamente.

É necessária a análise da concretização pelo Judiciário das políticas públicas. Pois tais decisões devem observar o princípio da separação dos poderes para que essa atuação não



exceda as competências estabelecidas pela Constituição, como também não fira a autonomia na elaboração das políticas públicas na área da educação.

A implementação das políticas públicas objetiva a concretude do mínimo existencial, mas essa concretização pode interferir na reserva do possível. Dessa forma, é imperiosa a observação dessa possível colisão no deferimento das decisões que determina a realização das políticas públicas e a impossibilidade financeira para concretizar todos os problemas sociais.

A colisão entre o mínimo existencial e a reserva do possível pode servir de ferramenta em conjunto com a Constituição Federal para chegar a um limite na atuação do Judiciário na realização das políticas públicas.

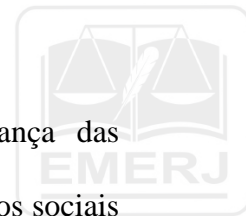
E com base elementos acima mencionados verificar se atuação do Judiciário na implementação das políticas públicas na área da educação infantil se mostra constitucional e obedece ao princípio da separação dos poderes.

Para atingir o objetivo mencionado será utilizada a metodologia do tipo bibliográfica e jurisprudencial, parcialmente exploratória e qualitativa.

1 ATIVISMO JUDICIAL.

Com a evolução do Estado que passou de liberal e de não intervencionista a ser prestacional com a concretização de políticas públicas. Essas mudanças ocasionaram uma nova forma de atuação dos Poderes Estatais.

Em um primeiro momento o Estado era liberal e tinha como objetivo a abstenção, ou seja, garantia os direitos de liberdade e políticos para seus cidadãos. Dessa forma, os Poderes Legislativo e Executivo atuavam de forma a se abster e preservar a liberdade dos indivíduos e o Judiciário tinha como objetivo a proteção da liberdade dos indivíduos garantindo a não intervenção dos demais poderes na liberdade.



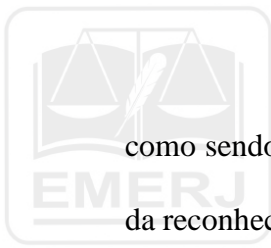
Em um segundo momento, com a evolução da sociedade e a mudança das necessidades da sociedade, o Estado passa a uma atuação ativa, de concretização dos direitos sociais como educação, moradia, saúde, segurança dentre outros. Nesse instante, para a prestação desses direitos os Poderes do Estado passaram a atuar de forma diferente. Os Poderes Legislativos e Executivos objetivam a implementação desses direitos com as políticas públicas e programas de governo. O Poder Judiciário também evoluiu na sua forma de atuação, deixando de apenas tutelar as liberdades para implementar as políticas públicas dispostas na Constituição Federal que não foram implementadas pelos demais Poderes.

Entende-se por políticas públicas realizações de planos governamentais que estejam diretamente ligados aos fins do Estado. Em tese essas concretizações estão diretamente relacionadas aos Poderes Executivo e Legislativo. Tais fins são estabelecidos na Constituição Federal e todos os Poderes têm que fomentar a sua concretização.

Partindo dessa premissa, há uma releitura do princípio da separação dos poderes, art. 2º da CRFB, em que é de atribuição de todos os Poderes a concretização dos fins do Estado. Tendo o Judiciário um novo campo de atuação que é a assunção dos valores sociais em conjunto com as suas funções já determinadas como a limitação dos poderes e a resolução dos conflitos.

Essa nova atuação judicial decorreu de uma crescente crise de representação em que o Poder Legislativo se mostra deficitário na sua função legislativa. Em contrapartida, há uma crescente interferência do Executivo com a criação de atos administrativos em geral, que contudo não se mostram satisfatórios. O que ocasiona uma falta de representatividade, ou seja, que os reclames da sociedade de implementação dos direitos sociais não estão sendo efetivamente realizados, o que leva a sociedade a procurar outras formas de implementá-los.

Diante dessas novas necessidades de representação social o Judiciário tem ampliando sua atuação o que vem sendo demonstrado no ativismo judicial. Esse ativismo se caracteriza



como sendo a “intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração¹”.

A atuação se dá como uma forma de realização dos fins constitucionais. Segundo Barroso² faz uma interessante diferenciação entre judicialização e ativismos que esclarece a judicialização:

[...] uma norma constitucional nela se deduz uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance. [...]

Nesse sentido, continua Barroso³ estabelecendo critérios para a atuação proativa dos fins constitucionais do Judiciário que são:

[...] (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição Federal; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Dessa forma, o ativismo judicial se justifica pela concretização dos fins constitucionais consagrando os direitos fundamentais e a implementação dos objetivos da República Federativa do Brasil estabelecidos no art. 3º da CRFB.

Reforçando a tese da necessidade do ativismo judicial a autora Ada Pellegrine citando decisão do Ministro Celso de Mello⁴:

[...] embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estrutura constitucional, ainda que derivados de estrutura programática. [...].

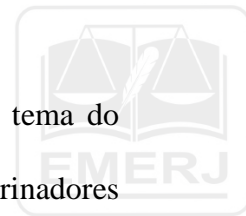
Como pode observar, o objetivo do ativismo judicial é assegurar os fins estabelecidos na Constituição Federal. Tais fins objetivam assegurar condições mínimas de existência, ou seja, assegura a dignidade da pessoa humana. E quando o Poder Executivo e Legislativo é omissos na consecução da dignidade mínima é imperiosa a atuação do Judiciário.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, ver., ampli. e atual.. Rio de Janeiro: Atlas, 2014, p. 54.

² BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*. Disponível em : <www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em: 06 out. 2014.

³ *Ibidem*

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle judicial de políticas públicas. In *O controle judicial de políticas públicas*. Forense, 2. ed., Rio de Janeiro: 2013, p. 131.



Dentre esses fins estão às políticas públicas na área da educação infantil, tema do presente trabalho, mas antes é necessário analisar alguns requisitos que alguns doutrinadores impõem para que o Judiciário implementem as políticas públicas em caso de omissão dos demais poderes.

A primeira análise de alguns requisitos segundo o entendimento de Dirley de Cunha Júnior⁵ que estabelece que todos os direitos fundamentais têm aplicação imediata, art. 5º, § 1º da CRFB, portanto o Judiciário poderia implementar qualquer direito sem a necessidade de aprovação do Executivo e Legislativo.

Já Ada Pellegrini⁶ em uma interpretação de decisões do STF entende que este estabeleceu requisitos para que haja ética do Judiciário na implementação das políticas públicas, que são:

[...] (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; (3) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações dele reclamadas.

Consagrando o mínimo existencial Kazuo Watanabe⁷ defende que os direitos sociais básicos para assegurar a dignidade da pessoa humana devem ser implementados pelo Judiciário, como também os que embora não pertencente ao núcleo básico estejam predeterminados de forma completa na Constituição. A concretização desses direitos judicialmente é sem a observância das políticas públicas específicas estabelecidas pelo Legislativo e Executivo.

Dessa forma, o ativismo judicial é a concretização pelo Poder Judiciário de políticas públicas, ou seja, fins buscados pelo Estado, que não concretizados pelo Legislativo e Executivo, essa omissão fere a dignidade da pessoa humana.

⁵ CUNHA JUNIOR, apud WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro. 2 ed. Forense. 2013 p.216-217.

⁶ GRINOVER, op. cit., p. 132.

⁷ WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.224.



Para que essa atuação do Judiciário não ocorra de forma arbitrária é necessário parâmetros de atuação e pode-se destacar o mínimo existencial e a reserva do possível. Portanto, para uma melhor compreensão do tema é necessária uma análise dos institutos do mínimo existencial e da reserva do possível, que será objeto do próximo tópico.

2- LEGITIMIDADE, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL.

O ativismo é decorrência da falta de representação da população com os eleitos para a implementação dos direitos constitucionalmente disciplinados. Há discussão se o Poder Judiciário teria legitimidade para concretizar os direitos estabelecidos constitucionalmente, pois não são eleitos pelo voto popular.

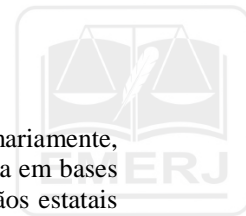
Segundo Barroso⁸, são dois os fundamentos que embasam a atuação do Poder Judiciário no ativismo judicial: que essa legitimação vem da Constituição Federal, que atribui poder político ao Judiciário com atuação técnica e imparcial, e ao aplicar a lei e a Constituição concretiza as decisões tomadas pelos representantes do povo; que seria um poder contramajoritário, que consiste em assegurar a proteção dos direitos e garantias fundamentais das minorias.

Dessa forma, o Poder Judiciário tem legitimidade para a concretização das diretrizes constitucionais, uma vez que é poder político estabelecido pela Constituição Federal, e também para garantir os direitos constitucionais sejam implementados efetivando os ditames constitucionais, nesse sentido STF⁹.

[...] É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05,

⁸ BARROSO, op. cit., p. 11

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45, Relatoria: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> >, Acesso em: 10 jan. 2015.



1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...]

Com o debate crescente do ativismo judicial surgem teses e, dentre elas, está a reserva do possível e o mínimo existencial.

A reserva do possível é utilizada como argumento do Estado para não concretizar as políticas públicas, está intimamente relacionada com a disponibilidade de recursos financeiros. Ou seja, é a impossibilidade da concretização dos direitos fundamentais em decorrência da escassez de recursos financeiros.

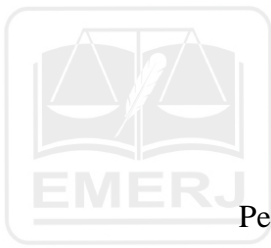
O orçamento é forma de organização do Estado e deve nortear a sua atuação, ou seja, deve trazer o método adequado para a arrecadação dos recursos financeiros e sua correta distribuição. O Estado social deve ser baseado no orçamento programa que deve visar a concretização dos direitos fundamentais.

O Estado alega a falta de recursos financeiros para não implementar as políticas públicas. Contudo, não basta apenas alegar, tem que comprovar a falta de recursos financeiros.

Dessa forma, o Judiciário poderá condenar o Estado a obrigação de aplicar as verbas para o adimplemento dos direitos fundamentais, quando não comprovada a falta dos recursos financeiros, ou condenar a incluir no orçamento a verba necessária para a concretizar a política pública quando ficar comprovada a impossibilidade de recursos, nesse sentido STF¹⁰

[...]. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder

¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF n° 45, Relatoria: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>, Acesso em: 10 jan. 2015



resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...].

Pelo exposto, a reserva do possível é um argumento comumente usado pela Administração para não efetivar os direitos fundamentais. Tal alegação tem que ser demonstrada concretamente. Não poderá usar como forma apenas de afastar a concretização das políticas públicas, de exonerar-se, pois tal conduta do administrador poderá ferir a dignidade da pessoa humana, já que não implementado seus direitos mínimos.

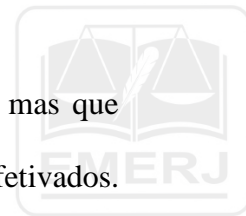
O mínimo existencial está intimamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana disciplinado no art. 1º, III, da CRFB. Apesar da indeterminação desse princípio, o mínimo existencial traz a ideia de elementos básicos para a ocorrência de uma vida digna. Nesse sentido, Kazuo Watanabe¹¹ conceitua o mínimo existencial como:

[...] ‘um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade’, vale dizer, somente ‘as prestações que compõem o mínimo existencial poderão ser exigidas judicialmente de forma direta, ao passo que ao restante dos efeitos pretendidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana são reconhecidas apenas na modalidade de eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso, como preservação do pluralismo e do debate democrático’.

Nesse contexto, o mínimo existencial compõe o núcleo básico de direitos fundamentais a ser atendido pelo Estado. Esse núcleo básico de direitos fundamentais devem ser implementados independente da análise da cláusula da reserva do possível e a concordância dos Poderes Executivo e Legislativo.

A importância da concretização desses direitos pelo Judiciário é em razão de que a sua não observância caracteriza que a pessoa que não tem concretizado esse direito mínimo se encontra em estado de indignidade, o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito em que a dignidade da pessoa humana é um dos seus fundamentos.

¹¹WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p 217.



Há direitos sociais que não estão dentro da esfera do mínimo existencial, mas que possuem densidade suficiente disciplinada na Constituição que merece também ser efetivados. Esses direitos de carga densa estão relacionados com a forma em que está disciplinado na Constituição, que podem ser realizados independentes de regulamentação legislativa.

Esses direitos sociais podem ser ponderados com a cláusula da reserva do possível, mas não quer dizer que esses direitos sejam indeferidos quando comprovado a insuficiência de recursos.

O Judiciário na análise do direito social de carga suficiente e a reserva do possível, comprovada concretamente a insuficiência de recursos, deve determinar que seja incluída no orçamento a verba necessária para a efetivação do direito e aplicar a verba para o adimplemento da obrigação. Essa tese de ponderação que mais se compatibiliza pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade em decorrência da comprovada falta de dinheiro e a impossibilidade financeira de se efetivar todos os direitos no atual cenário brasileiro.

Outra espécie dos direitos estabelecidos na Constituição são aqueles de cunho programático, segundo Kazuo Watanabe¹² “não desfrutam da tutelabilidade jurisdicional sem a prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo, por meio de definição política específica. Em relação a eles deve ser resguardado o debate democrático e preservado o pluralismo político, no âmbito do Legislativo e do Executivo”. Ou seja, os direitos programáticos estabelecidos na Constituição necessitam da deliberação política para serem efetivados, respeitando assim o princípio democrático.

Para uma análise da jurisdicionalidade dos direitos fundamentais aqueles que integram o mínimo existencial e os de densidade suficiente que podem ser efetivados por decisão judicial. O primeiro não precisa da análise da reserva do possível, pois é inerente à dignidade da pessoa humana não podendo ser desrespeitados. Já os segundos podem ser analisada a

¹² WATANABE, op. cit. p. 223.



reserva do possível em sua efetivação, se não houver recursos disponíveis que o valor da obrigação seja incluído no orçamento. Por último temos os direitos programáticos que a sua jurisdicionalidade depende de prévia deliberação política, pois decorrem muitas vezes da progressiva execução e concretização das políticas públicas.

3- O ATIVISMO JUDICIAL NA EDUCAÇÃO INFANTIL.

Como o surgimento do Estado Democrático de Direito a função do Estado é satisfazer o bem comum e garantir os direitos fundamentais para possibilitar uma igualdade entre seus cidadãos, para isso necessita de um agir do estatal.

O direito a educação infantil elencado no art. 205¹³ da CRFB estabelece que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”.

Como também disciplina o art. 208, IV da CRFB¹⁴ estabelece que o dever do Estado com a educação será garantido com a oferta da educação infantil, em creche e pré- escola, às crianças de até 5 anos de idade. Assim como o art. 227 caput da CRFB também protege o direito à educação da criança.

Como se percebe pelo texto constitucional o direito à educação infantil faz parte dos direitos fundamentais de segunda geração em que o Estado pela tem o dever de efetivar. A concretização desses direitos é com a execução de políticas públicas, pois tais direitos necessitam de ações afirmativas estatais.

¹³BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

¹⁴ Ibid.

A inércia do Estado em cumprir as diretrizes constitucionais configura-se como omissão inconstitucional, já que em decorrência de sua omissão os direitos consagrados na Constituição Federal não poderão ser exercitados.

Diante da omissão surge à possibilidade da busca de sua implementação através da busca por uma tutela jurisdicional. Dentre outros argumentos contrário a essa tutela jurisdicional dos direitos fundamentais afirmaram que tal tutela feriria a separação dos poderes.

Tal tese deve ser rechaçada, o poder é uno, o que se divide são as funções, todos os Poderes do Estado estão para concretizar as normas estabelecidas pela Constituição Federal. Só haveria violação à separação de poderes se houvesse interferência a função específica delimitada na Constituição àquele Poder.

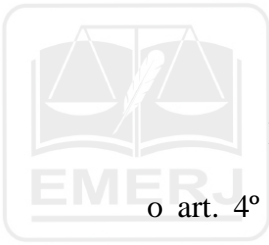
A atuação do Judiciário na tutela de direitos fundamentais, mais especificamente na educação infantil, não fere a separação dos poderes, uma vez que estará implementando os ditames constitucionais, consagrando e protegendo os fins do Estado.

Outro argumento é a reserva do possível, que a escassez dos recursos financeiros impossibilitaria a criação de creches e pré –escolas. Contudo, tal tese não merece ser acolhida em face do direito fundamental que se objetiva proteger.

O direito a educação infantil visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação¹⁵. Nesse sentido o RE 4369996/SP.

[...] põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que "o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação [...].

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE n 4369996. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo407.htm#transcricao1>>. Acesso em 10 jan 2015.



Esse direito está elencado dentre os direitos inerentes à pessoa em desenvolvimento, o art. 4º do ECA garante a primazia no atendimento nos direitos inerentes a educação da criança. O que não pode deixar de ser observado sobre a alegação da reserva do possível.

Diante desses elementos, o direito a educação infantil está elencado dentre os direitos mínimos que devem ser efetivados. Fazem parte do núcleo essencial que compõe a dignidade da pessoa humana devendo todos os Poderes do Estado instituí-lo.

Não pode o direito a educação infantil ficar a mercê da avaliação de discricionariedade da Administração Pública na sua implementação. A Constituição Federal estabelece as políticas relacionadas à educação infantil não deixando margem para a avaliação da conveniência e oportunidade do administrador para realizá-las.

O Judiciário não pode se abster da análise da questão da implementação da educação infantil quando provocado porque tal direito compõe o mínimo existencial, necessita de uma atuação estatal e a inércia do Estado compromete a integridade e eficácia da Constituição. Nesse sentido o RE 4369996/SP¹⁶.

[...] Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) - com as liberdades positivas, reais ou concretas [...]

A atuação do Judiciário é para consagrar e efetivar os ditames constitucionais. Na tutela do direito a educação infantil não atua criando políticas públicas, que seria função dos demais Poderes, mas implementa políticas públicas instituídas pela própria Constituição Federal como estabelece o art. 208, IV da CRFB, impõe ao Estado a criação de creche e pré-escolas, não havendo ingerência em mérito administrativo.

O atuar do Judiciário não é elaborando políticas públicas, seu atuar é na consecução dos fins constitucionais, ou seja, atua para concretizar as normas e os direitos dispostos na Constituição. Portanto, não adentra nas atribuições dos outros Poderes, mas sim executa o que

¹⁶ Ibid.

determinado para sua competência à guarda da Constituição Federal, e dentre desses deveres a garantia de que os direitos fundamentais sejam efetivados, não ferindo o princípio da Separação dos Poderes.

Diante de todo o exposto, o direito à educação infantil deve ser materializado ainda que por decisão judicial. Esse direito está inserido no núcleo básico que garante o mínimo de direitos a ser prestados para uma vida digna.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial é um fenômeno que cresce, pois há uma crise de representação, uma vez que o povo não vê seus anseios defendidos pelos eleitos para tal obrigação. Dessa forma, cresce o número de ações em que objetiva a efetivação de políticas públicas que objetiva as consecuições dos direitos sociais.

O Poder Judiciário não pode se esquivar de seu papel constitucional de proteção da Constituição da República Federativa. E uma forma de proteger as normas estabelecidas na Constituição é assegurar a implementação dos direitos nela consagrados.

O direito à educação infantil é um direito fundamental, ligado à dignidade da pessoa humana. É um direito prestacional que necessita da atuação em regra do Poder Legislativo e Executivo. Contudo, a inércia desses poderes não pode prejudicar a efetivação desse direito, sendo necessária a atuação do Judiciário para suprir essa omissão.

Portanto, o ativismo judicial na área da educação infantil não se caracteriza por interferência entre os poderes. A atuação é legítima, quando provocado, do Judiciário na realização dos direitos estabelecidos na Constituição, porque a separação objetiva a limitação



e o controle de poderes entre os Poderes, e a atuação do Judiciário em sede de políticas públicas objetiva a correção da omissão estatal, não interferindo um Poder no outro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*. Disponível em : <www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em: 06 out. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil*. In: XIMENES, Julia Maurmann (org.). *Judicialização da Política e Democracia*. Brasília: IDP, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, ver., ampli. e atual.. Atlas. Rio de Janeiro, 2014, p. 54.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle judicial de políticas públicas*. In. *O controle judicial de políticas públicas*. 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 131.

_____. *Lei n.8.069 de 13 de julho de 1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 10 jan 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 8. ed. 2013.

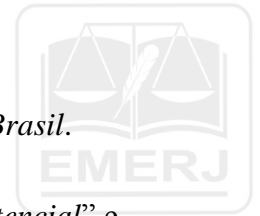
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo. Atlas. 2012.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*, São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45, Relatoria: Ministro Celso de Mello*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> >, Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. *Supremo Tribunal Federal, RE n 4369996. Relator Ministro Celso de Mello*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo407.htm#transcricao1>>. Acesso em 30 mar. 2015.



VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “*Mínimo Existencial*” e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Forense. Rio de Janeiro.



OS LIMITES DA LIBERDADE DE RELIGIÃO NO ESTADO LAICO: A (I)LEGITIMIDADE DA RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO POR FUNDAMENTO RELIGIOSO

Suyane Machado Borges

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo: O presente trabalho busca mostrar os limites da liberdade de religião no Brasil, demonstrando que tal direito, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, podendo ser mitigado quando em conflito com outros direitos constitucionalmente assegurados, notadamente o direito à vida e à saúde, e que o Estado, em razão de seu caráter laico, deve atuar no sentido de preservar os demais direitos quando estes entram em conflito com a liberdade de religião.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Liberdade de religião. Estado laico. Direitos fundamentais. Direito à vida.

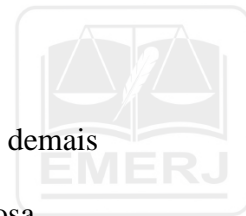
Sumário: Introdução. 1. Liberdade de religião e laicidade do Estado. 2. Direito à vida e à saúde. 3. Recusa de tratamento médico: conflito entre a liberdade de religião e o direito à vida. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir a legitimidade ou não da recusa em receber tratamento médico por razões religiosas, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura igualmente, como direitos fundamentais, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI) e a vida (art. 5º, *caput*).

Tal tema se mostra de extrema relevância para o Direito brasileiro, pois envolve questões relativas à adequada tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo o tema controvertido na doutrina e na jurisprudência.

Buscar-se-á mostrar os limites da liberdade de religião no Brasil, demonstrando-se que tal direito, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, podendo ser mitigado quando em conflito com outros direitos constitucionalmente assegurados.



no art. 19, inciso I, da Constituição de 1988, deve atuar no sentido de preservar os demais direitos fundamentais quando estes entram em conflito com o direito a liberdade religiosa.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema. Será desenvolvida pesquisa bibliográfica, baseada em material publicado, principalmente, em livros, artigos e legislações. Além disso, será realizada pesquisa jurisprudencial, analisando-se decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

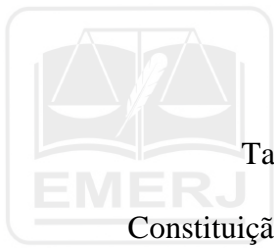
No primeiro capítulo, tratar-se-á da liberdade de religião e da laicidade do Estado brasileiro, demonstrando-se que a Constituição de 1988 assegura a liberdade religiosa como um direito fundamental (art. 5º, inciso VI), e, ao mesmo tempo, traz a necessidade de neutralidade do Estado, assegurando o seu caráter laico (art. 19, inciso I).

No segundo capítulo, será analisado o direito à vida, demonstrando-se que tal direito é a premissa básica dos demais direitos fundamentais, e o direito à saúde, uma vez que a saúde é um bem jurídico intrinsecamente ligado ao direito à vida.

Por fim, no terceiro capítulo, será examinada a legitimidade ou não da recusa de tratamento médico em razão de fundamento religioso, colocando-se em evidência o conflito entre a liberdade de religião e o direito à vida, e demonstrando-se como tal conflito deve ser resolvido.

1. LIBERDADE DE RELIGIÃO E LAICIDADE DO ESTADO

A liberdade religiosa é o princípio jurídico fundamental que regula as relações entre o Estado e a Igreja, em consonância com o direito fundamental do indivíduo de possuir, defender e propagar determinada crença religiosa.



Tal liberdade é assegurada, como direito fundamental, no art. 5º, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe:

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:

(...)

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;

Conforme se depreende da leitura do dispositivo constitucional acima transcrito, a liberdade religiosa inclui a liberdade de crença e a liberdade de exercício do respectivo culto religioso, sendo, ainda, protegidos, na forma da lei, os locais de culto e suas liturgias.

Além disso, conforme leciona Paulo Gustavo Gonet Branco, a liberdade religiosa também apresenta um aspecto de direito à prestação, na medida em que o art. 5º, inciso VII, da Constituição assegura, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, de modo que, nessas entidades, o Estado deve por o atendimento religioso à disposição dos internos que o desejarem.¹

O art. 5º da Constituição de 1988 estabelece ainda, no inciso VIII, que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Tal dispositivo constitucional tem por finalidade evitar que o indivíduo seja compelido pelo Estado a contrariar suas convicções religiosas, porém, se o indivíduo recusar-se a cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, ele poderá sofrer a perda ou suspensão dos seus direitos políticos, conforme determina o art. 15, IV, da Constituição.

Ademais, na liberdade de religião inclui-se a liberdade de organização religiosa, não podendo o Estado interferir sobre a economia interna das associações religiosas. Nesse

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 461 e 462.



sentido, para evitar que o Estado crie embaraços à liberdade de religião, a Constituição estabelece, em seu art. 150, VI, *b*, a imunidade de impostos sobre os templos de qualquer culto.

No tocante à liberdade religiosa, destaca-se ainda o art. 226, § 2º, da Constituição, que admite que o casamento religioso produza efeitos civis, na forma do disposto em lei.

Contudo, ao mesmo tempo em consagra a liberdade de religião, a Constituição Federal de 1988 traz também a necessidade de neutralidade do Estado, garantindo, assim, a laicidade do Estado brasileiro.

Cumprido destacar, primeiramente, que a laicidade não se confunde com o laicismo, uma vez que a laicidade é característica dos Estados não confessionais que assumem uma posição de neutralidade perante a religião, a qual se traduz em respeito por todos os credos e inclusive pela ausência deles, enquanto o laicismo refere-se aos Estados que assumem uma postura de tolerância ou de intolerância religiosa, ou seja, a religião é vista de forma negativa.

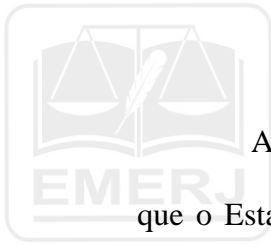
A laicidade foi alçada a princípio constitucional pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, cujo artigo 11, § 2º, dispôs ser vedado aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”, e, desde então, todos os textos constitucionais reproduziram o conteúdo desse artigo.²

A Constituição de 1988 consagra o caráter laico do Estado em seu art. 19, inciso I, estabelecendo que:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

² A Constituição de 1934 trouxe a laicidade no artigo 17, incisos II e III, ampliando a proibição aos entes municipais; o Texto Maior de 1937 menciona-a no artigo 32, alínea “b”; a Carta de 1946 dispôs a respeito do tema no artigo 31, incisos II e III, referindo-se, pela primeira vez, ao Distrito Federal; no Diploma Constitucional de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69, o preceito ficou no artigo 9º, inciso II.



Assim, se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a liberdade de religião, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, por outro lado, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais, ou seja, a liberdade religiosa e o Estado laico significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade de orientação sexual.

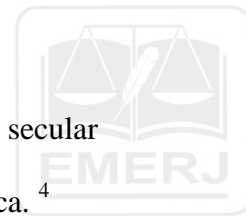
Em outras palavras, significa dizer que concepções morais religiosas, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem servir de base para as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada, não podendo a fé e as orientações morais decorrentes da religião serem impostas a nenhum representado, pois o Estado é neutro.

Nesse sentido, destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54), reconhecendo a laicidade da República Federativa do Brasil e a necessidade de neutralidade do Estado em relação às religiões:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.³

Ademais, conforme decisão do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076/AC, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, a locução “sob a proteção de Deus” contida no preâmbulo da Constituição não é norma jurídica, de modo que,

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 29 mar. 2015.



a despeito do preâmbulo, que é destituído de força normativa, o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição da República.⁴

Destarte, pode-se afirmar, com base na liberdade de religião e na laicidade do Estado previstas na Constituição Federal, que o Brasil não é um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus, mas um Estado secular tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprova qualquer delas e impede que dogmas religiosos guiem o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais.

2. DIREITO À VIDA E À SAÚDE

O direito à vida é a premissa básica dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que não faria sentido declarar qualquer outro direito se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo.

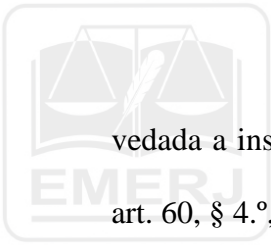
Tal direito fundamental está previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição, e é o primeiro dos cinco valores básicos que inspiram a lista dos direitos fundamentais enumerados no texto constitucional, seguido do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Segundo Pedro Lenza, o direito à vida abrange tanto o direito de não ser morto, ou seja, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.⁵

Como decorrência do direito de não ser morto, a Constituição, em seu art. 5º, inciso XLVII, letra “a”, estabelece a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Cumpre destacar que, mesmo por emenda constitucional, é

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2076. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 970.



vedada a instituição da pena de morte no Brasil, sob pena de violação da cláusula pétrea do art. 60, § 4.º, IV, da CRFB.

Já em relação ao direito de ter uma vida digna, pode-se afirmar que este se encontra intrinsecamente ligado ao conceito de dignidade humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil.

Como consequência do direito a uma vida digna, devem ser garantidas as necessidades básicas do ser humano, sendo proibida a tortura e qualquer tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III, da CRFB). Ademais, a Constituição veda a aplicação de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, inciso XLVII, alíneas “b”, “c”, “d” e “e”).

Em razão da importância do direito à vida, a Constituição estabelece, em seu art. 227, que é "dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida".

O direito à vida encontra-se previsto também em diversos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e a Convenção sobre os Direitos das Crianças.⁶

Ao direito à vida, encontra-se diretamente vinculado o direito à saúde. Pode-se afirmar que a saúde é um bem jurídico indissociável do direito à vida, uma vez que, para que se tenha uma vida digna, é necessária a garantia do direito à saúde.

⁶ A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, declara, em seu art. 4, que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida", que "esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção" e que "ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente". O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1968, dispõe que "o direito à vida é inerente à pessoa humana" e que "este direito deverá ser protegido pela lei", além de dispor que "ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida". A Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, assevera que "os Estados partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida" e estabelece que "os Estados-partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança".

O direito à saúde se insere no campo dos direitos sociais constitucionalmente assegurados, estando previsto no art. 6º da Constituição Federal. Trata-se de um direito indisponível, assegurado à generalidade das pessoas.

Nesse sentido, a Constituição estabelece, em seu art. 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Nos termos do art. 197, são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

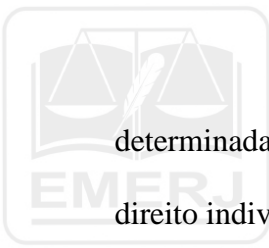
Ademais, a Lei n. 8.080/90, estabelece, em seu art. 2º, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.⁷

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no AgRg no AI n. 734.487, de relatoria da Ministra Ellen Grace, decidiu que o direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço e que é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.⁸

A tutela do direito à saúde apresenta duas perspectivas, sendo uma de preservação e a outra de proteção. A preservação da saúde se relaciona às políticas de redução de risco de uma

⁷ A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AI 734.487. Relatora Ministra Ellen Grace. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 22 abr. 2015.



determinada doença, num contexto geral, enquanto a proteção à saúde se caracteriza com direito individual de tratamento e recuperação de um determinado indivíduo.

Destarte, pode-se afirmar que o direito à vida, e seu desdobramento em direito à saúde, trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais.

3. RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO: CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE RELIGIÃO E O DIREITO À VIDA

A compreensão da relevância do direito à vida é importante para o entendimento de alguns temas da atualidade que giram em torno desse postulado.

Atualmente, um dos temas que mais suscitam polêmica é a legitimidade ou não da recusa de tratamento médico por fundamento religioso, notadamente a recusa das testemunhas de Jeová em receber transfusões de sangue em razão de suas convicções religiosas.

Nesse caso, se não houver risco de vida para o paciente e este estiver em condições de manifestar validamente sua recusa em receber o tratamento, é legítima tal recusa, devendo prevalecer a sua liberdade de crença, uma vez que tal direito é assegurado pela Constituição, e a submissão forçada aos cuidados médicos implicaria em afronta a dignidade humana.

Entretanto, tratando-se de uma situação de iminente risco de vida para o paciente e este recusa o tratamento, surge um conflito entre dois direitos fundamentais constitucionalmente assegurados: a liberdade de religião e o direito à vida. A solução de tal conflito gera inúmeras discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Para que se possa solucionar tal conflito, primeiramente, cumpre destacar que os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto. Em outras palavras, pode-se afirmar que os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não



são ilimitados, encontrando seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição.

Assim, em caso de tensão entre dois direitos fundamentais, cabe o sopesamento de um sobre o outro, para que se decida qual deve prevalecer no caso concreto, em um verdadeiro juízo de ponderação de valores.

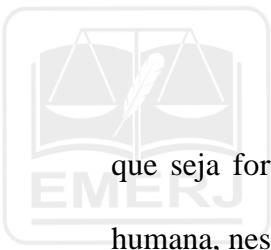
A técnica da ponderação consiste em apurar os pesos ou a importância relativa que devem ser atribuídos a cada elemento em disputa, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que o outro, aplicando-se para isso os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Destarte, no conflito entre a liberdade de religião e o direito à vida, a inviolabilidade do direito à liberdade religiosa prevista pelo inciso VI do art. 5º da Constituição Federal não pode ser tida como absoluta, e, no juízo de ponderação, exige-se a prevalência do direito à vida, uma vez que, conforme já explicitado anteriormente, tal direito constitui pressuposto à existência e ao exercício dos demais direitos fundamentais.

Em outras palavras, considerada a situação de iminente risco de vida, o alcance do equilíbrio pressupõe o reconhecimento da necessidade de prevalência do direito à vida, o que se configura como a solução mais razoável no âmbito do Estado Democrático de Direito, laico por definição constitucional.

Cumprido ressaltar que a própria Constituição reconhece o caráter relativo da liberdade de crença, ao estabelecer, em seu art. 5º, inciso VIII, que não pode se invocar motivo de crenças religiosas para eximir-se de obrigação legal a todos imposta ou para recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

No caso, o suposto atentado à liberdade de crença é tolerado em função da preponderância do direito à vida, pois, nestes casos, não há manifestação válida e consciente



que seja forte suficiente para se sobrepôr à preservação da vida. O princípio da dignidade humana, neste caso, deve ser aplicado no sentido de se preservar a vida do paciente.

Nesse contexto, depois de solucionado o conflito e considerando-se o direito à vida como preponderante, surgem duas questões controvertidas: a primeira diz respeito à responsabilidade do médico em face da recusa do paciente em receber o tratamento e a segunda à responsabilidade dos pais ou responsáveis que não autorizam a realização do tratamento daquele que não tem capacidade para consentir.

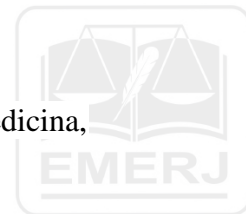
A primeira questão a ser suscitada é como deve agir o médico nessa situação, ou seja, o médico, diante do risco de morte do paciente que recusa o tratamento, deve ou não respeitar sua vontade de não realizar o tratamento necessário para salvar sua vida.

Na doutrina, autores como Rogério Greco sustentam que, no caso de ser imprescindível a transfusão de sangue, mesmo sendo o indivíduo maior e capaz, se este se recusar a recebê-la por causa de suas convicções religiosas, tal comportamento deve ser considerado como uma tentativa de suicídio, devendo o médico intervir mesmo sem o consentimento do paciente.⁹

Nesse caso, o médico estará amparado pelo art. 146, § 3º, inciso I, do Código Penal, que dispõe que não se configura como constrangimento ilegal “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por eminente perigo de vida”.

Do mesmo modo, também com fundamento no dispositivo legal acima mencionado, se o paciente não possuir capacidade para consentir e os pais ou responsáveis legais não permitirem a transfusão, o médico também deve agir, realizando o tratamento mesmo contra a vontade dos pais, se houver risco de morte.

⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. II. 6. ed. rev., atual. e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 214.



Nesse sentido, tem-se a Resolução n. 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina, que determina:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.¹⁰

Segundo decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferida na Apelação Cível n. 70020868162, não é necessário o ajuizamento de demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. A Quinta Câmara Cível do Tribunal entendeu que o médico tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento do paciente, ainda que não haja consentimento dele ou de seus familiares, restando assim ementado o julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido.¹¹

Cumprido ressaltar ainda que, se o médico não realizar o tratamento e em razão disso o paciente vier a falecer, o médico deverá ser responsabilizado pelo crime de homicídio, uma vez que, na forma do art. 13, § 2º, alínea “a”, do Código Penal, o médico possui o status de garantidor da vida e saúde do paciente, tendo, por lei, a obrigação legal de intervir em caso de eminente risco de morte:

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.
(...)

¹⁰ BRASIL. Resolução CFM n. 1.021/80. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020868162. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 24 abr. 2015.



§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

Assim sendo, não há se falar em responsabilização cível ou penal dos profissionais de saúde que submeterem o paciente a tratamento contra a sua vontade ou de seus familiares, uma vez que é dever do médico intervir, fazendo tudo que estiver ao seu alcance, para salvar a vida do paciente.

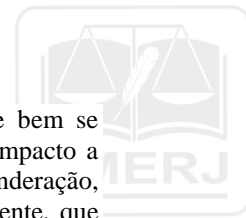
Superada a controvérsia acerca da responsabilidade do médico, a segunda questão que suscita grande polêmica e merece análise é a responsabilidade dos pais ou responsáveis legais que não autorizam e até mesmo impedem o tratamento do paciente, e, em razão disso, este vem a falecer.

Nesse caso, conforme leciona Greco, embora a Constituição Federal garanta o direito à liberdade de crença, os pais ou responsáveis devem responder pelo crime de homicídio (art. 121 do Código Penal), na modalidade comissiva por omissão, uma vez que, conforme determina o art. 13, § 2º, alínea “a”, do Código Penal, os pais ou responsáveis daquele que não tem capacidade de consentir são considerados garantidores, tendo, portanto, o dever de agir para evitar a produção do resultado lesivo.¹²

Recentemente, a controvérsia acerca deste tema chegou ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do Habeas Corpus n. 268.459/SP, julgado em 02/09/2014 pela Sexta Turma do Tribunal, e assim ementado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (...) (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes

¹² GRECO, op. cit., p. 215.



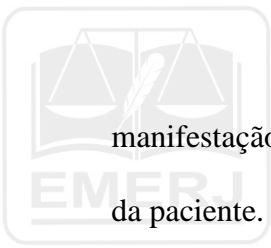
valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional. 4. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes.¹³

Nesse julgado, o STJ tratou tanto da questão da responsabilidade do médico que não realizou o tratamento quanto da responsabilidade dos pais que não autorizaram a transfusão de sangue no filho menor, tendo este vindo a óbito.

Em relação à responsabilidade do médico, o STJ entendeu que não deve ser reconhecido o crime de constrangimento ilegal na realização da transfusão de sangue contra a vontade do paciente ou de sua família, se estiver o médico diante de urgência ou perigo iminente, ou se o paciente for menor de idade, pois, fazendo uma ponderação de interesses, não pode a liberdade de crença prevalecer sobre o direito à vida.

Contudo, em relação à responsabilidade dos pais, o STJ decidiu não haver tipicidade na conduta dos pais que, por convicção religiosa, não consentiram com a realização da transfusão de sangue no filho menor, o que resultou na sua morte. O Tribunal entendeu que os pais, ao levarem sua filha para o hospital, mostraram que com ela se preocupavam, e, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue, sendo tal

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 268.459. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301061165&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea#>>. Acesso em: 22 set. 2014.



manifestação indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida da paciente.

Tal entendimento, no entanto, não parece ser o mais correto, uma vez que, conforme leciona Rogério Greco, caso fosse aceita a alegação de liberdade de crença para eximir os pais da responsabilidade pela morte do filho, tal direito também poderia ser alegado para acobertar a ação de seguidores de religiões que apregoam o sacrifício de seres humanos.¹⁴

Assim sendo, com a devida vênia a posição adotada pelo STJ, se, da recusa em consentir com o tratamento resultar a morte do filho, os pais devem responder pelo crime de homicídio, pois, como dito anteriormente, estes são garantidores, tendo o dever de agir para evitar o resultado danoso, não sendo possível a invocação da liberdade de religião para se eximir de tal dever.

CONCLUSÃO

Diante de todos os argumentos expostos e analisados no presente trabalho, pode-se concluir que, no confronto entre o direito à vida e o direito à crença religiosa, deve prevalecer o direito a vida, uma vez que tal direito constitui pressuposto à existência e ao exercício dos demais direitos fundamentais e atitudes de repúdio ao direito à própria vida vão de encontro à ordem constitucional.

Assim sendo, chega-se a conclusão de que não é legítima a recusa de tratamento médico por fundamento religioso, porquanto o direito de nascer, crescer e prolongar a sua existência advém do próprio direito natural, inerente aos seres humanos, sendo o direito à vida primário e antecedente a todos os demais direito.

¹⁴ GRECO, op. cit., p. 215.

Nesse sentido, não deve ser reconhecido o crime de constrangimento ilegal na realização da transfusão de sangue contra a vontade do paciente ou de sua família, se estiver o médico diante de urgência ou perigo iminente, ou se o paciente for menor de idade, pois, fazendo uma ponderação de interesses, não pode o direito à vida ser suplantado diante da liberdade de crença, até porque a Constituição não ampara ou incentiva atos contrários à vida.

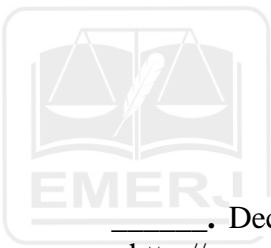
Dessa forma, em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Ademais, ressalta-se que, se o médico não realizar o tratamento e da falta deste resultar a morte do paciente, o médico deverá ser responsabilizado pelo crime de homicídio, porquanto a recusa do paciente é ilegítima, e o médico é garantidor da vida e saúde do paciente, tendo, por lei, a obrigação legal de intervir em caso de eminente risco de morte.

Por fim, conclui-se também que, se o paciente não possuir capacidade para consentir e vier a falecer em razão da negativa dos pais ou responsáveis em autorizar o seu tratamento por motivos de crença religiosa, estes também deverão responder pelo crime de homicídio, por ser ilegítima tal recusa e por serem os pais garantidores dos filhos, na forma do art. 13, § 2º, alínea “a”, do Código Penal, tendo, portanto, a obrigação legal de agir para zelar pela vida e pela saúde destes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2014.



_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Resolução CFM n. 1.021/80. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 268.459. Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301061165&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea#>>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2076. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AI 734.487. Relatora Ministra Ellen Grace. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70020868162. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Volume II. 6. ed. rev., atual. e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Tandrea Campos Guimarães Rabelo

Graduada em Relações Internacionais e em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA Niterói. Pós Graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá – UNESA Niterói. Pós Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

RESUMO: Este trabalho trata sobre Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988. No que se refere à recepção de tratados internacionais, a recepção daqueles que versam sobre direitos humanos se apresenta de modo diferenciado. Após a CRFB/88, as discussões a respeito dessa hierarquia tornaram-se mais relevantes no âmbito doutrinário em virtude do §2º do art. 5º, porém o pensamento de infraconstitucionalidade continuou dominante na jurisprudência. Com a introdução do §3º no mesmo artigo pela EC 45, a discussão passou, também, para o campo jurisprudencial, fazendo surgir novas opiniões no STF a respeito da posição hierárquica desses documentos. Até que em 2008, o STF sumulou o entendimento de que esses, quando aprovados nas duas Casas do Congresso Nacional, passam a ter o status de Emenda Constitucional.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Tratados Internacionais. Constituição. Direito Internacional.

Sumário: Introdução 1. O Direito Internacional dos Direitos Humanos; 2. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata sobre a Constituição da República Federativa do Brasil no que tange aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

Promulgada em 1988, a atual Constituição é chamada de Constituição Cidadã, a maior marca do fim da ditadura e o começo de um Estado Democrático de Direito para a nação brasileira.

A Emenda constitucional nº 45/2004 promoveu inúmeras mudanças na Carta Magna. Nessa pesquisa jurídica, é proposta a análise do dispositivo inserido no § 3º, do artigo 5º,



referente ao *status* de emendas constitucionais dado aos tratados internacionais de direitos humanos, que passem pelas etapas estabelecidas.

Contudo, se pode observar a existência clara de conflitos entre o texto constitucional e certos tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, e que, então, também estariam no texto constitucional, mesmo que de forma não-escrita, pois passaram a ter esse *status*.

Deve-se ressaltar que não existe hierarquia entre as normas constitucionais. E que todos os Estados Nacionais são soberanos. Em análise à segunda afirmação, é simples a solução: foi e é da vontade do país assinar cada um dos Tratados Internacionais, assim como também foi dar aos que se referem a direitos humanos, que forem devidamente aprovados no Congresso Nacional, a equivalência de emendas constitucionais.

São divergentes as posições dos estudiosos jurídicos, mas é válido o envolvimento do princípio constitucional e de hermenêutica internacional da primazia da norma mais favorável ao ser humano, ou *pro homine*, para se proceder a um estudo embasado na efetiva vontade do povo brasileiro e reais interesses universais, e não simplesmente a conveniências políticas isoladas.

Não se pode deixar de salientar que, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, vive-se em meio a um processo de internacionalização dos Direitos Humanos de grande impacto na definição e construção da democracia objetivada no país.

Faz necessário, assim, a substituição da prevalência do positivismo nacional retrógrado que ainda existe no país pela incorporação dos valores básicos do direito natural através dos tratados internacionais de direitos humanos.

Os resultados obtidos na pesquisa foram sistematizados sob a forma de conclusão, ao final do estudo. Foi utilizado, para tanto, a pesquisa bibliográfica através de consultas à literatura e doutrina nacional, bem como à literatura e doutrina estrangeira, periódicos, textos selecionados no meio eletrônico e à legislação brasileira.

1. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é o direito que se desenvolveu no pós-Segunda Guerra Mundial, por isso é também conhecido como Direito do pós-guerra, como uma resposta mundial às atrocidades cometidas pelo nazismo.



No Tribunal Militar Internacional, Julgamento de Nuremberg, montado para julgar os crimes de guerra cometidos pelos chefes da Alemanha nazista que feriram o direito internacional, recebeu como principal argumentação o fato de estarem simplesmente cumprindo a lei de seu país. Nessa época havia a vigência do positivismo na ordem internacional, ou seja, cada Estado elaborava as suas leis conforme quisesse, a supremacia dos Estados era algo maior. Hoje ela se mantém, obviamente, mas desde que não fira o que for internacionalmente reconhecido como Direitos Humanos Básicos, pois se viu a necessidade de uma proteção internacional dos mesmos.^{1 2} Tal reconhecimento se dá através dos Tratados.

Assim, Heinken diz que:

Subsequente à Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos tem criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito costumeiro internacional tem se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para todas as pessoas humanas e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo o indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos não é apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulamentação do Direito Internacional³.

A fortificação da ideia de Direitos Humanos, que começou a ser ventilada na Revolução Francesa com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, vem ocorrendo desde o fim da 2ª Grande Guerra. Sua cristalização implica um monitoramento internacional para evitar que sejam violados e, em sendo, na responsabilização dos violadores. Isso gera uma relativização da noção de soberania absoluta, pois permite intervenção internacional no plano nacional.⁴

Para Piovesan, isso seria a transição de uma concepção “hobbesiana”, em referência ao filósofo Thomas Hobbes, que escreveu “Leviatã”, em que afirma a necessidade do Estado ser um “monstro” de soberania para uma “kantiana”, referindo-se ao filósofo Immanuel Kant, pois a primeira é centrada no Estado e a segunda é centrada na cidadania universal.⁵ Para Lafer, de uma visão *ex parte príncipe*, fundada nos deveres dos súditos para com o Estado, para uma visão *ex parte populi*, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão.⁶

¹PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.37.

²BUERGENTAL, Thomas. Prólogo. In: Cançado Trindade, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.31.

³HEINKIN, Louis. *International law: cases and materials*. 3.ed. Minnesota: West Publishing, 1993, p. 375-376.

⁴Ibid.

⁵PIOVESAN, op. cit., 2008, p. 37.

⁶LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra 1999, p.145.



A tendência atual é valorizar-se uma cultura internacional, valores humanos mundiais acima dos locais, uma universalização de ideias entorno da equidade e da vida humana. Por mais juspositivista que sejam os valores nacionais, não há como, em um mundo capitalista e globalizado, fugir de aceitar que a Declaração dos Direitos humanos vem se impondo como ética universal.⁷

Dessa forma, a soberania não pode mais ser encarada como um valor absoluto, se tornando relativo, especialmente no que disser respeito à proteção dos direitos humanos, já que esses são de responsabilidade internacional. A ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito, é superior. A forma pela qual o Estado trata os seus indivíduos nacionais não é mais um simples problema de jurisdição doméstica.⁸

Tudo isso começou a ocorrer com a formação da Organização das Nações Unidas (ONU), que ocorreu no pós-Segunda Guerra, em 1945, como forma de tentar evitar futuros absurdos como os cometidos anteriormente e durante a guerra por pessoas que simplesmente estavam cumprindo as leis de seu país. Na ausência de um Estado supranacional, que pudesse se impor sobre os demais, a ONU foi criada como uma referência para todos, e uma forma de organização e cooperação entre os povos.⁹

Em 10 de dezembro de 1948, é adotada, pela Resolução 217, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções¹⁰. Inexistindo qualquer voto contrário, questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração e às suas disposições, confere à Declaração o significado de um código e uma plataforma comum de ação a serem seguidos. Forma a própria ética universal e a concepção de direitos humanos universais e indivisíveis.¹¹

Dizer que são universais significa dizer que o único e exclusivo requisito para ser titular de direitos humanos é a condição de pessoa, de ser humano. A dignidade da pessoa humana é o fundamento desses direitos.¹²

⁷PIOVESAN, Flávia. A constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>> Acesso em: 30/03/2015; 20/04/2015; 02/05/2015.

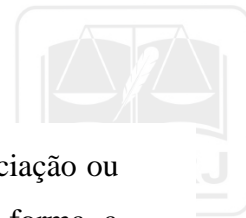
⁸Ibid.

⁹Ibid.

¹⁰Os países que se abstiveram foram: Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, União Soviética, África do Sul e Iugoslávia. Observa-se que em Helsinki, em 1975, no Ato Final da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa, os Estados comunistas da Europa expressamente aderiram à Declaração Universal.

¹¹PIOVESAN, op. cit., em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>> Acesso em: 30/03/2015; 20/04/2015; 02/05/2015.

¹² Ibid.



Dizer que tais direitos são indivisíveis significa que não há qualquer diferenciação ou separação entre os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, de forma a combinar o liberalismo e a social cidadania, e a liberdade com a igualdade, demarcando-os como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível, de forma que uma geração de direitos interage com a outra. Isso talvez seja o pilar da sociedade capitalista contemporânea.¹³

É bastante complicada essa conjugação na medida em que os direitos liberais pressupõem uma inibição da atuação e interferência dos governos, mas, ao mesmo tempo, os direitos relacionados à social cidadania envolvem obrigações governamentais amplamente positivas e intervencionistas em prol da promoção do bem-estar econômico e social. Assim, pondera Bobbio: “As sociedades são mais livres na medida em que são menos justas e mais justas na medida em que são menos livres.”¹⁴

Apesar da dificuldade e da complexidade dessa conjugação, a mesma está disposta na Proclamação de Teerã, endossada pela Resolução nº 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas e reiterada na Declaração de Viena de 1993. E isso serve para fixar a ideia de que os direitos humanos são universais, inerentes à condição de ser humano, de pessoa, e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinado Estado e sociedade. Desse modo, a autodeterminação dos povos, considerada importante pilar dos direitos humanos em outras épocas, é relativizada pelo conceito contemporâneo de direitos humanos desenvolvido a partir da declaração de 1948.¹⁵

Assim, consagra-se um reconhecimento universal de valores, uma ética mundial, regras a serem seguidas por todos. O que anteriormente era imposto por religiões, o certo e o errado universal, hoje é aplicado pela ONU e importante fonte de inspiração para promulgação de Constituições nacionais, legislações locais e decisões das Cortes no mundo inteiro.¹⁶

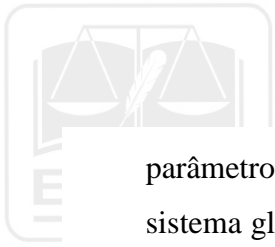
Com tudo isso, vem sendo desenvolvido o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a consequente adoção de inúmeros Tratados Internacionais voltados à proteção de direitos humanos fundamentais. A ampla adesão dos Estados demonstra a consciência ética atual universal, já que tal conjunto de normas, advindos da moralidade, é extremamente subjetivo e tiveram no passado seu desenvolvimento vinculado a uma cultura local. Atualmente é

¹³Ibid.

¹⁴BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 43.

¹⁵PIOVESAN, op. cit. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>> Acesso em: 30/03/2015; 20/04/2015; 02/05/2015.

¹⁶Ibid.



parâmetro para a legitimação ou não do Estado pela Comunidade Internacional, já que o sistema global de proteção dos direitos humanos está formado nas Nações Unidas e integrado por instrumentos de alcance geral e específico.¹⁷

Tudo isso forma globalmente a coexistência do sistema geral e especial de proteção aos direitos humanos, como sistemas de proteção complementares. Os gerais são os que têm como alvo toda e qualquer pessoa pela simples condição de ser humano. São protegidos pelos Pactos Internacionais de Direitos Civis Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1996. Os especiais são os que visam a proteção de grupos específicos e concretos.¹⁸

Indubitavelmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem exercido uma influência muito grande na ordem mundial como um todo, tanto no que diz respeito ao âmbito internacional como dentro dos Estados nacionais. Isso pode ser observado nas inúmeras Convenções Internacionais e em ações tomadas pela ONU. Como também nas Constituições Nacionais, nas legislações locais em geral e até mesmo nas decisões das Cortes. A Declaração é hoje um código de conduta humana amplamente aceito, o que demonstra a importância dos Direitos Humanos no mundo atual e sua presença nas mudanças.¹⁹

Pode-se observar o que seria um sistema normativo regional de proteção dos direitos humanos amplamente se formando e se fixando dentro dos Estados, ao lado do sistema normativo global de proteção. Esse pode ser observado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as demais convenções internacionais. E esses dois sistemas são complementares.²⁰

Sobre isso, Cançado Trindade diz que:

O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de “conflitos” entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno), quanto horizontal, dois ou mais tratados. Contribui, em terceiro lugar, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos garantindo os mesmos direitos são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção.²¹

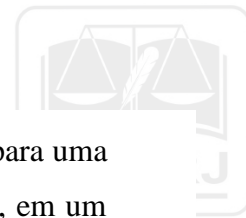
¹⁷Ibid.

¹⁸Ibid.

¹⁹Ibid.

²⁰Ibid.

²¹CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v.46, n. 182, p. 52-53, jul./dez, 1996.



Deve-se respeitar a cultura de cada Estado, mas não se pode fechar os olhos para uma cultura internacional de respeito às pessoas, por sua condição humana simplesmente, em um mundo globalizado.

2. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO

Foram muitas as inovações trazidas pela Constituição de 1988, e essas foram fundamentais para a proteção dos direitos humanos, sobretudo porque é a partir dela que se estabelece o princípio da prevalência dos direitos humanos como o orientador das relações internacionais. De acordo com Lindgren Alves, praticamente todas as formalidades necessárias à integração do Brasil ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, já foram cumpridas. Principalmente pela adesão do país aos dois Pactos Internacionais da ONU, ao Pacto de São José, da OEA, em 1992, e a ratificação anterior de todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria.²²

Ao fim do artigo 5º da Constituição da República, está dito que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime de dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”²³ E “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.”²⁴


Com tal incorporação, a Carta confere aos direitos internacionais a hierarquia de norma constitucional. Isso demonstra o claro poder e força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais na Constituição. Como diz Canotilho:

A legitimidade material da Constituição não se basta com um ‘dar forma’ ou ‘constituir’ de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os atos dos poderes públicos e daí que ela tenha um parâmetro material, diretivo e inspirador desses atos. A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (diretos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais). Um topus caracterizador

²²ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, p. 108.

²³BRASIL, Constituição (1988). 20.ed. São Paulo: Rideel, 2015.

²⁴Ibid.



da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos ‘direitos do homem’ como *ratio essendi* do Estado Constitucional. Quer fossem considerados como ‘direitos naturais’, direitos inalienáveis’ ou ‘direitos racionais’ do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva de comensuração universal.²⁵

É importante reconhecer que o processo de globalização propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional. Desse modo, o bloco do que seria matéria constitucional é ampliado. Exemplificação disso são as constituições latino-americanas, que vêm conferindo aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos um status jurídico diferenciado e especial. Merece destaque a Constituição da Argentina, que eleva os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional do país, em seu artigo 75, §22.²⁶

Os Tratados que versam sobre Direitos Humanos, a sua incorporação ao Sistema Jurídico nacional é imediata e automática, a partir do ato de ratificação, de acordo com o determinado no artigo 5º, § 1º da CRFB, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, não há necessidade da produção de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do Tratado.²⁷

À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de norma, e não o oposto, conforme afirma Albuquerque Mello.²⁸

O § 3º do artigo 5º da CRFB pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do artigo 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao classificar a lei existente.²⁹

Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais.³⁰

O Pacto de São José da Costa Rica está abarcado pelo disposto no §3º do artigo 5º, que possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada

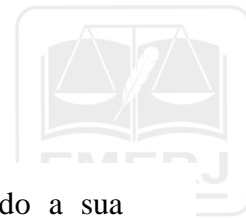
²⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. revisada Coimbra: Almedina, 1993, p. 74.

²⁶CentrodeEstudoseBibliotecaVirtual.Disponívelem:<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos>>Acessoem:20/04/2015;02/05/2015.

²⁷PIOVESAN,op. cit. Disponível em:<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>> Acesso em: 30/03/2015; 20/04/2015; 02/05/2015.

²⁸MELLO, Celso Albuquerque. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva; 2007. p. 25.

²⁹LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005. p. 15-18.



Convenção não deve ser obstáculo formal ao conteúdo material, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional de direitos humanos.³¹

O disposto no artigo 5º, § 3º, da CRFB, reconhece de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados internacionais de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial.³²

Sendo assim, pode-se dizer que, com o advento do § 3º do artigo 5º da CRFB, surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais. Vale frisar que todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do artigo 5º da CF. Além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição no âmbito formal.³³

A Constituição de 1988 se apresenta em perfeita consonância com os Direitos Humanos na atualidade.

Herkenhoff fala sobre isso da seguinte forma:

A Constituição do Brasil avança, no seu preâmbulo, em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando realça, mais que esta, os direitos sociais e quando faz expressa referência ao desenvolvimento. Embora não fazendo parte do preâmbulo, os artigos 1º, 3º e 4º da Constituição Brasileira também agasalham princípios orientadores, esposam valores fundamentais. Esses princípios e valores completam e explicitam a tábua de opções ético-jurídicas do preâmbulo. Se considerarmos esses artigos, como é metodologicamente correto, complemento do preâmbulo, concluiremos que a enunciação de valores humanos e democráticos da Constituição do Brasil avanta-se ao código de valores inscrito no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.³⁴

A garantia plena dos Direitos Humanos passou a figurar como elemento importante em todo o mundo a partir de 1949, com a Carta do ONU. Desde essa época, o Brasil atravessou fases políticas distintas e momentos diversos; experimentou momentos de

³⁰PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127-128.

³¹Ibid.

³²Ibid.

³³Ibid.

³⁴HEKENHOFF, João Batista. *Direitos Humanos: uma ideia, muitas vozes*. Aparecida, São Paulo: Santuário, 1998. p. 97.



supressão quase total desses direitos, bem como os de maior liberalidade e maior garantia de Direitos Humanos.³⁵

O acolhimento, por parte do Brasil, dos preceitos da declaração deu-se de duas formas: pela introdução na Constituição de 1988; e pela inclusão de mecanismos que garantem o cumprimento dos preceitos constitucionais. As leis sobre Direitos Humanos editadas no Brasil regular comandos Constitucionais e proposto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1949.³⁶

Os Direitos Humanos garantidos pela Constituição Federal de 1988, como o direito ao voto, às políticas públicas, à garantia da liberdade e até mesmo a restrição da pena de morte e de penas cruéis, romperam com algumas heranças deixadas pelo governo militar.³⁷

O Brasil é signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, em que ficou estabelecido, entre outras coisas, que os Estados Americanos signatários se comprometeriam a não realizar prisões por dívidas. Isso consta no artigo 7º (Direito à liberdade pessoal), nº 7, que diz: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Esse princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” Isso foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.³⁸

Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LXVII diz que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”³⁹

Sendo assim, a prisão civil do depositário infiel no Brasil passou a ser alvo de diversas críticas e entendimentos diferenciados a seu respeito.

A discussão se acirrou após 08 de dezembro de 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º, que dispõe que: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”⁴⁰

³⁵FONSECA, Charlie Rodrigues e ARAÚJO, Luís Felipe de Jesus Barreto. *A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Direito brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21440/a-influencia-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos-no-direito-brasileiro>> Acesso em: 03/05/2015.

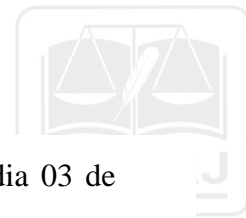
³⁶Ibid.

³⁷COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁸ Notícias e Doutrina sobre "Pacto de São José da Costa Rica". Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 20/04/2015.

³⁹BRASIL, Constituição (1988). 20.ed. São Paulo: Rideel, 2015.

⁴⁰Ibid.



Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) arquivou, no dia 03 de dezembro de 2008, o Recurso Extraordinário (RE) 349703 e, por unanimidade, negou provimento ao RE 466343, que discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel. O Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da CRFB, à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos.⁴¹

Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.⁴²

Também por maioria, o STF decidiu no mesmo sentido um terceiro processo versando sobre o mesmo assunto, o *Habeas Corpus* 87585. Para dar consequência a essa decisão, revogou a Súmula 619, do STF, segundo a qual “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.”⁴³

Em discussão no HC 87585, Alberto de Ribamar Costa questionou acórdão do STJ. Sustentou que, se fosse mantida a decisão que decretou sua prisão, “estará respondendo pela dívida através de sua liberdade, o que não pode ser aceito no moderno Estado Democrático de Direito, não havendo razoabilidade e utilidade da pena de prisão para os fins do processo.”⁴⁴

Ele fundamentou seu pleito na impossibilidade de decretação da prisão de depositário infiel, à luz da redação trazida pela Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, que tornou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à norma constitucional, a qual tem aplicação imediata, referindo-se ao Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.⁴⁵

Em toda a discussão sobre o assunto prevaleceu o entendimento de que o direito à liberdade é um dos direitos humanos fundamentais priorizados pela Constituição Federal de 1988 e que sua privação somente pode ocorrer em casos excepcionalíssimos. E, no entendimento de todos os ministros presentes à sessão, neste caso não se enquadra a prisão civil por dívida.⁴⁶

⁴¹Notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 23/05/2014; 02/02/2015; 04/04/2015; 20/04/2015; 07/05/2015.

⁴²Ibid.

⁴³Ibid.

⁴⁴Ibid.

⁴⁵Ibid.

⁴⁶Ibid.



“A Constituição Federal não deve ter receio quanto aos direitos fundamentais”, disse o ministro Cezar Peluso, ao lembrar que os direitos humanos são direitos fundamentais com primazia na Constituição.

O corpo humano, em qualquer hipótese (de dívida) é o mesmo. O valor e a tutela jurídica que ele merece são os mesmos. A modalidade do depósito é irrelevante. A estratégia jurídica para cobrar dívida sobre o corpo humano é um retrocesso ao tempo em que o corpo humano era o *corpus vilis* (corpo vil), sujeito a qualquer coisa.⁴⁷

Ao proferir seu voto, a ministra Ellen Gracie afirmou que “o respeito aos direitos humanos é virtuoso, no mundo globalizado. Só temos a lucrar com sua difusão e seu respeito por todas as nações.”⁴⁸

No mesmo sentido, o ministro Menezes Direito afirmou que “há uma força teórica para legitimar-se como fonte protetora dos direitos humanos, inspirada na ética, de convivência entre os Estados com respeito aos direitos humanos.”⁴⁹

Menezes Direito filiou-se à tese hoje majoritária, no Plenário, que dá status supralegal, acima da legislação ordinária, a esses tratados, situando-os, no entanto, em nível abaixo da Constituição. Essa corrente, no entanto, admite dar a eles *status* de constitucionalidade, se votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais pelo Congresso Nacional, ou seja: maioria de três quintos, em dois turnos de votação, conforme previsto no parágrafo 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao artigo 5º da Constituição Federal.⁵⁰

O ministro Celso de Mello lembrou que o Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 1992, proíbe, em seu artigo 7º, parágrafo 7º, a prisão civil por dívida, excetuado o devedor voluntário de pensão alimentícia.⁵¹

O mesmo, segundo ele, ocorre com o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, patrocinado em 1966 pela Organização das Nações Unidas, ao qual o Brasil aderiu em 1990. Até a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada em 1948, em Bogotá, Colômbia, com a participação do Brasil, já previa essa proibição, enquanto a CRFB de 1988 ainda recepcionou legislação antiga sobre o assunto.⁵²

Também a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, na Áustria, em 1993, com participação ativa da delegação brasileira, então chefiada pelo ex-ministro da Justiça e ministro aposentado do STF Maurício Corrêa, preconizou o fim da prisão civil por dívida. O ministro lembrou que, naquele evento, ficou bem marcada a

⁴⁷Ibid.

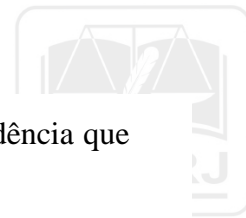
⁴⁸Ibid.

⁴⁹Ibid.

⁵⁰Ibid.

⁵¹Ibid.

⁵²Ibid.



interdependência entre democracia e o respeito dos direitos da pessoa humana, tendência que se vem consolidando em todo o mundo.⁵³

O ministro invocou o disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição, que preconiza a prevalência dos direitos humanos como princípio nas suas relações internacionais, para defender a tese de que os Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes do advento da Constituição de 1988, devem ter o mesmo status dos dispositivos inscritos na Constituição Federal.⁵⁴

O ministro Menezes Direito filiou-se à tese defendida pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que concede aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil aderiu um status supralegal, porém admitindo a hipótese do nível constitucional delas, quando ratificados pelo Congresso de acordo com a EC 45 (parágrafo 3º do artigo 5º da CF).⁵⁵

No dia 16 de dezembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal acolheu e aprovou a proposta de edição da Súmula Vinculante nº 25, determinando como ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Assim, o ordenamento jurídico se adequou mais uma vez à tendência mundial à ampliação dos Direitos Humanos.⁵⁶

CONCLUSÃO

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são essenciais para a promoção dos Direitos Humanos dentro dos Estados Nacionais no mundo inteiro e, especificamente, no Brasil. Sua incorporação foi um marco decisivo na História da redemocratização do país. São de extrema relevância no avanço concreto e na defesa dos direitos da cidadania.

É importante que os agentes operadores do Direito amplamente reconheçam e façam valer esses importantes instrumentos jurídicos de defesa dos direitos fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um divisor de águas entre o antigo sistema de separação do Direito interno do Direito internacional e a atual conjugação desses. Tendo em vista que essa junção representa um relevante fortalecimento da

⁵³Ibid.

⁵⁴Ibid.

⁵⁵Ibid.

⁵⁶Ibid.



importância e da proteção dos direitos fundamentais, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Em todo mundo, pode-se notar um o que seria um processo de constitucionalização do Direito Internacional.

A Carta de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos, em conjunto, formam o grande projeto democratizante e humanista. São fenômenos de uma nova ordem, que cabe aos agentes jurídicos preservar e propagar, de forma a impedir que antigos valores do regime autoritário voltem a prevalecer. Essa nova ordem forma o novo aparato jurídico, o novo paradigma e referência: a prevalência dos Direitos Humanos.

E os Direitos do Homem devem mesmo ser tutelados de uma maneira diferenciada, devem realmente ser protegidos acentuadamente, pois não se tratam de simples direitos como os demais, mas de direitos especiais até para a existência de democracia e condições mínimas para a solução de conflitos.

O entendimento da Suprema Corte Nacional foi muito correto e condizente com o mundo atual, foi ao encontro do novo pensamento, visto que, na verdade, os tratados que versam sobre os Direitos Humanos, diferentemente dos tratados convencionais que tem caráter geralmente comercial e de cunho disponível, não possuem um caráter de disponibilidade, pelo fato de não interferir nem procuram resguardar as prerrogativas dos Estados. O fato é que a esfera regulada por tais direitos é limitada e não proporciona maiores danos à soberania nacional, visto que seu campo de atuação se prende apenas a efetivar direitos que tutelam a dignidade da pessoa humana na sua amplitude.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Constituição (1988). 20.ed. São Paulo: Rideel, 2015.

BUERGENTAL, Thomas. Prólogo. In: Cançado Trindade, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v.46, n. 182, p. 52-53, jul./dez, 1996.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. revisada Coimbra: Almedina, 1993.

Centro de Estudos e Biblioteca Virtual. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos>> Acesso em: 20/04/2015; 02/05/2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, Charlie Rodrigues e ARAÚJO, Luís Felipe de Jesus Barreto. *A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Direito brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21440/a-influencia-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos-no-direito-brasileiro>> Acesso em: 03/05/2015.

HEINKIN, Louis. *International law: cases and materials*. 3.ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

HEKENHOFF, João Batista. *Direitos Humanos: uma ideia, muitas vozes*. Aparecida, São Paulo: Santuário, 1998.

_____. *Gênese dos Direitos Humanos*. Aparecida, São Paulo: Santuário, 2002.

Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/>> Acesso em: 30/03/2015; 20/04/2015; 02/05/2015.

LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

MELLO, Celso Albuquerque. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 23/05/2014; 02/02/2015; 04/04/2015; 20/04/2015; 07/05/2015.

Notícias e Doutrina sobre "Pacto de São José da Costa Rica". Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 20/04/2015.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *A constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>> Acesso em: 30/03/2015; 20/04/2015; 02/05/2015.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.



Planalto Central. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 30/03/2015; 20/04/2015; 02/05/2015.

O DANO MORAL POR ABANDONO SÓCIO-AFETIVO

Tatiana Dupin Almeida Soares

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida.
Pós-graduada em Direito Civil-Constitucional
pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O assunto é controvertido, haja vista o fato de cuidar do direito de família e de situações existenciais. Parte da doutrina não aceita o que ora se propõe, visto entender que esse ramo do direito não abarca critérios aplicados a situações patrimoniais. Deve-se, porém, não esquecer que se vive em uma nova realidade social, com mudança de paradigma voltado para o homem como o centro do ordenamento jurídico. Não pode, pois, o direito ficar alheio a essa nova e indiscutível vertente do direito de família.

Palavra – chave: Dano Moral. Abandono-afetivo. Direito de família. Ausência de afeto. Responsabilidade civil.

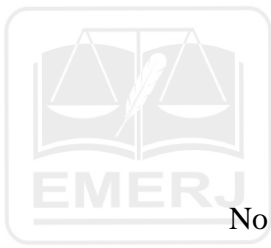
Sumário: Introdução. 1. Novos parâmetros principiológicos aplicados ao direito de família: dignidade da pessoa humana como fundamento da República. 2. A liberdade de dar afeto e a afetividade como um dever jurídico. 3. Responsabilidade civil por abandono afetivo e o dano moral. 4. Análise dos casos concretos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo discutir a possibilidade de um pai ser condenado a ressarcir um filho pelos danos causados pelo abandono sócio - afetivo. A questão é: o direito de família poderia abarcar critérios aplicados às situações patrimoniais, nas relações familiares, quando houvesse quebra do vínculo afetivo?

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir compatibilizar a liberdade de dar afeto com o direito do menor de ter sua dignidade e sua moral garantidas no seio familiar.

O enfoque deste trabalho lastreia-se no abandono do menor por parte dos genitores, ressaltando que são em face do pai o maior número de ações judiciais propostas. Há que se dizer, contudo, que não se relega ao plano secundário o abandono materno.



No campo do direito de família, atualmente, este é um dos temas que mais celeuma desperta, tendo como pano de fundo o estudo do dano moral nas relações familiares. São incansáveis as discussões, sem que haja entendimento pacífico.

Não se pretende criar uma obrigação afetiva. Pelo contrário, o essencial é forçar que se pense nas consequências de se abandonar afetivamente um menor em formação.

Para a compreensão do presente trabalho, busca-se trabalhar os princípios constitucionais que estão diretamente ligados à controvérsia que se coloca em análise, tanto nos tribunais, como na jurisprudência. Serão abordados os reflexos que cada princípio enseja na questão. Frise-se que houve uma mudança de paradigma que envolve o ramo do direito de família. O paradigma passou a ser o melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da paternidade responsável e da afetividade, tudo sob o manto da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, o essencial será o direito e os deveres de seus membros e a necessidade de se controlar o cumprimento das obrigações dentro da ótica do afeto como elo essencial à sobrevivência saudável da humanidade. Inúmeros são os casos em que o abandono de um filho ultrapassa a simples ausência da figura paterna.

No terceiro capítulo será abordado um breve introito para que se possa compreender a aplicação da responsabilidade civil por abandono sócio - afetivo. A palavra responsabilidade provém do verbo responder que, em última análise, é a obrigação imposta por lei, que as pessoas têm em assumir as consequências dos seus atos. É o dever impostos às pessoas de arcar com aquilo que fazem no limite de seus direitos e deveres.

O quarto capítulo vai tratar diretamente da possibilidade de aplicação do dano moral nas relações familiares. Certo é que ninguém pode obrigar a amar, mas as consequências da ausência de afeto ferem a dignidade dos filhos. Não há opção para os genitores de não criar seus filhos. Trata-se de verdadeira obrigação jurídica.

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

1. NOVOS PARÂMETROS PRINCIPIOLÓGICOS APLICADOS AO DIREITO DE FAMÍLIA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA

O princípio da dignidade humana tratada pela Constituição de 1988 é, sem dúvida, um alicerce sobre o qual repousam os fundamentos da própria República Federativa do Brasil.

Ao estudar o princípio supracitado, conclui-se que a pessoa é o cerne do ordenamento jurídico. Torna-se imperioso, por isso, fazer uma nova leitura do direito.

O princípio da dignidade humana revolucionou o direito. Trouxe inúmeros outros princípios que refletem indiscutíveis alterações na sua aplicabilidade.

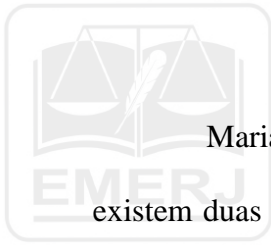
Nesse contexto, importante trazer ao presente trabalho o conceito da dignidade da pessoa humana. Não se cuida, aqui, de conceito de fácil construção, “pois só há consenso acerca da dificuldade em defini-lo,”¹

Coube a Immanuel Kant, trazer a melhor construção do conceito lógico-filosófico da dignidade humana. A filosofia Kantiana concebia o homem como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio. Diferenciava-se dos outros seres desprovidos de razão. Em função dessa condição de ser racional comum a todos os seres humanos. “é que o homem poderia ser chamado de pessoa – logo, pessoa humana.”²

Ocorre que, em decorrência do fato de não se ter um conceito pré-estabelecido, faz-se necessária uma construção na história filosófica.

¹ Assim, neste sentido Rose Melo Vencelau Meireles “a indeterminação do seu significado não impede sua utilização.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 99).

² BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal*. Disponível em <http://jus.uol.com.br>, acesso em 25 julho 2015.



Maria Celina Bodin de Moraes afirma que, de acordo com Kant, no mundo social, existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. As coisas têm preço e as pessoas dignidade.³

Constata-se, por conseguinte, que nem sempre o homem foi considerado como o ser mais importante do ordenamento jurídico. Em outras épocas, foi tratado – inclusive – como mercadoria, sendo vítima de inúmeras atrocidades.

Hoje, no direito, não mais se admite tal inversão de valores, pois o homem é efetivamente o paradigma do ordenamento jurídico. É a era da despatrimonialização do direito, onde as figuras tradicionais do pai, comerciante, e testador devem receber nova leitura. Voltam-se, portanto, todos os olhares. Estudar a dignidade em si é desvendar as necessidades do homem em sociedade. Com esta nova visão do direito civil, o homem recebe proteção do sistema jurídico com o escopo de se tutelar uma existência não só física, mas alicerçada na dignidade com base-maior da vida humana.

Cabe ressaltar, que a verdadeira tutela da dignidade perpassa pelos deveres gerais de abstenção com relação ao próximo, ou seja, o dever de respeito, da não violação do espaço do outro, da proteção e o dever de colaboração e solidariedade com as demais pessoas.

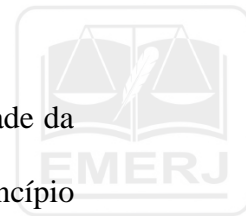
Estudando o referido princípio, Paulo Lobo define a dignidade humana como o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.⁴

Pode-se afirmar, sem dúvida, que é no seio da família que se encontra o alicerce do ser humano. É indispensável à reflexão de que o elemento que a estrutura é o sentimento, a emoção, o afeto, sempre sob a ótica da afetividade da pessoa humana.

Note-se que o sustento material, atualmente, não é suficiente para atingir o pleno desenvolvimento do ser humano.

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 25 junho 2015.

⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61



Sob um olhar mais atento, percebe-se que a Constituição, ao colocar a dignidade da pessoa humana no patamar de fundamentos da República, trouxe – como um princípio implícito – o princípio da afetividade. O referido princípio está presente no ordenamento jurídico pela necessidade de se garantir a aplicação plena da dignidade humana. Em numerosos artigos, a Carta Magna estabelece diretrizes para se preservar e incentivar o afeto.

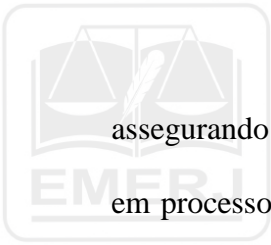
A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, em seu art. 227, introduziu o que se convencionou doutrinariamente chamar de “a doutrina jurídica da proteção integral”⁵ da criança e do adolescente, assegurando, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Por conseguinte, colocou-os a salvo de toda forma de negligência e omissão.

Com isso, a Carta Constitucional tem a criança e o adolescente como sujeitos de direito, contemplando-os com enormes garantias e prerrogativas, fruto da nova leitura e da conquista consubstanciada no “Direito Civil Constitucional”.⁶ Corroborando este fato, previu também quem são os seus responsáveis: a família, a sociedade e o próprio Estado.

Normatizando e disciplinando o dispositivo supramencionado, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA - prescreve o desenvolvimento sadio e harmonioso do menor,

⁵ Maria Celina Bodin de Moraes ao usar a expressão “a doutrina jurídica da proteção integral” expressa que o referido princípio “ramifica-se hoje em inúmeros dispositivos legais, constantes das mais diversas leis e regulamentos, todos atribuídos às crianças e aos adolescentes, preeminência não apenas na família, mas no âmbito da sociedade e do Estado. Assim, por exemplo, o legislador dispôs no art. 1.584 do Código Civil de 2002 que a guarda dos filhos em caso de divórcio “será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”, independentemente de qualquer consideração à imputação de culpa na separação (que, infelizmente, o Código manteve)”, *apud* Gustavo TEPEDINO (*O papel da culpa na separação e no divórcio*, op. cit., p. 417-442), *idem* p. 448.

⁶ Maria Celina Bodin de Moraes esclarece o que é “direito civil constitucional”, “em estreita síntese, enquanto o Código Civil dá prevalência e precedência às relações patrimoniais, no novo sistema do Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência é de ser atribuída às relações existenciais, ou não-patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, assegurar tutela e proteção prioritárias. Em consequência, no novo sistema, passam a ser tuteladas, como prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos deficientes, dos consumidores, dos não-proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos etc. Este é o significado atual do direito civil-constitucional. Constitucional porque o seu centro de referência foi determinado e completamente modificado pela Constituição, e enquanto este Código vigorar — ou o que vem aí, cópia mal feita deste — precisaremos usar o qualificativo “constitucional” apenas para lembrar que é a pessoa humana, antes de tudo, que o direito civil tutela e é a ela que ele oferece as garantias prioritárias.” (MORAES, op. cit., p.31).



assegurando — na condição de pessoa humana que é — sua dignidade, sobretudo por estar em processo de desenvolvimento, primordial à formação do “ser”, como detentor de direitos em busca de sua plenitude, e porque não, de sua própria identidade social.

Não se pode mais ignorar a nova ordem social. Não restam dúvidas de que a “proteção integral” do menor é um direito irrevogável. Portanto, o direito da criança e do adolescente gera para os seus responsáveis um dever do qual não podem desobrigar-se.

Idêntico entendimento tem a Desembargadora Maria Berenice Dias quando afirma que “mas direito de uns significam obrigações de outros, e por isso, a Constituição enumera quem são os responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado⁷.”

Outro princípio, não menos importante, diz respeito ao direito à convivência familiar positivado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como elucidou Paulo Lôbo⁸

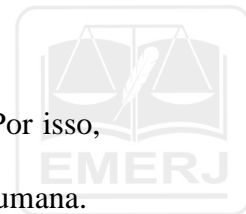
[...] O direito à convivência familiar, tutela pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente é dirigido à família e a cada membro dela. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova.

Importante, para a diretriz desse trabalho, esclarecer que o direito à convivência familiar não se esgota na família biológica, mas naquelas em que o afeto é o centro de referência, incluindo aí os casos de adoção e outros novos ou similares, já existentes na estrutura social.

Logo é, na convivência em um ambiente familiar, que o homem encontra um porto seguro para aprimorar seus sentimentos, encontrar a autoconfiança necessária para lidar com os desafios diários, suprir as necessidades básicas de sua sobrevivência, não só materiais,

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil Famílias*. 4. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2011, p.74.



como também psicofísicas. É, neste ambiente, que se pretende a troca das emoções. Por isso, garantir à pessoa um direito ao convívio é uma das formas de se alcançar a dignidade humana.

Mais do que isso: é na convivência familiar que se formará a ética do indivíduo, seus valores, sendo importante destacar que não se está falando de um espaço físico, mas sim dos laços formados dentro de um ambiente que sejam comuns aos familiares. Fala-se de um lar e não de uma casa. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.⁹

Percebe-se que o direito à convivência familiar não se resume às famílias tradicionais, como pai, mãe e filhos. Com o alargamento do conceito de família, este direito deve estar presente nas relações que, no caso concreto, possam ser consideradas como família. Pode-se exemplificar: “a convivência com os avós, tios, todos integrando um ambiente familiar solidário.”¹⁰

Essa é uma construção ideológica tão importante que, através da lei 11.698/08, criou-se a chamada guarda compartilhada, que, na verdade, é a pluralização de responsabilidades¹¹, na qual os filhos têm o direito de conviver com ambos os genitores, mantendo, assim, os laços que lhes deram origem, dando freio à irresponsabilidade e concorrendo para o fortalecimento da dignidade do menor.

Assim, percebe-se que é na dignidade que encontraremos um campo amplo para aplicar a responsabilidade nas relações familiares.

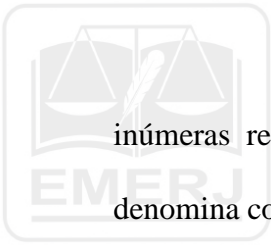
2. A LIBERDADE DE DAR AFETO E A AFETIVIDADE COMO UM DEVER JURÍDICO

Não se nega que ter um filho seja um exercício de liberdade privada e da autonomia de cada um. Esse princípio está insculpido no art. 226 da Constituição Federal de 1988. Todos são livres para amar. Não se deve, porém, esquecer que a relação paterno-filiar é revestida de

⁹ LÔBO, op. cit., p. 74.

¹⁰ Ibidem, p. 75

¹¹ Ibidem, p. 395



inúmeras responsabilidades. A paternidade provoca o surgimento de deveres,¹² o que se denomina como paternidade responsável.

Consoante afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “a liberdade de procriação traz consigo a responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, ao exercê-la, geram uma nova vida, cuja pessoa — a criança — deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.”¹³

Ocorre que parte da doutrina vem defendendo, com base no princípio da liberdade, que a assistência material já seria suficiente para alcançar os deveres decorrentes da paternidade/maternidade.

Defendem que não há o porquê de criar-se uma obrigação pautada no ato de dar amor, pois constituiria uma verdadeira violação dos mais íntimos sentimentos humanos. Em última análise, ofenderia a liberdade individual de sentir o amor.

Este entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Por óbvio, ninguém está obrigado a conceder amor ou afeto, mesmo que seja filho. Da mesma forma, ninguém está obrigado a odiar seu semelhante.

Não há norma jurídica cogente que ampare entendimento diverso, situando-se a questão no campo exclusivamente moral, sendo certo, outrossim, que sobre o tema, o direito positivo impõe ao pai o dever de assistência material, na forma de pensionamento e outras necessidades palpáveis, observada a lei.

Não há amparo legal, por mais criativo que possa ser o julgador, que assegure ao filho indenização por falta de afeto e carinho.¹⁴

¹² BRASIL. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos* – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade* - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 454.

¹⁴ BRASIL. Quarta Câmara Cível do TJRJ. Apelação Cível, nº. 2004.001.13664. Relator: Desembargador Mário dos Santos Paulo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031387F728A873405D9C6F32CE322BCEB39138C31D611E&USER=>>>. Acesso em 08 nov. 2015.

Esta é também a posição defendida por Cristiano Chaves de Faria e Nelson

Rozenvald:

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser.

[...]

Por isso, entendemos não ser admissível o uso irrestrito e indiscriminado das regras atinentes à responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família por importar no deletério efeito da patrimonialização de valores existenciais, desagregando o núcleo familiar de sua essência. Nessa ordem de ideia, não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria em indenização por dano moral. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da obrigação alimentar, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral.¹⁵

Ressalte-se que o tema ora abordado não é pacífico entre os operadores do direito e juristas, principalmente por não haver norma regulamentando-o.

Surgem vozes discordantes do posicionamento até então adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos citados Autores. Há quem defenda que a afetividade é, inclusive, um direito subjetivo do menor¹⁶, sendo admitido o cabimento do dano moral quando violado.

O cerne da questão está no fato de que, pela sistemática do próprio direito subjetivo, parte da doutrina — embora admita o cabimento do dano moral por abandono afetivo —, não aceita que o afeto seja um direito subjetivo do filho, pois não haveria como compatibilizar o caráter patrimonialista com este ramo do direito que cuida de situações existenciais.

Partilha deste entendimento Juliana de Sousa Gomes Lage, que assim acentua:

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.186-187.

¹⁶ CARVALHO, Luis Paulo Vieira de. *Direito civil: questões fundamentais e controvérsia na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 209.



[...] afirma-se que, no caso do dano moral por abandono afetivo, não há que se falar em direito subjetivo ao afeto, porque isso significaria afirmar a existência de um dever jurídico de prestar afeto. Dito diversamente, quando se trabalha com direito subjetivo, ele tem um caráter patrimonialista que é distinto do caso em questão. Não se está tratando de direito subjetivo à afetividade ou ao amor, mas sim de paternidade responsável.¹⁷

Assim, fica claro que — mesmo parte da doutrina não admitindo a afetividade como direito subjetivo do filho — já esta inserida como um direito fundamental previsto no ordenamento jurídico. Pode-se exemplificar: na existência da paternidade responsável, nos deveres de guarda, convivência ou educação, ou seja, no correto desempenho das funções paternas/maternas.

Nesse sentido, Giselda Hironaka afirma que:

[...] não se pode exigir de ninguém demonstrações de amor e carinho, porquanto não seja disto que se trate, mas sim, de uma situação em que o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções, para o pleno desenvolvimento da pessoa humana e de seus filhos. Para que não reste configurado o abandono afetivo, tornar-se-ia necessário o cumprimento de tais funções paternas pelo menos no que diz respeito ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, perpassando por atitudes permeadas de afeto, atenção, cuidado, e desvelo.¹⁸

Este também é o entendimento proferido na decisão do Juiz Mario Romano Maggioni da Comarca de Capão, no Estado do Rio Grande do Sul, conforme trechos da sentença transcritos a seguir:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança.

Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai - e é o caso do réu - deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos.¹⁹

¹⁷ GOMES, Juliana de Sousa. *A reparação do dano moral nas relações familiares*. 2006. Dissertação mestrado em Direito Civil. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2006.

¹⁸ BRASIL. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever da indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.jusnews.com.br>>. Acesso em: 10/07/2015.

¹⁹ BRASIL. Segunda Vara de Capão da Canoa do Tribunal do Rio Grande do Sul. Processo nº 1.030.012.032-0. Juiz Mário Romano Maggioni. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/afeto-na-relacao-familiar-indenizacao-por-abandono-afetivo/>>. Acesso em 08 nov. 2015.

Neste sentido, os deveres de sustento, guarda e educação vão além do aspecto material. Isto só não basta. O afeto é essencial para o fiel cumprimento desses deveres, não se admitindo mais a relação de poder antes existente.

Assim é o entendimento defendido por Maria Berenice Dias:

A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais, o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida.²⁰

Hodiernamente, a entidade familiar é recebida pela sociedade como um núcleo de afetividade, no qual o amor, o carinho, a formação saudável são frutos dos deveres que envolvem a paternidade responsável.

Este ponto primacial leva ao enlace afetivo e à responsabilidade dos genitores que são oriundos de uma nova ótica de valores. É indispensável a reflexão de que o elemento que estrutura a família é o sentimento e a emoção. Esse é o núcleo que diferencia tudo. Só ele dá suporte à mudança de concepção de sujeito de direito simplesmente, para a de sujeito de desejos.²¹

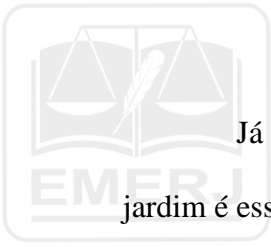
Verifica-se, ante essa nova visão da família, que tem como um dos seus pilares, o princípio da afetividade, e não há que se falar em patrimonialização do amor, ou na criação da obrigação jurídica de amar um filho, mas sim, no respeito aos deveres oriundos da “autoridade parental funcionalizada”²². “Chega-se a novos conteúdos dos deveres decorrentes da parentalidade, como o de educar, o de assistir, a fim de determinar quais são as condutas exigíveis ao pai em relação ao filho”.²³

²⁰ Ibidem., p. 52.

²¹ DIAS, op. cit., p.59.

²² GOMES, op. cit., p. 135.

²³ Ibidem.



Já dizia Mário Quintana “O que mata um jardim não é o abandono. O que mata um jardim é esse olhar de quem por ele passa indiferente.”

O juiz Mário Romano Maggioni, em decisão, assim se manifestou:

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribuiu aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho.

Assim, o sustento material — como também na supracitada e esclarecedora decisão — é apenas uma das facetas que envolvem as obrigações paterno/materna. A legislação já cuidou de tratar os meios de sua reprovação, enquanto no abandono afetivo, ainda cresce a doutrina que se dedica ao tema. Sua existência causa traumas por vezes permanentes na formação dos filhos. Isto é o que se extrai das palavras da jurista Walkyria Carvalho:

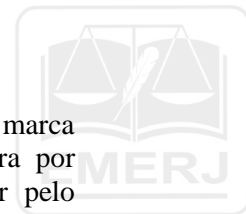
O abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material. Ou mais. A carência material pode ser superada com a dedicação do(a) genitor(a) ao trabalho; a de afeto não, porquanto corrói princípios morais se estes não estão consolidados na personalidade da criança ou adolescente.²⁴

Entre os exemplos de abandono afetivo, cite-se o afastamento de um dos genitores por constituir outra família, por afastamento proposital, por separação dos genitores e por alienação parental provocada por um deles.

Ressalte-se que a alienação parental se configura quando um dos cônjuges, de forma covarde, começa a denegrir o outro pelos mais variados motivos, seja por que um dos cônjuges se ressentido de uma traição, seja por uma separação conturbada ou, simplesmente, por ciúmes do filho ou qualquer outro motivo.

Walkyria Carvalho, quando trata do abandono, reconhece-o como uma verdadeira traição do dever de prestar apoio moral. Afirma também que:

²⁴ COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. *Abandono afetivo parental*: a traição do dever de prestar apoio moral. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>, acesso em 20 jun.de 2015.



O trauma decorrente do abandono afetivo parental imprime uma marca indelével no comportamento da criança ou adolescente. É a espera por alguém que nunca vem ou telefona para ao menos cumprimentar pelo aniversário; a comemoração do Dia das Mães ou dos Pais sem a presença destes; a ausência por anos a fio, enfim, a mais absoluta indiferença.²⁵

Deve-se atentar que tal fenômeno — abandono afetivo — é, sem dúvida, uma violação à dignidade humana. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.²⁶

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que não se defende a criação da obrigatoriedade do amor, do afeto, mas sim o efetivo cumprimento do dever de convivência, que é um dos aspectos do poder familiar, que em última análise é irrenunciável.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO E ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS

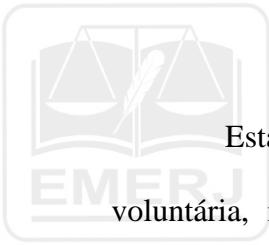
O instituto da responsabilidade civil, em direito de família, sempre foi objeto de divergentes decisões. É um campo muito vasto e complexo com muitas nuances e que requerer um estudo delicado.

Este trabalho não tem por escopo o aprofundamento nas questões relativas a todas as vertentes do estudo da responsabilidade civil. O objetivo é abordá-la, de forma sucinta, no âmbito do abandono afetivo.

Sabe-se que a palavra responsabilidade provém do verbo responder que, em última análise, é a obrigação imposta por lei, na qual as pessoas têm que assumir as consequências dos seus próprios atos. É o dever imposto às pessoas de arcarem com as consequências dos seus atos, agindo no limite de seus direitos e deveres.

²⁵ BRASIL. COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. *Abandono afetivo parental: A traição do dever de prestar apoio moral*. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>, acesso em 20 jun.de 2015.

²⁶ DIAS, op. cit., p. 407.



Estabelece, ainda, o art. 186 do Código Civil que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido.²⁷ Em relação do dano material, também chamado de patrimonial, há uma perda patrimonial. É o dano que afeta o patrimônio do ofendido, seja através do efetivo prejuízo — dano emergente; seja através do que a vítima deixou de lucrar — lucros cessantes.

Já o dano moral se configura, segundo Sérgio Cavalieri Filho, como “a lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.”²⁸

Já para Carlos Alberto Gonçalves, dano moral “não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.”

Percebe-se, nesses dois conceitos, que definir dano moral não é um trabalho fácil, pois existem várias correntes tentando a árdua tarefa de fazê-lo.

A corrente, adotada neste trabalho, é a mesma abraçada por Wesley Louzada Bernardo, tendo como premissa a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, conforme abaixo transcrito:

Com o escopo de dar concretude jurídica ao princípio da dignidade da pessoa humana, noção filosófica fundada sobretudo nos ensinamentos Kantianos, a autora (Maria Celina Bodin) elenca quatro de seus corolários que, uma vez maculados, caracterizariam o dano moral: liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade. Nestes termos, constituiria dano moral toda lesão à cláusula geral de tutela da pessoa humana, independente de tipificação legal. Sempre que houver uma lesão a um dos quatro corolários do princípio, surgirá o dever de indenizar.²⁹

²⁷ Ibidem.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64.

²⁹ BERNARDO, Wesley Louzada. *Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 481.



Assim, pergunta-se: como aplicar as regras de responsabilidade civil nas relações familiares?

Sem dúvida, esta é uma questão que tem levantado muita polêmica, uma vez que a resposta reveste-se de variados “fatores de ordem jurídica, e até moral, além de considerar a evolução histórica de diversos institutos.”³⁰

A dignidade, porém, não está sujeita a ponderações. Ela é um fim e não um meio para o ordenamento constitucional. O único aspecto a ser ponderado são os substratos que compõem a proteção à família.

Salienta, por oportuno, Maria Celina Bodin de Moraes que:

Como manter a proteção sem cair no exagero? O maior problema da responsabilidade civil hoje não é de escassez, mas de excesso, como já alertou a melhor doutrina. Se tudo é dano moral, se todo o sofrimento humano deve ser indenizado, a tendência é que os danos venham a custar cada vez menos. Se todos são vítimas, ninguém é vítima; se todos são responsáveis, então ninguém será responsável: a ausência de limites, dogmaticamente estabelecidos, provavelmente acarretará a médio prazo, a desresponsabilização, e, portanto, a desproteção e o desamparo da dignidade humana.³¹

Eis por que o cuidado em estabelecer, para o norteamento deste trabalho, as vertentes da responsabilização pelo abandono moral afetivo.

4. DO CABIMENTO DO DANO MORAL PELO ABANDONO SÓCIO-AFETIVO

Grande parte da doutrina e da jurisprudência ainda não admite a responsabilidade civil decorrente do abandono sócio afetivo por “temor da mercantilização das relações paterno-filiais”.³²

Essa é a posição defendida por Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rozenvald:

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria

³⁰ BRASIL. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Responsabilidade civil no direito de família*. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 19 jun. de 2015.

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectiva a partir do direito civil-constitucional. In: *Direito civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional* anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro./TEPEDINO, Gustavo, (Org.). São Paulo: Atlas, 2008, p.35.

³² MORAES, op. cit, p.453.

subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser.

[...]

Por isso, entendemos não ser admissível o uso irrestrito e indiscriminado das regras atinentes à responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família por importar no deletério efeito da patrimonialização de valores existenciais, desagregando o núcleo familiar de sua essência. Nessa ordem de ideia, não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria em indenização por dano moral. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da obrigação alimentar, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral. Enfim, em hipóteses de negativa de afeto, os remédios postos à disposição pelo próprio Direito de Família deverão ser ministrados para a solução do problema. Até porque a indenização pecuniária nesse caso não resolveria o problema central da controvérsia que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho – e, muito pelo contrário, por certo, agravaria a situação³³.

Predominava no Superior Tribunal de Justiça o mesmo entendimento dos autores acima: o não cabimento da aplicação do dano moral na relação paterno-filial decorrente do abandono sócio afetivo. Em síntese, a maioria dos Ministros da 4ª Turma sustentavam que o ordenamento jurídico já prevê a sanção para o caso de abandono moral, portanto, não poderiam admitir outra e ainda acrescentavam que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada, sendo certo que não caberia ao judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo.³⁴

No entanto, cabe ressaltar que embora o STJ tenha reformado a decisão do Tribunal de Minas, o julgamento não foi unânime³⁵, tendo tido como voto divergente o do Ministro Barros Monteiro, que assim decidiu:

³³ FARIAS, op. cit, p.186-187.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Quarta Turma. julgado em 29.11.2005. Resp. 757.411/MG. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Eis os principais excertos da decisão: “No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, **guarda e educação** dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. (...) Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização. Diante do exposto, conheço do recurso e lhedo provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.”

³⁵ BRASIL. Certidão disponível no endereço eletrônico <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2161209&sReg=200500854643&sData=20060327&sTipo=41&formato=PDF> acesso em 07 de dez. 2010., contendo a seguinte informação:



O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o quantum devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso. Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual. Por essas razões, rogando vênias mais uma vez, não conheço do recurso especial.

Nota-se que quando o Relator, Ministro Fernando Gonçalves, entendeu que a destituição do poder familiar seria uma sanção capaz de cumprir uma função punitiva e dissuasória, não vislumbrou que o pai que abandonara seu próprio filho, não estaria preocupado com esse tipo de sanção, já que o que se perderia era exatamente aquilo que já havia abandonado. Portanto, pergunta-se: será que o pai que abandona seu filho teria algum interesse em manter o pátrio poder? Seria a perda do pátrio poder, neste caso, uma sanção ou um prêmio?

Maria Celina Bodin responde a essa indagação, posicionando-se da seguinte forma:³⁶

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Mas a assim chamada “sanção” é, surpreendentemente, a “perda, pelo pai, do poder familiar sobre o filho. Que sanção a previsão de perda do poder familiar representa para o pai que abandonou moralmente seu filho? A consequência prevista na lei na verdade o premia, indo ao encontro do seu desejo de se livrar, agora legalmente, do filho indesejado. É evidente o contra-senso. A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Na ausência deste cuidado, com prejuízo evidente à integridade de crianças e adolescentes, pessoas a quem o legislador atribuiu prioridade absoluta, há grave dano moral que merece, sem dúvida, ser reparado.

O Recurso Especial anteriormente mencionado, que deu origem ao julgamento acima, foi interposto em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que admitia o pedido de indenização por dano moral, e teve como fundamento o fato de que “...a dor, sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro, que dele não conhecia. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 29 de novembro de 2005.

³⁶ MORAES, op cit, p. 64.



direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.”³⁷.

Porém, em julgado recente, a Ministra Nanci Andrigli³⁸, adotando entendimento contrário ao julgado acima, entendeu pela possibilidade de se admitir o cabimento do dano moral em caso de abandono afetivo.

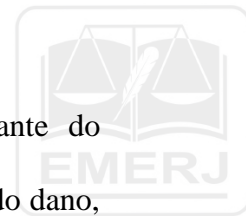
CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por **abandono** psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

Nota-se que a jurisprudência que admite o dano moral por abandono afetivo se mostra muito tímida. A primeira ação brasileira teve origem no estado do Rio Grande do Sul, na comarca de Capão da Canoa³⁹. O Magistrado, naquela oportunidade, julgou procedente o pedido da autora para condenar o réu (pai) a pagar uma indenização a título de danos morais, pois entendeu que ocorreu o sofrimento da autora em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível 408.550. Julgado em 01.04.2004. Relator: Juiz Unias Silva.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº. 1159242 SP. Terceira Turma. Ministra Nanci Andrigli. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=dano+e+moral+e+abandono+e+afetivo&&b=ACOR&p=false&l=10&i=1>> Acesso em 22.11.2015.

³⁹ BRASIL. Segunda Vara de Capão da Canoa do Tribunal do Rio Grande do Sul. Processo nº. 1.030.012.032-0. Juiz Mário Romano Maggioni. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/afeto-na-relacao-familiar-indenizacao-por-abandono-afetivo/>>. Acesso em 08 nov. 2015.



Contudo, a questão é tão controvertida que a promoção do representante do Ministério Público, que atuou no referido processo, foi no sentido do não cabimento do dano, por ser incabível ao judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor e que a questão não poderia ser resolvida com base na reparação financeira.⁴⁰

Ocorre que como não houve recurso, a sentença, que foi proferida em agosto de 2003, encontra-se transitada em julgado, sendo a primeira condenação que se tem notícia dessa natureza, ora em fase de execução.

Outra ação importante a admitir a indenização foi julgada em São Paulo, pelo Relator Caetano Lagrasta, que entendeu que “o afastamento, o desamparo, com reflexos na constituição de abalo psíquico, é que merecem ser ressarcidos, diante do surgimento de nexo de causalidade”.⁴¹

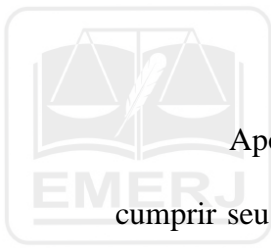
Há também outro julgado importante proveniente do Estado de Santa Catarina, que concluiu pela reparabilidade do dano moral pelo abandono afetivo, como se observa do trecho abaixo transcrito:

Ora, julgar-se inexistente ilícito quando um ou ambos os pais, comprovadamente e de forma omissiva, deixam seus filhos em abandono moral e material é não garantir a eficácia do próprio direito no ordenamento jurídico, o que levaria ao ceticismo jurídico, o que levaria ao ceticismo jurídico, incluindo-se aí a ceticemia, consistente na doença moral que corrói todo o sistema jurídico que nos envolve. Para que não haja essa ceticemia jurídica decorrente de ofensas (positivas ou negativas) à lei, ao direito e à justiça, tenho necessidade de entender que o abandono afetivo é ilícito capaz de gerar danos morais e ensejar a sua reparação.⁴²

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 757.411/MG. Julgado em 29.11.2005. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Jurisprudência disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em 01.12.2015.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Oitava Câmara de Direito Privado. Julgada 12.03.2008. Apelação 511.903-4/7-00. Relator: Desembargador. Caetano Lagrasta. Disponível em: <<http://brs.aasp.org.br/netacgi/nphbrs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=52&r=1038&s1=em&s2=tj&u=/netahtml/aa sp/aasp1.asp>>. Acesso em 08 nov. 2015.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2006.01.5053-0. Julgada em 10.12.2008. Relator: Desembargador Monteiro Rocha. Disponível em <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20060150530&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em 01.12.2015.



Após atenta leitura dos julgados, observa-se que a conduta do genitor em deixar de cumprir seu dever familiar e formar com o menor um laço de paternidade, configurava uma conduta ilícita e, por isso, passível de reparação.

A Constituição Federal quando prevê a proteção integral do menor não admite sua mitigação. Não há opção dos genitores em não criar seus filhos. Trata-se de verdadeira obrigação. É dever dos pais criar seus filhos e os prover de todo e qualquer ato afetivo, dando-lhes amor, atenção e educação.

Apesar dos conflituosos posicionamentos acima, com a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares após 1988, torna-se inegável a aplicação do dano moral por abandono - afetivo.

Nesse contexto, necessário se faz concluir que o referido princípio é um valor supremo que não admite ponderação⁴³. Tem como objetivo a tutela da pessoa humana e reconhece a importância da família para a formação da integridade da criança e do adolescente, sendo o local onde serão firmadas as raízes principiológicas e onde se verifica o princípio da afetividade.

A Desembargadora Maria Berenice Dias ensina:

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo de sua vida e debilita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida.

[...]

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado.

[...]

Quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias, para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas mediante tratamento terapêutico⁴⁴.

⁴³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2002, p. 65.

⁴⁴ DIAS, op. cit, p. 407.

Como se sabe, o Código Civil prevê que "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Considerando tal premissa, pode-se afirmar, sem medo, que o pai que violar direito ou causar dano a outrem, comete ato ilícito.

Com isso, no âmbito de tal realidade, “verifica-se que o judiciário já não pode mais pretender dar resposta única a todos os conflitos sociais”, como entende Gustavo Tepedino.⁴⁵ Pelo contrário, quando o legislador estabelece regras de condutas fixa diretrizes que devem ser seguidas de forma a se encontrar a justiça. É função do judiciário analisar o fato e transformá-lo em direito⁴⁶. A omissão legislativa não é justificativa para não se admitir a aplicação da responsabilidade civil aos pais que abandonam afetivamente seus filhos.

É preciso aceitar o dinamismo do direito e acompanhar a evolução do pensamento e as necessidades sociais.

CONCLUSÃO

O prisma deste trabalho demonstra que a família vem se deteriorando rapidamente por diversos fatores, como, por exemplo, falta de diálogo, de amor, atenção, dentre outras situações nocivas à formação da criança.

É indispensável a reflexão de que o elemento que estrutura a família é o sentimento e a emoção. Esse é o núcleo que diferencia tudo. Dá suporte à mudança de concepção, onde o princípio da dignidade da pessoa humana faz surgir novos paradigmas.

O aumento de casos levados ao Poder Judiciário, questionando o abandono - afetivo por parte dos pais — na sua maioria pelo pai — proporciona um rico campo para os debates.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: acesso às Justiças e o papel do Judiciário, in *Temas de direito civil*, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 362.

⁴⁶ DIAS, op. cit, p. 78.



Assim, a proteção ao núcleo familiar deverá ser o foco centralizador de afeto, fortalecendo o vínculo de solidariedade e da proteção integral do menor.

Todavia, não se pode esquecer que não há, ainda, uma normatização sobre o assunto, o que facilita o surgimento de inúmeros questionamentos, da mais alta indagação. A doutrina e a jurisprudência mais conservadoras ainda não admitem tal responsabilidade por entenderem que haveria uma descontrolada patrimonialização das relações familiares e que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com o pagamento de uma indenização.

Já há doutrina e, em sua minoria, jurisprudência, que, de forma inovadora e corajosa, vem admitindo o cabimento da indenização por ausência de afeto nas relações afetivas, pois entendem que não há mais espaço para a omissão do Estado, quando o assunto é a proteção do menor. O ordenamento jurídico deve punir qualquer atuação arbitrária, mesmo que ela parta de dentro do seio familiar, mostrando para a sociedade que tal conduta não deverá subsistir.

Não se defende neste artigo a irresponsável responsabilização do dano afetivo, mas sim partindo-se de um estudo psicológico prévio, onde deverá ficar comprovado, de forma indiscutível, o verdadeiro dano causado pelos genitores que deixou de cumprir com os seus deveres no âmbito familiar. O que se quer evitar é o abuso por ambas as partes: tanto pelo lado do pai, em abandonar um filho, quanto pelo lado do filho, em usar a justiça como meio de vingança por ter sido abandonado por aquele que deveria esbanjar amor.

Irrefutável, portanto, que a “proteção integral” do menor é um direito irrevogável. Assim, o direito da criança e do adolescente gera para os seus responsáveis um dever do qual não podem desobrigar-se.

Nasce uma nova fase que envolve o direito de família e, com ela, a seguinte indagação: será possível a sociedade ignorar o abandono de menores por parte de seus genitores, com a justificativa de que haverá uma mercantilização do amor? Se o amor vale tanto para o homem, será justo deixar o menor sem uma real proteção? São perguntas que

ainda não tem resposta, mas, com certeza, o amadurecimento do debate as responderá, com uma aplicação de uma nova pioneira visão do direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Responsabilidade civil no direito de família*. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 19 jun. de 2015.

BERNARDO, Wesley Louzada. *Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?*. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). in *Diálogos sobre direito civil*, V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Quarta Câmara Cível do TJRJ. *Apelação Cível*, nº. 2004.001.13664. Relator: Desembargador Mário dos Santos Paulo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.=>>. Acesso em 08 nov. 2015.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal*. Disponível em <http://jus.uol.com.br>, acesso em 25 julho 2015.

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. *Abandono afetivo parental: a traição do dever de prestar apoio moral*. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>, acesso em 20 jun.de 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e Nelson Rosenvald. *Direito das Famílias*. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito Reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. *Tutela da Filiação*, in Tânia da Silva Pereira (coord.), *O Melhor Interesse da Criança*, cit, p. 294 aput Tepedino, Gustavo, *Temas de direito Civil*. Tombo II, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 454.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 3. 5. ed. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007



HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos* – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Danos à pessoa humana: uma nova leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A interdisciplinaridade no ensinamento jurídico: a experiência do direito civil*. In: Carmem Lucia Silveira Ramos, Gustavo Tepedino e etc (Org). *Diálogo sobre direito civil. Construindo a racionalidade contemporânea*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2002.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Aplicação da psicologia nas questões judiciais*. Disponível em <<http://www.coladaweb.com/direito/aplicacao-da-psicologia-nas-questoes-judiciais>> acesso em 05 de dez. 2015.

SILVA, Larissa Ferreira da, Andressa Lima Abugoche e outros. *Dano moral por abandono sócio afetivo*. Postado em 18. Jun. 2008 por João Rodolfo em: *Direito de Família. Jus Navigandi*. Artigo disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17473/Dano_Moral_Abandono_Daniela%20Athayde%20Maciel.pdf?sequence=1 Acesso em 03 nov.2015.

STANKOWICH, Patrícia. *Psicologia Jurídica: sua inserção na atualidade*. Disponível em <<http://www.pesquisapsicologica.pro.br/pub03/patricia.htm>>, acesso em 05 de dez. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: acesso às Justiças e o papel do Judiciário*, in *Temas de direito civil, Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DA NOVA LEI SECA

Tayssa Marins de Oliveira Sato

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Membro da Comissão Especial de Estudos do Direito Penal da Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil.

Resumo: A mudança no Código de Trânsito Brasileiro através da promulgação da Lei nº 11.705/2008 trouxe sérias discussões na doutrina e jurisprudência ainda não pacificadas no país. O presente trabalho aborda cada uma dessas problemáticas, especificamente, a aplicação do Princípio Constitucional da Inocência na tipificação dos crimes previstos na Lei nº 11.705/2008. Além disto, os problemas não se resumem aos debates jurídicos sobre a alteração legislativa, mas têm também repercussão na vida cotidiana da sociedade, uma vez que a lei foi criada principalmente com o objetivo de conscientizar a população e diminuir o índice de morte no trânsito, porém o Judiciário e a própria população ainda está despreparada para formar uma opinião sólida, gerando assim uma grande insegurança jurídica.

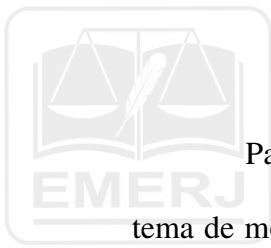
Palavras-chave: Direito Penal. Princípio da inocência. Lei Seca.

Sumário: Introdução. 1. Alterações Históricas e Aspectos Jurídicos da Lei Seca. 2. Política Pública: Operação Lei Seca. 3. Importância da observância do Princípio da Inocência na Interpretação da Lei Seca. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o aumento do índice de mortes e lesões corporais no trânsito no país e o surgimento de sugestões de medidas para reduzir os índices de violência e práticas ilícitas.

Dentre essas medidas sugeridas, encontra-se a limitação do nível de alcoolemia para condutor de veículo automotor, com o propósito de prevenir os acidentes que eram e ainda são bastante frequentes.



Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir sobre as alterações da Lei Seca e seus aspectos jurídicos, principalmente levando-se em conta sua adequação aos comandos constitucionais.

Em seguida, será abordada a própria viabilidade prática da medida, inclusive sua eficácia e decorrentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da existência de crime de perigo concreto ou abstrato no rol de crimes previstos na Lei n. 12.760/2012.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que o Judiciário e a doutrina brasileira ainda não chegaram a um entendimento único e sólido sobre a interpretação da nova lei. Uns dizem que a conduta de dirigir embriagado configura crime de perigo abstrato e outros defendem a necessidade de um perigo concreto como justa causa para uma ação penal.

1. ALTERAÇÕES HISTÓRICAS E ASPECTOS JURÍDICOS DA LEI SECA

A história da Lei Seca começou em 1920¹, quando entrou em vigor pela 18ª emenda de sua Constituição com o objetivo de resolver os problemas relacionados à pobreza e violência. A Constituição americana estabeleceu a proibição, a fabricação, o comércio, o transporte, a exportação e a importação de bebidas alcoólicas. Para o governo americano todos os males vividos pelo país tinham apenas o álcool como agente causador. Essa lei vigorou por 13 anos, porém foi considerada o maior fracasso legislativo de todos os tempos nos Estados Unidos.

Argumentando que a legalização das bebidas geraria mais empregos, elevaria a economia e aumentaria a arrecadação de impostos, os opositores do presidente norte-americano Franklin Roosevelt, o convenceram a pedir ao Congresso que legalizasse a cerveja. Com isso, em 1933 é revogada a emenda constitucional da lei seca.

¹ Lei Seca. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_seca>. Acesso em: 21 out. 2014.



Nos dias atuais, de acordo com a Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (Abramet), a utilização de bebidas alcoólicas é responsável por 30% dos acidentes de trânsito.

E metade das mortes, segundo o Ministério da Saúde, está relacionada ao uso do álcool por motoristas. Diante desse cenário preocupante, a Lei 11.705/2008 e posteriormente a Lei 12.760/2012, surgiram com uma enorme missão: alertar a sociedade para os perigos do álcool associado à direção.

A norma originou-se da Medida Provisória n. 415/08, e não passou por debates e discussões junto ao povo; foi fruto da vontade do governante do momento, que busca soluções extravagantes, ao invés de implementar políticas sadias e ações educativas preventivas; a difícil fiscalização, principalmente na área administrativa, além dos questionamentos de inconstitucionalidade da lei antecipa dificuldades para sua execução e para surtir os bons resultados que se espera. Queixa-se que a punição, quando prevê a alcoolemia zero e quando determina aos que vendem o produto a obrigação de colocar aviso no estabelecimento, esclarecendo ser crime dirigir sob a influência de álcool, mostra rigidez incompatível com a cultura local.

A lei pode causar verdadeira decepção ao povo, pois é certo que a fiscalização que se promove nos primeiros dias de sua vigência sofrerá descontinuidade, a exemplo do que já ocorreu com a Lei dos Crimes Hediondos, Lei n. 8.072/90, do Estatuto do Desarmamento, Lei n. 10.826/03, e de tantas outras, que provocaram impacto apenas no início e o tempo encarregou-se de mostrar o desleixo e a falta de interesse do governo na observação da prática dos dispositivos legais. Para aumentar as dúvidas, o Código de Trânsito, na redação original, já era tão ou mais rígido que a lei seca e nem por isto trouxe o *marketing* da fiscalização atual.

Em alguns estados norte-americanos, se o condutor recusa o “teste do bafômetro”, há presunção de embriaguez e apreensão imediata do veículo e da carteira de habilitação. O



motorista também é preso em flagrante e tem penas equivalentes a um condutor reprovado pelo teste.

No Brasil, os limites foram definidos tendo como base a concentração de álcool no sangue e os efeitos correspondentes a cada aumento de concentração.

Em função do elevado índice de acidentes de trânsito provocados pelo consumo de álcool, o Governo Federal passou a tratar o tema como questão de segurança e saúde pública. Primeiro, foi proibida a venda de bebidas alcoólicas em rodovias federais, medida que ensejou a retomada das discussões no Parlamento e produziu a Lei nº 11.705/2008².

No entendimento dos legisladores, o ato de dirigir é incompatível com o hábito de beber. Estudos científicos comprovam que a ingestão de álcool provoca perda de reflexos, confusão mental e euforia, entre outros. Isoladamente ou em conjunto, tais fatores podem levar a um desastre.

A Operação Lei Seca, como política pública, teve como objetivos a fiscalização e a conscientização no trânsito, com base na Lei nº 11.705/2008 e atualmente na Lei 12.760/2012. A fiscalização começou a ser realizada pela Polícia Militar, onde policiais foram escolhidos segundo sua vida pregressa, social [...], a fim de evitar a corrupção e tornar possível a Operação. A conscientização foi realizada num primeiro momento com ajuda de cadeirantes, vítimas de acidente no trânsito, para causar um impacto na sociedade e mostrar que não era uma simples lei nova.

O foco foi implantar uma política pública de governo permanente que resulte na diminuição de acidentes de trânsito no Estado do Rio de Janeiro pelo consumo de bebidas alcoólicas. As áreas de atuação foram definidas de acordo com o maior número de acidentes: Av. Brasil; Av. das Américas; Estrada do Bandeirantes; Av. Automóvel Clube (Martin Luther King); Av. Suburbana (Dom Helder Câmara); Av. Airton Senna; Av. Santa Cruz; Av. Epitácio

² BRASIL. Lei n. 11.705/2008, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11705.htm>. Acesso em 28 abr. 2015.



Pessoa; Estrada do Galeão; Linhas Vermelha e Amarela; [...]. E outros locais de maior concentração: bares, boates, casas de show, estádios de futebol, restaurantes, [...].

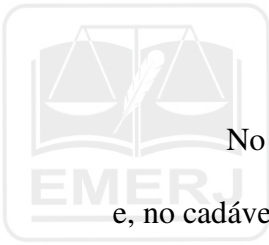
A coordenação da operação foi composta pelo Coordenador Geral Dr. Carlos Alberto Lopes, 7 equipes de atuação com 180 pessoas, 4 policiais militares e 1 policial civil, 1 integrante da Polícia Rodoviária Federal e 5 cadeirantes de violência no trânsito. Teve como Órgão Coordenador a Secretaria de Estado de Governo, do qual o Dr. Carlos Alberto era Subsecretário à época. Órgãos e entidades também participaram: Detran/RJ, Polícia Militar e Civil, SBOT (Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia), Departamento de Polícia Rodoviária Federal, Secretaria Municipal de Transporte (CETRIO), Sindicato e Associação dos Taxistas, ANDEF (Associação Niteroiense dos Deficientes Físicos).

O sucesso da Operação se deu através de um objetivo, equipes qualificadas, foco, coordenadores experientes, policiais militares escolhidos conforme a sua vida social e pregressa, metas e resultados, contribuindo para a efetiva aplicação da Lei 11.705/2008.

Contudo, as inovações penais das Leis 11.705/2008 e 12.760/2012, apesar dos grandes resultados alcançados através da Operação Lei Seca, causou um grande rebuliço no Judiciário e entre os profissionais de Direito.

A questão principal decorre da forma de análise da embriaguez. Consoante ensinamento de Delton Croce³, “a embriaguez não se presume (*ebrietas non presumitur, ônus probandi incumbit alleganti*); diagnostica-se.”. Em seu livro, o autor explica o procedimento do diagnóstico da embriaguez em pessoas vivas e mortas com detalhes médicos. Irei apenas apresentar uma breve síntese do estudo feito por Croce para que entendamos o “coração” do presente trabalho: o diagnóstico da embriaguez para configuração do crime previsto na Lei nº 11.705/2008 com a análise do Princípio da Ofensividade (até que ponto o efeito do álcool causaria perigo à sociedade).

³ CROCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 98.



No vivo, o diagnóstico é feito por exame somatopsíquico⁴ e por exames laboratoriais e, no cadáver, pelo exame das vísceras e do sangue venoso.

Os efeitos do álcool dependem de fatores como: a quantidade de álcool ingerido em determinado período, uso anterior de álcool e a concentração de álcool no sangue. O uso do álcool causa desde uma sensação de calor até o coma e a morte dependendo da concentração que o álcool atinge no sangue.

2. POLÍTICA PÚBLICA: OPERAÇÃO LEI SECA

A Operação Lei Seca, como política pública, teve como objetivos a fiscalização e a conscientização no trânsito, com base na Lei nº 11.705/2008⁵. A fiscalização começou a ser realizada pela Polícia Militar, onde policiais foram escolhidos a dedo (segundo sua vida pregressa, social, [...]) a fim de evitar a corrupção e tornar possível a Operação num todo. A conscientização foi realizada num primeiro momento com ajuda de cadeirantes, vítimas de acidente no trânsito, para causar um impacto na sociedade e mostrar que não era uma simples lei nova.

O foco foi implantar uma política pública de governo permanente que resulte na diminuição de acidentes de trânsito no Estado do Rio de Janeiro pelo consumo de bebidas alcoólicas. As áreas de atuação foram definidas de acordo com o maior número de acidentes: Av. Brasil; Av. das Américas; Estrada do Bandeirantes; Av. Automóvel Clube (Martin Luther King); Av. Suburbana (Dom Helder Câmara); Av. Airton Senna; Av. Santa Cruz; Av. Epitácio

⁴ O exame somatopsíquico consiste na observação de miose ou de midríase, taquisfigmia ou de bradisfigmia, de hipertensão arterial, temperatura, hálito alcoólico, congestão da face e dos olhos, sialorréia, vômitos cheirando a vinagres, soluços, sonolência, coma; atitude de excitação, confusão, depressão, loquacidade, arrogância; orientação no tempo e no espaço, memória; articulação de palavras em cuja composição entram muitas labiais, como “paralelepípedos”, “fósforos”, “politécnico da escola politécnica”, “o pinto pia e a pia pinga”, etc, além de buscar diligentemente sinais ou outros sintomas de doenças ou traumatismo capazes de aparentar embriaguez.

⁵ BRASIL. Lei n. 11.705/2008, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11705.htm>. Acesso em 28 abr. 2015.



Pessoa; Estrada do Galeão; Linhas Vermelha e Amarela; [...]. E outros locais de maior concentração: bares, boates, casas de show, estádios de futebol, restaurantes, [...].⁶

A coordenação da operação foi composta pelo Coordenador Geral Dr. Carlos Alberto Lopes, 7 equipes de atuação com 180 pessoas, 4 policiais militares e 1 policial civil, 1 integrante da Polícia Rodoviária Federal e 5 cadeirantes de violência no trânsito. Teve como órgão coordenador, a Secretaria de Estado de Governo, do qual o Dr. Carlos Alberto era Subsecretário à época. Órgãos e entidades também participaram: DETRAN/RJ, Polícia Militar e Civil, SBOT (Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia), Departamento de Polícia Rodoviária Federal, Secretaria Municipal de Transporte (CETRIO), Sindicato e Associação dos Taxistas, ANDEF (Associação Niteroiense dos Deficientes Físicos).

O sucesso da Operação se deu através de um objetivo, equipes qualificadas, foco, coordenadores experientes, policiais militares escolhidos conforme a sua vida social e pregressa, metas e resultados, contribuindo para a efetiva aplicação da Lei 11.705/2008. Segundo o deputado Dr. Carlos Alberto, para toda lei deveria existir uma política pública. A lei, “letra morta”, de nada serve se não puder ser aplicada.

Com base em dados do DETRAN e do seguro DPVAT, 8 milhões de pessoas se envolvem de alguma forma em colisões e atropelamentos; 1,5 milhão de ocorrências trágicas no trânsito, 500 mil pessoas feridas, 160 mil internações (70% SUS e 30% particulares); 140 mil com lesões irreversíveis; 62 mil acidentes fatais (que comparado a 15 guerras no Iraque em 6 anos – 19/03/2003 a 19/03/2009 – 4.000 soldados foram mortos); 170 mortos por dia.

No início da Operação, eram gastos 4,6 milhões de reais/ano com a estrutura e campanha de conscientização. Antes, eram gastos 40 bilhões de reais/ano em internações hospitalares, remoções e recuperações de veículos, despesas administrativas, judiciais e previdenciárias; 9,8 bilhões de reais/ano referentes a custos médicos hospitalares são pagos pelo

⁶ A LEI SECA. Disponível em: <<http://www.operacaoleisecarj.rj.gov.br/a-lei-seca/>>. Acesso em 17 jun 2015



Ministério da Saúde. Atualmente, com o crescimento da Operação, são gastos ainda somente 10 milhões/ano.

3. IMPORTÂNCIA DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DA LEI SECA

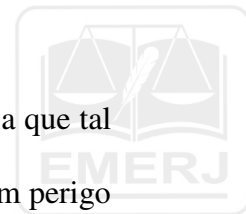
Em primeiro lugar, veja-se a definição de perigo concreto e abstrato. Segundo Luiz Regis Prado⁷, nos crimes de perigo abstrato, “o perigo constitui unicamente a ratio legis, o motivo que dá lugar à vedação legal de determinada conduta. [...] O perigo é inerente à ação ou omissão, não necessitando de comprovação.” Como nos crimes de omissão de socorro (artigo 135 do CP); fabricação, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivo ou gás tóxico, ou asfixiante (artigo 253 do CP); quadrilha ou bando (artigo 288 do CP); [...].

Nos crimes de perigo concreto, “o perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência para o bem jurídico, isto é, o perigo deve ser efetivamente comprovado.”.

Pois bem, observa-se os motivos expostos pela doutrina e jurisprudência no sentido de que não há crime pelo artigo 306 CTB sem a interpretação da lei conjunta com o princípio da ofensividade, classificando-o como crime de perigo concreto. No crime previsto no artigo 306 do CTB, há que se fazer referência ao princípio da ofensividade, em que o sujeito deverá demonstrar uma condução anormal do veículo que exponha a perigo a incolumidade de outrem. Afinal essa é a objetividade jurídica do crime em apreço.

Esse é o entendimento sob o enfoque constitucional, sob pena de antecipar-se o momento consumativo de uma ação cujo ainda não ocorreu e, talvez, nem ocorra, porque pode o condutor nunca atingir o bem jurídico em apreço, apesar de embriagado.

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 293.



O argumento que a parte da doutrina que defende a tese de crime abstrato é a que tal conduta se compara a um homem com porte ilegal de arma (ou seja, não precisa ter um perigo concreto, de realmente ser possível lesionar a vítima, mas que já haja um perigo abstrato). Contudo, entende-se, pois, que podemos utilizar o mesmo exemplo no caso de crime de embriaguez ao volante. Se restar comprovado que, de acordo com exames e com a técnica da Medicina Legal, a taxa de alcoolemia exigida como limite na lei não gerou sintomas ou demonstrou influência do álcool no indivíduo, seria o mesmo que uma pessoa com porte ilegal de uma arma sem munição.

O princípio da ofensividade que regulamenta o Direito Penal Brasileiro determina que para que se possa tipificar algum crime, em sentido material, é indispensável que haja um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Nas sábias palavras de Bitencourt⁸ “somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque ao bem jurídico tutelado”.

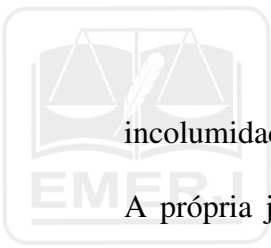
Nesse sentido, para o douto doutrinador sobrecitado e diversos outros⁹ são inconstitucionais todos os tipos penais que não exigem afetação, ou no mínimo colocação em risco efetivo, ao bem jurídico tutelado. Nesses casos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal.

Registre-se que o antigo tipo penal de embriaguez ao volante, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, exigia daquele que conduzisse seu veículo em via pública a concreta exposição a dano potencial a incolumidade de outrem.

Tratava-se, portanto, de autêntico crime de perigo concreto, de modo que a conduta somente poderia se amoldar ao tipo penal quando o agente efetivamente expusesse a dano a

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 11 ed. Saraiva, 2007, p. 22.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 226.



incolumidade de outrem, respeitando-se com isso o Princípio da Lesividade ou Ofensividade.

A própria jurisprudência dos tribunais era unânime quanto ao entendimento de que para a caracterização do crime era necessária a demonstração da exposição ao dano potencial pelo agente.

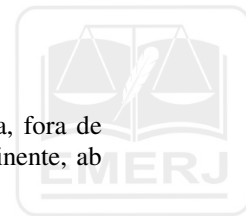
Porém, o advento da Lei 11.705/08 alterou o dispositivo incriminador em liça e tentou mascará-lo de tipo penal de perigo abstrato exigindo para a configuração da prática delituosa a mera constatação de 6 (seis) ou mais decigramas de álcool por litro de sangue do agente. Aparentemente pretendeu o Legislador incriminar uma conduta que sequer apresenta a possibilidade de causação de dano a outrem, o que é sabidamente inadmissível em matéria penal.

É inclusive esse o entendimento que vem sendo consolidado nesse Egrégio Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos arestos abaixo transcritos:

[...] há necessidade, para que haja a infração penal, que o agente esteja conduzindo o veículo “sob influência” do álcool [...]. E, desta forma [...] exige a exteriorização de um fato que vai além da ingestão da substância [...] impõe-se a comprovação de que o agente, estando sob sua influência, manifestou uma conduta anormal [...] um perigo concreto indeterminado, que é o efetivo risco para o bem jurídico coletivo segurança viária, mesmo que nenhuma pessoa concreta tenha sofrido perigo. Com base em tais ponderações, deveria a denúncia ofertada pelo Ministério Público imputar uma conduta fática demonstrativa da direção anormal realizada pelo agente, resultado direto, por força da relação causal, de estar dirigindo sob a influência do álcool. No entanto, a peça exordial apenas afirma ter o paciente ingerido álcool e mais nada, o que constitui, na forma como está a imputação, apenas uma infração administrativa. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA para EXTINGUIR O PROCESSO; [...]¹⁰

Denúncia em face de cidadão por ter, em estado etílico superior ao limite legal, conduzido veículo automotor em rodovia estadual que passa pela municipalidade campista; realizada perícia positiva. Dita infração ao artigo 306, da Lei 9503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Postulação do remédio heróico, alegando inépcia da denúncia. Opinar ministerial no desfavor do "writ". Respeitosa discordância. Denúncia que descreveu apenas o fato da condução do auto, e da ingestão de pequena dose etílica; e mais nada. Ausência de sinalização quanto ao fator do perigo; requisito essencial ao bem jurídico público ofendido. Posição desta Câmara, cediça a respeito, na consonância do percuciente voto do Des. Gilmar Augusto Teixeira, na 7ª Câmara Criminal. Não é por causa de pequena ingestão de bebida alcoólica que o motorista, por necessário, terá os reflexos reduzidos. Ingestão alcoólica moderada, máxime em festas, esportes e comemorações, integrando cultura tradicional brasileira. Redação da chamada "Lei Seca", no citado artigo 306, parte final, do CTB, deixa clara a finalidade de coibir-se condução sob influência não só do álcool, mas também de drogas, mesmo lícitas, desde que fora da prescrição médica. Interpretação que deve ser mais racional e teleológica do que literal pura. Constitucionalidade na qual, por positivo ou negativo, não se

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC n. 0010270-98.2011.19.0000. Relator: Desembargador Gilmar Augusto Teixeira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D5B3A23D4E640834349EBA7A60FC3F6295C42722561F>>. Acesso em 28 abr. 2015.



adentra, diante do princípio da reserva de plenário. Inépcia dos termos iniciais, todavia, fora de dúvida. Ordem que se concede, no declarar, e na decorrente anulação do processo pertinente, ab initio.¹¹⁻¹²

Em contrapartida, importante observar também os motivos expostos pela parte da doutrina e jurisprudência acerca da existência de crime de perigo abstrato.

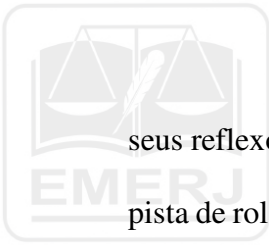
Apesar de todos os argumentos no sentido de afirmar “a figura do crime de perigo in abstrato, incompatível com ‘a nova ordem constitucional’ [...]” não é observado no ordenamento jurídico, principalmente diante da leitura de outros Códigos Penais Comentados, qualquer comentário de qualquer doutrinador ou jurista, afastando dos arts. 264, 267, 268, e 269, do CP, a classificação doutrinária de crime de perigo abstrato, por estarem incompatíveis com o ordenamento constitucional.¹³

O legislador, ao normatizar o preceito primário do art. 306 da Lei n.º 9503/97, conforme alteração introduzida pela Lei n.º 11.275, de 07 de fevereiro de 2007, o classificou doutrinariamente como crime de perigo abstrato, pois o Estado deverá “atender às regras mínimas obrigatórias de convivência social: às instituições caberá “definir a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social”. Dessa forma, para o outro lado da doutrina, impende salientar que uma pessoa sob o efeito de álcool é um perigo para si mesma e, mesmo que esteja a pé, se torna um perigo em potencial para todos, pois, ao deambular por uma calçada, pode descer para a pista de rolamento causando repentinamente um acidente, com mortos ou feridos, dependendo das circunstâncias. Ademais, torna-se potencialmente mais perigosa se estiver sob a condução de qualquer veículo, mesmo que por curto espaço de tempo ou trecho, não pratique qualquer direção anormal, pois não se encontra sob o total domínio de

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC n. 0018545-36.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Luiz Felipe Haddad. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048D97809B52F832043F1E9554B02BB33E99C42902232D>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

¹² HC n. 0013973-37.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Marcus Quaresma Ferraz; RSE n. 0109159-21.2010.8.19.0001. Relator: Desembargador Cláudio Dell’Orto; HC n. 0010312-50.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Cláudio Dell’Orto; HC n. 0007212-87.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho; HC n. 0032901-70.2010.8.19.0000. Relator: Desembargador Alexandre H. P. Varella; entre outros.

¹³ BITENCOURT, op. cit., p.22.



seus reflexos. Por exemplo, no caso da pessoa sob efeito de álcool que caminha a pé e invade a pista de rolamento, será o motorista que responderá pelo crime de trânsito, até que se prove que houve culpa exclusiva da vítima, e fica a questão nesse caso: o bêbado não causou um dano real na vida das pessoas, mesmo sem estar dirigindo?

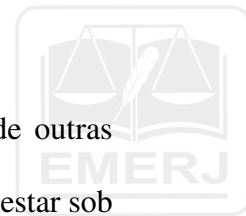
Observa-se, agora, o que a bebida alcoólica pode causar no organismo e o que sua ingestão pode fazer, ou seja, o que é estar sob seu efeito. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS),¹⁴ estudos apontam que o "consumo baixo ou moderado de álcool" resulta em uma redução no risco de doenças coronárias. Porém, a OMS adverte que "outros riscos para a saúde e o coração associados ao álcool não favorecem uma recomendação geral de seu uso".

Foi comprovado¹⁵ que o consumo moderado de álcool está associado a um maior risco de doença de Alzheimer e outras doenças senis, angina de peito, fraturas e osteoporose, diabetes, úlcera duodenal, cálculo biliar, hepatite A, linfomas, pedras nos rins, síndrome metabólica, câncer no pâncreas, doença de Parkinson, artrite reumática e gastrite. O consumo moderado também pode dificultar a memória e o aprendizado, e até piora a pontuação em testes de QI.

Os estudos científicos acima demonstram que a ingestão de 99 a 100 mg/dl de álcool causam na pessoa os seguintes sintomas: prejuízo de julgamento, atenção reduzida, diminuição de atenção e reflexos. Em se tratando de uso moderado, um homem médio poderia consumir duas latas de cerveja ao longo do dia, sem prejuízo para conduzir veículo, mas se o fizer rapidamente terá comprometido sua condições de direção de veículo, estará sob a influência de álcool, pois no teste do bafômetro atingirá o nível de etanol acima do permitido. Não existe proibição ao consumo por pessoa adulta ao álcool, o que se proíbe e que essa pessoa consuma álcool e assuma a condução de veículo, que exige perfeitas condições de reflexo e habilidade,

¹⁴ LEI SECA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_seca>. Acesso em: 28 abr. 2015.

¹⁵ BEBIDA ALCOOLICA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bebida_alco%C3%B3lica>. Acesso em 11 mai 2015.



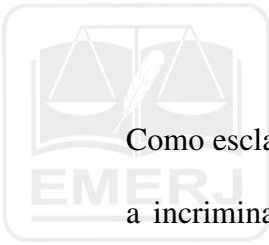
por tratar de maquinário perigoso e complexo, podendo colocar em risco a vida de outras pessoas. Ao mencionarem os doutrinadores e operadores do direito que a expressão “estar sob a influência de álcool” caracterizaria uma infração administrativa prevista no art. 165 do CTB diante do índice de etanol, podemos observar que constatado o bafômetro quantidade inferior a 0,5 g/l de etanol no sangue, cientificamente e clinicamente a pessoa, apesar de estar sob o efeito de álcool, não tem qualquer de seus sentidos alterados, assim entendo que essas normas - a infração administrativa e o delito - não podem ser confundidas.

Segundo o entendimento acima, não vislumbra-se, no preceito contido no art. 306 da Lei n.º 9503/97, conforme alteração introduzida pela Lei n.º 11.275, de 07 de fevereiro de 2007, qualquer necessidade de interpretação sistemática, pois inexistente lacuna, obscuridade ou omissão. Não se trata de norma legal aberta quanto à expressão sob influência de álcool, que necessite de regulamentação. O tipo normativo em seu preceito primário possui todos os elementos objetivos e subjetivos exigidos pelo ordenamento jurídico. Tal entendimento também defendido por arte da jurisprudência¹⁶. Conforme fala o Deputado Federal Dr. Carlos Alberto, “Tornar o preceito letra morta é fazer o chavão realidade: O Brasil é um país onde existem leis que pegam ou não pegam...”.

Ainda através dos entendimentos acima expostos, mantém-se também a idéia da exigência de demonstração de perigo concreto na modalidade abstrata na conduta do agente para a caracterização do crime, de tal forma que resta minimamente preservado o caráter subsidiário da utilização do Direito Penal, por meio de uma interpretação do texto legal compatível com o princípio constitucional da proporcionalidade.

Discute-se a (in)constitucionalidade dos fatos puníveis de perigo abstrato em virtude da sua característica básica: a presunção de periculosidade que não admite prova em contrário.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC n. 0063279-43.2009.8.19.0000. Relator: Desembargador Antonio Carlos Amado; Apelação n. 2009.050.04719. Relatora: Desembargadora Eunice Ferreira Caldas; entre outros julgados.



Como esclarecido, em face do princípio da intervenção mínima, é requisito indispensável para a incriminação de uma conduta a sua lesividade material, sendo que, em não existindo tal lesividade, fica inviável a imposição de uma pena ao agente. Schröder¹⁷ propôs admitir a prova da ausência de perigo. Jescheck, Escrivá e Barbero Santos também são favoráveis ao afastamento da tipicidade quando ficar comprovada de antemão a inexistência de perigo para o bem jurídico.

Nesse ponto, em favor de negar a sua subsistência pode-se argumentar que não faz mais sentido para punir conduta criminosa, cuja importância decorre do perigo, que se supõe quando tal perigo parece estar ausente desde o início. Se a razão para a punição de qualquer crime de perigo, seja abstrata ou concreta, é o seu perigo, sempre necessária, que não desaparecem em perigo, portanto, a proposta de Schröder, Jescheck, Escrivá e Barbero Santos carece logicamente de aplicação prática. É que, como dito, a redação de tais tipos penais não admite prova em sentido contrário, e, caso não exista o perigo, não se estará tratando de tipos de perigo abstrato, mas, sim, de perigo concreto.

Se a discussão acima, referente à diferença do crime concreto e abstrato, ainda não foi pacificada, outra discussão decorrente da alteração legislativa é o conceito do efeito do álcool no sangue. Discute-se o limite estabelecido pela lei e os diferentes efeitos do álcool no sangue de cada condutor.

Conforme já dito, consoante ensinamento de Delton Croce¹⁸, “a embriaguez não se presume, *ebrietas non presumitur, ônus probandi incumbit alleganti*, diagnostica-se.”. Em seu livro, o autor explica o procedimento do diagnóstico da embriaguez em pessoas vivas e mortas com detalhes médicos.

¹⁷ SCHRÖDER, Horst. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. Tradução Pierpaolo Cruz Bottini. *Revista Internacional de Ciências Criminais*, 1969, p. 14.

¹⁸ CROCE, op. cit., p. 98.

Os efeitos do álcool dependem de fatores como: a quantidade de álcool ingerido em determinado período, uso anterior de álcool e a concentração de álcool no sangue. O uso do álcool causa desde uma sensação de calor até o coma e a morte dependendo da concentração que o álcool atinge no sangue.

CONCLUSÃO

Por fim, é possível concluir que a alteração do Código de Trânsito Brasileiro através da Lei nº 11.705/2008 é um tema de grande repercussão, uma vez que envolvem não apenas problemas relacionados a insegurança jurídica, mas também por levantar questionamentos dos princípios constitucionais.

Neste artigo não foi abordado a fundo os efeitos do álcool no sangue, tendo em vista o grande número de informações médicas, discussão que não cabe no momento.

Ha que se pensar no tema com uma abrangência legal, sobrepondo princípios constitucionais de modo a viabilizar uma interpretação mínima do Direito Penal.

Infelizmente, a sociedade brasileira precisa desse impacto do Direito Penal para se conscientizar de suas atitudes. Contudo, não seria o caminho correto. Educa-se com prevenção e não com punição. E a prevenção, ao contrário do que muitos dizem, não é feita com a punição – logicamente seria inviável, um é para evitar e o outro é para punir. A esfera Penal é a última ação sempre, de caráter residual em relação às outras áreas.

Por outro lado, a sociedade brasileira não aprenderia de outro jeito que não fosse com uma previsão legal de um crime. Apenas a punição administrativa não fazia com que o condutor pensasse antes de dirigir embriagado. A “dor no bolso” é muito menor do que a “dor de um processo criminal”.

Ainda assim, mesmo que não haja uma interpretação definida e única da nova lei,



o Judiciário deve se preocupar mais com a uniformização de suas decisões, tendo e vista a insegurança jurídica que paira na jurisprudência. Atualmente, se um caso for distribuído para a Quarta Câmara Criminal do TJERJ, seu entendimento será a necessidade da existência de um perigo concreto para a configuração do crime previsto no artigo 306 CTB. Em contrapartida, se a decisão for da Terceira Câmara Criminal, o entendimento será que basta o perigo concreto, necessitando apenas do teste do bafômetro.

Certamente são questões de grande importância, sendo imperioso reforçar que o Direito Penal não pode ser utilizado sem a observância do Princípio Constitucional da Ofensividade e da Inocência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 11.705/2008, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111705.htm>. Acesso em 28 abr. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal. v. 1. 11 ed. Saraiva, 2007

CROCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 293.

SCHRÖDER, Horst. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. Tradução Pierpaolo Cruz Bottini. Revista Internacional de Ciências Criminais, 1969.

Wikipedia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_seca>. Acesso em: 28 abr. 2015.

_____. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bebida_alco%C3%B3lica>. Acesso em 11 mai 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

AÇÃO CONTROLADA NO ÂMBITO DA LEI N. 12.850/13

Téssio Alexandre Rodrigues

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo: As opções políticas adotadas pelos Chefes de Governo não se mostram eficazes ao combate da desigualdade social, por consequência, a sociedade se depara com o aumento dos índices de fatos criminosos. Não obstante a atuação da Polícia, é comum a absolvição dos agentes criminosos por insuficiência de provas. A finalidade precípua desse trabalho é trazer uma proposta de reflexão sobre a Lei n. 12.850/2013 no que concerne ao procedimento da ação controlada.

Palavras-chave: Ação Controlada. Aplicação Restritiva. Prisão em Flagrante. Desnecessidade Prévia Autorização Judicial.

Sumário: Introdução. 1. Relativização de Direitos e das Garantias Individuais Constitucionais. 2. Aplicação Restritiva da Lei n. 12.850/13 e a Prisão em Flagrante na Ação Controlada. 3. Efetividade da Ação Controlada em Razão da Desnecessidade de Prévia Autorização Judicial. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A revitalização legislativa do ordenamento jurídico vigente deve ser uma constante. A Lei n. 12.850/2013 foi elaborada com a finalidade de dispor sobre meios de investigação criminal, meios de obtenção de prova, ou seja, um importante procedimento criminal com o objetivo de combater os crimes praticados por organizações criminosas.

Dessa forma, é função do Poder Estatal, em atenção ao Princípio da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade, dar proteção a determinados bens jurídicos. No entanto, em determinados casos, a lei material desacompanhada de outras processuais, não se mostra eficiente para se alcançar o *ius puniendi*.



A respectiva lei traz em sua essência novas modalidades de procedimento investigativo com vistas a obtenção de elementos probatórios para o combate aos crimes praticados por organizações criminosas.

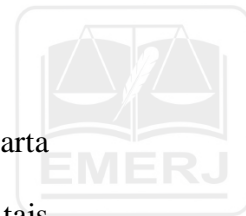
Todavia, essas novas modalidades de investigação policial e os novos meios para obtenção de provas, podem suscitar tanto na Doutrina como na Jurisprudência, discussão sobre a legalidade da prisão dos envolvidos.

Dessa forma, debater os limites da Lei n. 12.850/2013, matéria pouco explorada, é essencial. Isso porque, trata-se de um importante instrumento a ser utilizado pelos Membros da Magistratura, Ministério Público e Polícia Judiciária para o combate aos crimes praticados por organizações criminosas.

Nesse contexto, o presente trabalho terá por finalidade compatibilizar a Lei nº 12.850/2013 com o Sistema Acusatório à luz da Jurisprudência dos Tribunais Superiores, e revelar o verdadeiro avanço legislativo no combate ao crimes praticados por organizações criminosas e assim, garantir ao Estado a plenitude do exercício do seu *ius puniendi*.

1- RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil traz ao longo do seu texto uma série de direitos e garantias individuais do homem em seu art. 5º, que traduz uma consolidação dos direitos de 1ª dimensão.



Embora os direitos e as garantias individuais estejam assegurados na Carta Magna, não se pode afirmar que sejam eles absolutos, pois em situações específicas tais direitos podem ser suprimidos.

Assegura a CFBR/88, por exemplo, em seu art. 5º, inciso XV, a liberdade ambulatorial, por meio do qual todos poderão transitar em território nacional sem qualquer impedimento. Por outro lado, o inciso LXI do respectivo artigo, traz uma possibilidade de restrição dessa liberdade ambulatória, basta considerar a hipótese de alguém ser preso em flagrante delito.

É importante ter em mente, que a restrição da liberdade é uma medida excepcionalíssima, tanto é, que a própria Constituição Federal, ainda de que maneira incipiente procurou trazer os contornos para legalidade desta limitação de liberdade individual. Isso porque, na hipótese de ser realizada a prisão em flagrante de qualquer pessoa, deverá, obrigatoriamente, ser o Juiz competente comunicado da prisão, sob pena de ser considerada ilegal.

Assim dispõe o art. 5º, incisos LXII e LXV da Constituição Federal¹:

Inciso LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

(...)

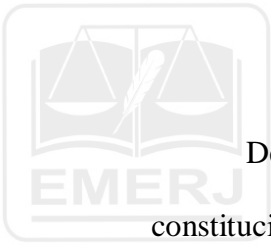
Inciso LXV- a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Segundo o Excelentíssimo Dr. Paulo Rangel², Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e doutrinador, o fundamento da prisão em flagrante é:

A regra é a liberdade, a prisão é a exceção. Assim, esta somente se justifica com o objetivo de se restabelecer a ordem jurídica que foi violada com o comportamento nocivo do autor do fato. Trata-se de um mal necessário, que tem como escopo atender ao interesse público de manutenção da paz e da ordem. Sacrifica-se um bem menor (a liberdade de locomoção) em detrimento de um bem maior (a paz social).

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 761.



Destarte, em razão da liberdade de locomoção ser uma garantia constitucionalmente protegida, e a sua restrição ser uma exceção, somente uma norma jurídica de idêntica força normativa, seria capaz de impor uma limitação.

No entanto, em que pese a Constituição Federal ser classificada como analítica pelo Professor de Direito Constitucional Pedro Lenza³:

Análíticas, por outro lado, são aquelas que abordam todos os assuntos que os representantes do povo entenderam fundamentais. Normalmente descem minúcias, estabelecendo regras que deveriam estar em leis infraconstitucionais, como conforme já mencionamos, o art. 242, §2º, da CF/88, que dispõe que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita Federal. Assim, o clássico exemplo é a brasileira de 1988.

O legislador Constituinte não se preocupou em definir, expressamente, no texto o que venha a ser flagrante delito, tampouco se preocupou em regulamentar o procedimento legal a ser adotada pela autoridade policial e judiciária nos casos em que seja necessário restringir a liberdade de alguém que se encontre em estado de flagrante delito.

Dessa forma, a definição de flagrante delito e o procedimento a ser adotado ficou a encargo do Poder Legislativo no atributo da sua função típica, elaboração de leis infraconstitucionais, em consonância a repartição competência legislativa imposta pela Constituição Federal, nos termos do art. 22, inciso I.

Assim, o Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº. 3.689/1941, em seu Capítulo II do Título IX, traz a definição do que venha a ser flagrante delito e o procedimento ordinário a ser adotado em vistas a legalidade da prisão.

Nos termos do art. 302 do Código de Processo Penal, considerá-se em flagrante delito, quem esteja cometendo delito, ou tenha acabado de cometê-la, ou é perseguido logo após sendo capturado em situação que se faça presumir agente, ou é encontrado

³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 90



logo depois com os instrumentos ou objetos que o façam presumir agente do crime.⁴

São legitimados para capturar quem se encontre cometendo um ilícito penal, qualquer um do povo e a autoridade policial, conforme redação do art. 301 do CPP. Desta forma, o artigo citado, traz duas modalidades de flagrante: o flagrante facultativo destinado a qualquer um do povo e o flagrante obrigatório destinado as autoridades policiais e seus agentes, que deverão na condição de agentes garantidores, agir.

No entanto, o Código de Processo Penal não é o único texto legislativo que trata do assunto, já que este também é abordado em leis especiais, a exemplo da Lei n. 12.850/2013, responsável pela Ab-rogação da Lei n. 9.034/1995, que inovou em nosso sistema jurídico ao criar novas modalidades de investigação para obtenção de elementos probatórios que venham a servir de supedâneo para a persecução penal e a condenação do agente criminoso.

É latente que o fomento legislativo sobre a temática tem por intenção, à luz de uma perspectiva processual estatuir uma série de garantias processuais sob o alicerce do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Todavia, é comum que os textos normativos aparentem guardar uma antinomia ou inconstitucionalidade apesar de não ser essa a intenção do legislador, já que as leis nascem com presunção relativa de constitucionalidade.

Dessa forma, é de suma importância se debruçar e desmembrar a *mens legis* da Lei n. 12.850/2013 e o seu importante instrumento de investigação e arrecadação de provas, com o escopo de preservar a procedimento investigativo e as provas obtidas, sem se olvidar do devido processo legal a que deve ser submetido ao agente criminoso.

⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#livroitituloixcapituloii>. Acesso em: 20 out 2014.



2- APLICAÇÃO RESTRITIVA DA LEI 12.850/2013 E A PRISÃO EM FLAGRANTE NA AÇÃO CONTROLADA

O artigo inaugural da Lei n. 12.850/2013 traz na essência um espectro de incidência restritiva com relação à aplicabilidade dos procedimentos investigativos e obtenção de meios de provas, haja vista já que a limitação de tais procedimento é restrito aos crimes praticados por organizações criminosas.

Dessa forma, cabe destacar a redação do §1º do art. 1º da respectiva, que define o que venha a ser organização criminosa⁵:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

O caráter restritivo de incidência dessa norma fica evidente na medida em que se percebe que os procedimentos investigativos estatuídos pela Lei n. 12.850/2013, não são aplicáveis, por exemplo, ao crime de Associação Criminosa tipificado no art. 288 do Código Penal.

Em um primeiro momento, não se pode pensar que a Lei n. 12.850/2013 revogou o crime previsto no art. 288 do Código Penal, isso porque, além de haver especialidade normativa, a própria Lei em seu art 24, foi responsável pela alteração da redação do art. 288 do Código Penal, passando a vigorar com a seguinte redação⁶: Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes, tendo havido, inclusive, alteração do nome jurídico do tipo penal para Associação Criminosa, quando até então era conhecido no mundo jurídico como Bando ou Quadrilha.

Dessa forma, conclui-se desde já, que o legislador não permitiu aos poderes instituídos com o poder-dever de investigação a utilização de instrumentos investigativos previstos na Lei n. 12.850/2013 para apuração de outros crimes que não

⁵ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 10 de mar. 2015.

⁶ BRASIL. Código Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012



se enquadrem no conceito de organização criminosa.

Dessa forma, caso houvesse ampliação do alcance da norma para aplicação dos procedimentos investigativos em crimes outros não previsto na Lei n. 12.850/2013, haveria grave violação ao Sistema Acusatório e Ampla-Defesa, pois haveria atribuição de uma interpretação extensiva, diga-se, indevida, haja vista se tratar de norma voltada à restrição de direitos, motivo pelo qual a interpretação a ser aplicada é a restritiva.

Nessa toada, pela aplicabilidade da interpretação restritiva da norma quando houver possibilidade de restringir direitos de um cidadão, pode surgir entre os operadores do direito e dos responsáveis pela condução dos procedimentos investigativos, questionamento acerca da prisão em flagrante de determinado criminoso, quando observado o procedimento da ação controlada descrito no art. 8º na Lei n. 12.850/2013, *verbis*⁷:

Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

Depreende-se da leitura do artigo acima citado, que seria possível à autoridade policial ou à autoridade administrativa vir a retardar a prisão em flagrante do agente criminoso para um momento mais oportuno.

Ora, não haveria um antagonismo legislativo, já que o Código de Processo Penal em seu art. 302, conforme exposto no capítulo anterior, impõe a autoridade policial e a seus agentes o dever legal de efetuar a prisão, quando houver flagrância delitiva?

Não há que se cogitar um antagonismo legislativo, caso eventual prisão em flagrante seja postergada e adiada para um momento mais oportuno, isso porque, a *mens legis* é aproveitar o melhor momento possível no campo probatório, para proceder à

⁷BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 10 de mar. 2015



prisão de todos os integrantes e por consequência dismantelar a organização criminosa.

Se for cogitada a imediatidade da prisão em flagrante daquele integrante, as consequências desta prisão poderiam ser insatisfatórias sob um ponto de vista macro. Basta pensarmos na possibilidade desta organização criminosa vir a mudar seu plano de ação, apagar vestígios, queimar documentos e com isso frustrar futura investigação policial, quando tomar conhecimento da prisão de seu integrante vislumbrando a hipótese dele vir a delatar o esquema da organização.

Dessa forma, o adiamento da prisão em flagrante no âmbito da ação controlada, revela-se como um instrumento eficaz no combate do crime organizado, tanto no campo do estado de prisão em flagrante, como no campo da obtenção de elementos probatórios suficientes para embasar um decreto condenatório.

Outrossim, esse retardamento da prisão em flagrante pela autoridade policial para o momento mais eficaz à formação de prova, não pode ser sufragado pelo verbete sumular n. 145 do Supremo Tribunal Federal que diz⁸: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Isso porque, o agente criminoso quando preso em razão de flagrante preparado, nada mais é do que um fantoche no procedimento policial de acordo com os ensinamentos da mais autorizada doutrina⁹:

Trata-se do também chamado delito putativo por obra do agente provocador, ou delito de ensaio, de experiência, ou crime provocado. ocorre quando o agente é impelido, insidiosamente, por terceiros a praticar um crime, mas são adotadas todas as providências necessárias para que não haja consumação.

Sendo assim, o verbete sumular n. 145 do Supremo Tribunal Federal deve ser afastado, porque na hipótese de ação controlada, o retardamento da prisão em flagrante

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.145. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28145%2E%29%29+NAO+S%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/mgyosql>>. Acesso em: 16 abr. 2015

⁹ RANGEL, op. cit., p.777

não é modalidade de flagrante preparado, pois os agentes policiais não atuam como provocadores do delito, mas tão somente atuam esperando o melhor momento para aturem na prisão em flagrante.

Insta salientar ainda, que não se vislumbra nesse procedimento investigativo, eventual contaminação e violação ao sistema acusatório adotado em nosso ordenamento Processual Penal, isso porque, deste procedimento será dado conhecimento ao Juiz e ao Ministério Público, a fim de evitar eventuais abusos da autoridade policial ou administrativa.

Isso porque, o retardamento desta prisão em flagrante no âmbito da Lei. n. 12.850/2013, deverá ser comunicada e autorizada pelo Juiz competente que poderá, caso assim entenda, definir seus limites e em seguida determinará a comunicação do *Parquet*.

Com isto, cada órgão mantém hígida sua função, autoridade policial ou administrativa, no âmbito da investigação, o Juiz mantendo-se sua imparcialidade, já que atuará tão somente definindo os limites de atuação, por exemplo, estipulando prazo para realização do procedimento, e por fim, o Ministério Público zelando pela legalidade do procedimento na condição de *custus legis*, bem como requerendo diligências na condição titular da ação penal.

Oportuno citar as lições Afrânio Silva Jardim a respeito do sistema acusatório¹⁰:

Para o sucesso deste sistema processual, desempenha o Ministério Público uma função de maior importância, assumindo a titularidade da ação penal e produzindo prova no interesse da verdade, deixando o Juiz equidistante do conflito de interesses que, porventura, surja no processo.

Destarte, tendo a autoridade policial ou administrativa tomado conhecimento de que exista um crime incurso praticado por organização criminosa, poderão estes, utilizar-se da ação controlada como meio para obtenção de elementos probatórios, a fim

¹⁰ JARDIM, apud Afrânio Silva; Paulo Rangel. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.51.



de se garantir maior efetividade ao processo penal, em razão desse importante instrumento de combate ao crime organizado.

3- EFETIVIDADE DA AÇÃO CONTROLADA EM RAZÃO DA DESNECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

É possível identificar dentro do mundo acadêmico, vozes dissonantes acerca da necessidade de prévia autorização judicial para deflagração do procedimento investigativo previsto no art. 8º da lei 12.850/13:

O Juvenal Ferreira Marques Filho, Delegado de Polícia do Estado de Alagoas, leva a crer em seu artigo¹¹ ao comentar o parágrafo 1º do artigo 8º da Lei, que haverá necessidade de prévia autorização judicial para deflagração da ação controlada, *verbis*:

O Artigo 8º trata da ação controlada, que nada mais é do que o retardamento da ação da polícia ou de órgãos administrativos na execução de atos de ofício, tais como autuações administrativas, instauração de procedimentos ou mesmo da prisão em flagrante. No caso da prisão em flagrante o complicador é que nos termos do § 1º o Juiz competente para julgamento da causa deve ser previamente comunicado e, inclusive, poderá estabelecer limites bem como comunicará ao Ministério Público. Na prática essa condição é inviável, até porque a flagrância de crime não tem data nem hora marcada e as comarcas não dispõem de juízes de plantão 24 horas por dia. Há de se lembrar de que com a edição da lei que instituiu os juizados especiais se esperava o pronto atendimento, como ocorre nos países europeus, no entanto, em razão das dificuldades do judiciário, embora com prazo menor, as audiências decorrentes de infrações de menor potencial ofensivo demoram, em algumas comarcas, meses para ocorrerem. Será que nessas circunstâncias específicas os tribunais disponibilizarão juízes e funcionários em período integral para apreciação do retardamento das ações policiais que envolvam prisão em flagrante delito. Provavelmente o que ocorrerá na prática é a autorização judicial para o retardamento das ações policiais, inclusive flagrante, em casos onde haja a investigação em curso. No entanto, poderão ocorrer situações em que a polícia, no decorrer de suas atribuições cotidianas, se depare com ocorrência de flagrante delito de crime operado por organização criminosa, onde não havia investigação ou monitoração anterior, mas que o retardamento do flagrante poderia propiciar a prisão de lideranças ou outros criminosos envolvidos que não estejam presentes. O amadurecimento na aplicação da lei talvez traga solução para essas questões.[...]

Em que pese a sapiência do Delegado de Polícia do Estado de Alagoas em seus comentários acerca da necessidade de prévia autorização judicial, não parece ser esse a melhor interpretação do §1º, art. 8º, isso porque, exigir prévia autorização judicial seria

¹¹ MARQUES FILHO, Juvenal Ferreira. *Aspectos Jurídicos da Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013*. Disponível em: <<http://www.adepolalagoas.com.br/artigo/aspectos-praticos-da-lei-n%C2%BA-12850-de-02-de-agosto-de-2013.html>>. Acesso em: 14abr. 2015.

fulminar com o procedimento da ação controlada.

O melhor entendimento a respeito do tema extrai-se dos apontamentos de Renato Brasileiro¹², membro do Ministério Público Militar, *verbis*:

Consoante disposto no art. 8º, §1º da Lei nº 12.850/13, o retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicada ao juiz competente, que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público. Como se percebe, a nova Lei das Organizações Criminosas em momento algum faz menção à necessidade de prévia autorização judicial. Refere-se tão somente à necessidade de prévia comunicação à autoridade judiciária competente. Aliás, até mesmo por uma questão lógica, se o dispositivo legal prevê que o retardamento da intervenção policial ou administrativa será apenas comunicado previamente ao juiz competente, forçoso é concluir que sua execução independe de autorização judicial.

Conforme dito, essa ultima posição parece ser a mais acertada, caso contrário o instituto em estudo seria uma letra morta. A eficácia desse procedimento está intimamente relacionado com a contemporaneidade do flagrante.

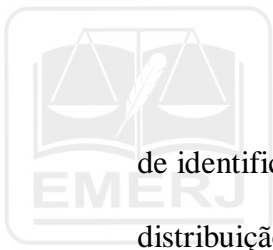
Caso fosse necessária autorização judicial, algumas situações esdrúxulas poderia ocorrer. Basta pensar na hipótese de um agente policial obter uma informação de que determinada organização criminosa está praticando crime de roubo de cargas e a autoridade antes de seguir com seu dever de ofício, comparecer ao Poder Judiciário local requerendo autorização para postergar a prisão em flagrante para um momento mais adequado.

Se necessária fosse autorização judicial, haveria o risco da autoridade policial sequer obter êxito na prisão em flagrante, quem dirá em momento mais oportuno.

A desnecessidade da autorização judicial no âmbito da Lei de Organização Criminosa ganha relevo, se comparado esse procedimento investigativo com outros semelhantes em nosso sistema jurídico vigente.

Neste diapasão, é interessante destacar que a Lei de Drogas n. 11.343/06, de forma semelhante, dispõe sobre a não autuação da autoridade policial com a finalidade

¹² LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2014, p.553



de identificar e responsabilizar o maior numero de integrantes de operações de tráfico e distribuição, nos termos do artigo 53, §único¹³.

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

[...]

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Embora haja uma semelhança entre os institutos, isso não implica dizer que haverá igualdade no procedimento na técnica de investigação a ser adotado. Isso porque, na Lei de Drogas, exige-se para o retardamento da prisão em flagrante, prévia autorização judicial.

Desta forma, a corrente que sustenta ser desnecessária prévia autorização judicial para deflagração da ação controlada, ganha mais um fundamento de destaque ao estabelecer um cotejo entre o procedimento previsto no art. 8º da Lei de Organizações Criminosas e o art. 53, inciso II, da Lei de Drogas.

Outro fundamento que corrobora essa tese, decorre da análise dos artigos 8º e 10, ambos da lei 12.850/13, posto que este artigo disciplina outra técnica de investigação a ser adotada no combate ao crime praticado por organização criminosa.

Depreende-se da leitura do artigo 10 da respectiva lei, que o legislador ao dispor sobre infiltração de agentes policiais em tarefas de investigação, expressamente, exigiu prévia autorização judicial.

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

Dessa forma, fica evidente que o legislador quis dar tratamento diverso no

¹³BRASIL. Lei n. 11.343/06, de 23 de agosto de 2006. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 30 de mar.2015

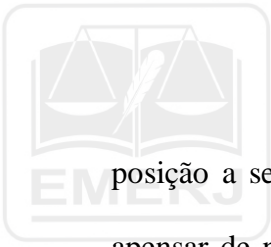
tocante a adoção das técnicas, ora dispensando, ora exigindo prévia autorização judicial.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o RHC 29658/RS¹⁴, manifestou-se sobre o assunto sob a exegese da reformada Lei n. 9.034/95, tendo na ocasião entendido pela prescindibilidade da autorização judicial para que fosse deflagrada ação controlada, *verbis*:

Processo Penal. Recurso Ordinário em habeas corpus. Trancamento de Ação Penal. Medida Excepcional. Ausência das hipóteses. Procedimento investigatório e interceptação telefônica. Embasamento em denúncia anônima. Existência de outros elementos. Depoimentos prestados perante o Ministério Público. Possibilidade. Quebra do sigilo das comunicações telefônicas e prorrogações devidamente fundamentadas. Ação policial controlada. Lei n 9.034/95. Prévia autorização judicial. Ausência de previsão legal. Lavagem de dinheiro. Crimes antecedentes. Supressão de Instância. Competência. Vara Federal Especializada. Resolução n° 20 do TRF da 4ª Região. reunião de processos por conexão. Artigo 80 do Código de Processo Penal. Faculdade do Juiz. Recurso desprovido. O trancamento da ação penal, através do presente remédio, é medida excepcional, somente admissível quando patente nos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, hipóteses não evidenciadas no caso em comento. II. Esta Corte Superior de justiça possui entendimento no sentido da possibilidade de instauração de procedimento investigatório com base em denúncia anônima, desde que acompanhada de outros elementos. Precedentes. III. A motivação para decretação da interceptação e a imprescindibilidade da quebra dos sigilo das comunicações telefônicas foram devidamente fundamentadas, ou seja, foram demonstrados indícios da participação do ora recorrente em vários crimes punidos com reclusão, inexistindo, assim, irregularidades a conduzir a ilicitude da medida. IV. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas, desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente em relação à necessidade do prosseguimento das investigações. V. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que a ação policial controlada, nos termos da Lei n° 9.034/95, não exige prévia autorização judicial. VI. Não tendo o argumento de inexistência dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro sido objeto de debate e decisão na instância ordinária, esta Corte fica impedida de apreciar a matéria, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. VII. Esta Quinta Turma possui entendimento de que a Resolução n° 20/2003 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que com base na Resolução n° 314/2003 do Conselho da Justiça Federal, determinou que algumas varas criminais fossem especializadas para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores não viola os arts. 61 à 91 do Código de Processo Penal, tendo em vista que foi autorizada pelo art. 3° da Lei n° 9.664/98. VIII. O Superior Tribunal de Justiça entende que a reunião de processos em razão da conexão é uma faculdade do Juiz, conforme interpretação a contrario sensu do art. 80 do Código de Processo Penal que possibilita a separação de determinados processos. Precedentes. IX. Recurso desprovido.

Tem-se, apesar de haver algumas divergências acadêmicas, que a melhor

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC n. 29658/RS. Relator Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc;jsp?livre=previa+autoriza%E7%E3o+a%E7%E3o+c+ontrolada&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 29 abr. 2015.



posição a ser adotada é com relação a desnecessidade da prévia autorização judicial, apensar de não haver, ainda nenhum pronunciamento dos Tribunais Superiores acerca do assunto, sob a exegese da nova lei.

CONCLUSÃO

A Lei n.12.850/13, que trata da ação controlada, não inovou o ordenamento jurídico, pois é possível identificar a preexistência de instituto semelhante em leis esparsas.

Com advento da nova lei, a Lei n. 9.034/95 foi expressamente revogada, com isso, estatui-se novos contornos para deflagração da ação controlada, tal como necessidade de comunicação ao juiz, que deverá estabelecer os seus limites, bem como a submissão ao controle pelo Órgão Ministerial.

Em que pese o ingresso de nova lei ordinária visar ao combate às organizações criminosas com adoção de técnicas especiais de investigação criminal e meios de obtenção da prova. Faltou perspicácia ao legislador ao limitar seu campo de incidência, já que a adoção de ação controlada para que a prisão ocorra no momento mais oportuno. Revela-se adequado para o combate de todo e qualquer crimes.

Na prática, a adoção da ação controlada para combater organizações criminosas, revela-se ser de grande dificuldade para o agente policial ou administrativo, isso porque, no momento em que o agente se depare com uma ação criminosa, será necessário que tenha prévio conhecimento de que o crime está sendo praticado por organização criminosa, caso contrário, o procedimento investigativo estará fadado ao insucesso em razão de violação de preceito normativo.

Outrossim, resta evidenciado que a ação controlada é bastante tímida, já que pouco se discute na doutrina e pouco se adota na prática forense.

Entretanto, o legislador demonstra e vem demonstrando iniciativa em trazer e regular, instrumentos essenciais para combater ao crime organizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 07 abr. 2015.

_____. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC. n. 29658/RS. Relator Ministro Gilson Dipp. 02 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1116807&num_registro=201100260410&data=20120208&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012

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

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2014.

MARQUES FILHO, Juvenal Ferreira. *Aspectos Jurídicos da Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013*. Disponível em: <<http://www.adepolalagoas.com.br/artigo/aspectos-praticos-da-lei-n%C2%BA-12850-de-02-de-agosto-de-2013.html>>. Acesso em 14 abr. 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.



O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL COM REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Thadeu Cantarino Pereira Ramos

Graduado pela Universidade do Estácio de Sá. Pós-Graduado em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público. Advogado.

Resumo: O art. 1.790 do Código estabelece o direito sucessório na união estável. Entretanto, caso seja feito o contrato de convivência por escritura pública estabelecendo o regime de separação absoluta, o companheiro supérstite não terá direito de pleitear qualquer bem do autor da herança. Diante desse panorama, a doutrina e jurisprudência tem se inclinado pela inconstitucionalidade total do dispositivo. A essência do trabalho é abordar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Janeiro diante dessas questões, apontando que a vontade na constituição do tipo de família, bem como o regime de bens escolhidos pelos conviventes se projetam após a morte.

Palavras-chave: União estável. Sucessão. Separação convencional de bens.

Sumário: Introdução. 1. O direito sucessório na união estável. 2. Reflexos do contrato de convivência estipulando o regime da separação convencional de bens após a morte. 3. Apresentação do posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro à luz do direito civil quanto a incomunicabilidade dos bens após a morte. 4. A constitucionalidade dos regimes sucessórios diferenciados nas instituições familiares. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto aborda o tema do direito sucessório na união estável quando os companheiros optam no contrato de convivência pelo regime de separação convencional de bens, incidindo somente no art. 1.790, I e II, do CC.

O art. 1.790, caput, do Código Civil, estatui que o companheiro supérstite somente concorrerá na sucessão do autor da herança quanto aos bens adquiridos onerosamente na



vigência da união estável. Nesse passo, havendo contrato de convivência por escritura pública estipulando o regime de separação total de bens, o direito de meação e os adquiridos pelo companheiro falecido não irão se comunicar, uma vez que prevalecem os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé, os quais se projetam após a morte.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro encampou o entendimento da mais alta qualidade do direito civil constitucional brasileiro, cujo conteúdo prestigia a confiança mútua, eticidade e lealdade dos companheiros na confecção contratual ao estabelecerem o regime de separação absoluta de bens, caso o companheiro supérstite requeira através de inventário os bens do autor da herança, uma vez que a vontade presente não poderá ser contraditada ao que foi estipulada em escritura pública.

Apesar do precedente jurisprudencial firmado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual foi fonte de inúmeros trabalhos doutrinários para que o regime sucessório na separação convencional no casamento tornasse todos os bens comunicáveis, tal orientação não se sustentou, pois foi cedida pelo entendimento unânime da 2ª Seção do mesmo Tribunal, o qual aplicou a interpretação literal dos arts. 1.829, I, e 1.845, do Código Civil.

Todavia, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em nada afeta a sucessão no regime da união estável, uma vez que o companheiro supérstite tem regime próprio para receber o patrimônio do falecido, na forma do art. 1.790, e seus incisos, do Código Civil.

Nessa ordem de ideias, ainda existirá a incomunicabilidade dos bens da herança deixado pelo falecido caso ambos os companheiros confeccionem em vida, através do contrato de convivência o regime de separação convencional de bens, uma vez que pela própria leitura do dispositivo, o convivente supérstite só será herdeiro quanto aos bens comuns formado pelo casal.

O que se propõe, portanto, é uma análise da constitucionalidade do art. 1.790, I e II, do Código Civil, bem como conferir legitimidade da não interferência do Poder Judiciário na



forma de constituição da família que não seja o casamento, pois caso seja declarada a sua inconstitucionalidade, os companheiros não poderão fazer um planejamento sucessório adequado, uma vez que muitas dessas uniões decorrem de uma dissolução precedente com filhos de outros casamentos em que os companheiros procuram evitar não miscigenar o patrimônio no caso de falecimento.

1. O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

O Código Civil, no art. 1.790, *caput*, estabelece a participação da sucessão do companheiro supérstite nos bens do falecido, cuja leitura deixa claro que “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes.”¹

Todavia, na sucessão do cônjuge, principalmente no que tange a sua participação com os descendentes, na forma do art. 1.829, I, do Código Civil, a divisão do acervo hereditário quanto ao regime matrimonial de bens escolhidos pelos nubentes em vida irá fazer total diferença no falecimento de um dos nubentes, conforme a leitura:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I – Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais.²

Embora os dispositivos tratem da sucessão do companheiro e do cônjuge, o art. 1.790, *caput*, do Código Civil, ainda assim existem inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudências, no que tange ao convivente somente suceder aos bens adquiridos onerosamente

¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

² Ibid.



na união estável, uma vez que o regime sucessório do companheiro é totalmente desigual ao do cônjuge, violando o princípio da igualdade.

Salienta-se que, caso o falecido não adquira nada durante a constância da união estável, o companheiro supérstite não sucederá nenhum bem, tendo em vista que o dispositivo veda expressamente a transmissão dos bens particulares.

Diante disso, a doutrina de uma forma geral critica a inconstitucionalidade do art. 1.790, *caput*, e seus incisos, do Código Civil, haja vista que a sucessão do companheiro é um verdadeiro retrocesso em relação ao art. 1.829, I, do CC.

Apenas os incisos III e IV, do art. 1.790, Código Civil, foram declarados inconstitucionais por alguns Tribunais de Justiça, através dos Órgãos Especiais, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a interpretação literal do dispositivo deixaria desamparada a família constituída pela união estável, prestigiando a família constituída pelo casamento, na forma do art. 1.829, I, do Código Civil.

A postura da interpretação jurisprudencial foi de igualar os incisos III e IV do art. 1.790, do CC a vocação hereditária do cônjuge segundo os termos do artigo 1838 do Código Civil, o qual deixa claro que “Em havendo falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.”³

É imperioso destacar que os incisos III e IV, do art. 1.790, do CC, foram destacados pelo Supremo Tribunal Federal, o qual afetou o tema através da repercussão geral nº 823.421, no que tange à leitura correta conforme a Constituição Federal, cujo resultado está passível de julgamento pela Corte.⁴

Todavia, quanto a sucessão dos descendentes em concorrência com o companheiro

³ Ibid.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE. 823.421. Relator: Ministro Roberto Barros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4599115>>. Acesso em: 15 jun. 2015.



supérstite, na forma dos incisos I e II, do art. 1.790 do CC, a doutrina tem se preocupado somente em dissertar sobre a inconstitucionalidade total do dispositivo sem solucionar as respostas adequadas quando o autor da herança confecciona o contrato de convivência com regime de separação convencional de bens.

A jurisprudência tem enfrentado o tema timidamente através dos Tribunais de Justiça de alguns Estados, pois o tema é novo, uma vez que a legislação somente ampliou a possibilidade do regime de separação convencional de bens aos conviventes em 1996, diante da Lei 9.278, conforme o art. 5º:

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os cônjuges, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.⁵

Ressalta-se que todos os temas enfrentados pelos Tribunais giram em torno do inciso II, do art. 1.790, do Código Civil, visto que o companheiro sobrevivente manifesta a sua vontade conjuntamente com o falecido no contrato de convivência com cláusula expressa de incomunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente na união estável. Contudo, após a morte do *de cujus*, o companheiro supérstite ingressa no inventário requerendo a posse desses bens, junto com os descendentes do falecido.

Diante disso, o caso concreto chegou nas mais altas cortes do país, porém ainda não está sedimentado nos Tribunais, pois a interpretação jurisprudencial utiliza como fundamento o precedente do Superior Tribunal de Justiça, o qual teve como principal aspecto a sucessão do cônjuge no regime de separação convencional de bens, na forma do art. 1.829, I, do CC.

Portanto o dispositivo merece a interpretação adequada, uma vez que diversas interpretações geram inseguranças jurídicas em torno da matéria, pois os Tribunais brasileiros são bem voláteis quanto aos seus posicionamentos, na interpretação do art. 1.790, II, do CC,

⁵ BRASIL. Lei 9.276, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

quanto ao regime de separação convencional de bens na sucessão da união estável.

2. REFLEXOS DO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA ESTIPULANDO O REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS APÓS A MORTE

Segundo ensinamento de Álvaro Villaça Azevedo, o regime de bens “é um conjunto de normas que regula as relações econômicas dos cônjuges, na constância de seu matrimônio.”⁶

Apesar da doutrina de Direito de Família conceituar o regime de bens somente como regramento das relações econômicas durante à vida dos cônjuges ou companheiro, o próprio art. 1.829, I, do CC, tem a *ratio essendi* da projeção do regime de bens após a morte.

Na união estável o regime de bens que rege é a comunhão parcial de bens, salvo se houver contrato escrito estipulando relação patrimonial de modo diverso, conforme o art. 1725, do CC, o qual dispõe que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”⁷

Conforme lições precisas de Francisco José Cahali⁸, o contrato de convivência “é o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação.”

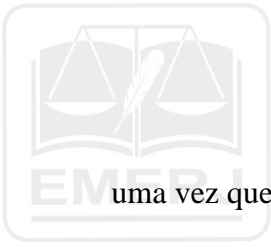
Quando os companheiros não firmam quaisquer regimes de bens, o qual certamente será o da comunhão parcial, o convivente supérstite terá o direito da meação nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, bem como a quota hereditária sobre os mesmos bens, conforme a própria leitura do art. 1.790, II, do CC.

Por esse raciocínio várias ações questionaram a constitucionalidade do dispositivo,

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 287.

⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de mai. 2015.

⁸ CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.



uma vez que o direito hereditário na união estável era mais vantajoso do que no casamento, na forma do art. 1829, I, do CC, tendo em vista que o cônjuge supérstite só teria direito à herança aos bens particulares do falecido, mas nunca nos bens comuns.

O Superior Tribunal de Justiça julgou o caso sem analisar a constitucionalidade do dispositivo, apenas destacando que a vocação hereditária tem que respeitar o instituto familiar escolhido pelos pretendentes.

Direito das sucessões. Recurso especial. Inventário. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento.⁹

No que tange ao regime de separação convencional de bens, tanto no casamento quanto na união estável, o cônjuge ou companheiro supérstite não terá direito à meação, bem como aos bens adquiridos pelo esforço próprio do autor da herança, os bens doados e herdados.

Todavia, no direito sucessório do casamento, a interpretação literal do art. 1829, I, do CC, não abrange a figura da separação convencional de bens, mas somente da separação obrigatória, a qual tem como causa o casamento que não observou os preceitos legais.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em meados de 2009, através da sua 3ª Turma, interpretou sistematicamente a sucessão do cônjuge, segundo o art. 1.829, I, do CC, o qual obteve sucesso nos principais Tribunais de Justiça do país, pois o entendimento era de que a separação obrigatória se dividia em duas, quais sejam, em separação legal, na forma do art. 1.641, do CC, bem como a separação convencional, segundo os termos do art. 1687, do CC.

Em um segundo plano, o precedente firmou a linha de que deveria prevalecer o princípio da boa-fé objetiva e autonomia de vontade dos cônjuges quando firmarem o regime

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1117563. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1117563&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15 jun. 2015.



de separação convencional de bens do casamento, não podendo após a morte, o cônjuge supérstite requerer através do inventário os bens particulares do falecido, uma vez que expressaram através da cláusula de pacto antenupcial que esses bens eram comunicáveis.

Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.¹⁰

No entanto em junho de 2015, o próprio Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência na 2ª Seção, a qual estabeleceu que o cônjuge casado pelo regime de separação convencional de bens é herdeiro necessário, interpretando literalmente o art. 1829, I, do CC, fazendo uma leitura de que somente os cônjuges supérstites que tivessem estabelecido os regimes da comunhão universal, separação obrigatória de bens e a participação final nos aquestos não participariam da herança do falecido.¹¹

Na linha de todos os precedentes do Tribunal da cidadania, esse entendimento consolidado era esperado, uma vez que as disposições sobre o direito sucessório têm que ser interpretadas restritivamente, bem como o próprio art. 1.845, do Código Civil, o qual deixa claro que os descendentes, os ascendentes e o cônjuge são herdeiros necessários

Apesar desse entendimento consolidado ser no sentido de que o cônjuge supérstite casado no regime de separação convencional ter direito à herança, tal entendimento não poderá ser alargado para a instituição familiar da união estável, pois o seu regime sucessório guarda nuances, na forma do art. 1.790 e seus incisos, do Código Civil, bem como o art. 1.845, do

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 992.749. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=992749&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1382170. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201382170>>. Acesso em: 15 jun. 2015.



mesmo diploma que não prevê o companheiro como herdeiro necessário.

Por isso que, parte-se do entendimento de que o legislador diferenciou ambas as instituições familiares, na forma do art. 226, §3º, da CRFB/88, devendo ser guardadas as discussões sobre o regime sucessório no casamento em momento oportuno.

No que tange ao direito hereditário na união estável, o art. 1.790, *caput*, do CC, preceitua que o companheiro só irá herdar os bens do falecido caso tenha direito de meação sobre esses bens.

Assim, caso os conviventes firmem o regime de separação convencional na união estável, através de uma cláusula expressa confirmando a incomunicabilidade dos bens adquiridos durante a união estável, nota-se a impossibilidade da formação dos aquestos, portanto a razão da lei é que já não existe o direito de meação do casal, logo o direito hereditário é impossível pelo convivente.

Por esse raciocínio, percebe-se pela leitura do art. 1.790, do CC, que existe a incomunicabilidade total dos bens adquiridos onerosamente ao companheiro supérstite em herdar o patrimônio do falecido, uma vez que a cláusula da união estável foi clara em firmar a renúncia de qualquer presunção de esforço comum do casal, além do que o próprio dispositivo, condiciona o direito de sucessão do companheiro nos casos em que o mesmo é meeiro.

A própria doutrina, de maneira tímida, se curva a esse entendimento, conforme as lições de Maria Berenice Dias.

O companheiro participa da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (CC 1.790). A base de cálculo são os aquestos, tanto para apurar sua meação quanto para identificar a quota sucessória concorrente. Diante de tão clara explicitação, parece não haver dúvida de que o direito de concorrência seria somente sobre os aquestos. Esta é a tendência da doutrina: no mesmo local onde fez sua meação, o convivente fará sua sucessão, concorrendo com os descendentes, ascendentes e demais

parentes sucessíveis.¹²

Para Carlos Roberto Gonçalves, “a concorrência se dará justamente nos bens a respeito dos quais o companheiro já é meeiro.”¹³

É imperioso ressaltar posicionamento doutrinário completamente oposto, o qual defende Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ao escrever que “o direito hereditário do companheiro decorre da lei, independentemente do regime de bens norteador da relação de companheirismo.”¹⁴

Essa interpretação dos doutrinadores nada mais é do que a aplicação do regime sucessório do cônjuge, na forma do art. 1.829, I, do CC, porém os doutrinadores continuam aduzindo que “mesmo que o casal em união estável estipule um regime diverso, por meio de negócio jurídico, o direito hereditário permanecerá incidindo sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da relação (aquestos).”¹⁵

Note que os fundamentos dos civilistas subvertem a leitura do art. 1.790, caput, do CC, fazendo com que o companheiro herde os bens particulares do companheiro, cujo contrato foi estipulado de maneira contrária, ocultando o art. 1.725, do CC, no que tange ao regime de bens escolhido pelo casal.

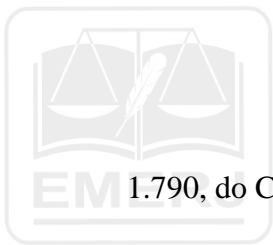
No campo de direito de família os doutrinadores dissertam sobre a igualdade das instituições familiares, entretanto quando interpretam a sucessão do companheiro sobrevivente na união estável com separação convencional, não dão importância ao regime de bens e suas consequências, denotando a intenção de rasgar o que foi firmado aplicar isoladamente o art.

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183.

¹³ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. v. VII. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 193.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 284.

¹⁵ *Ibid.*, p. 286.



1.790, do CC.

Por esse pensamento quanto ao regime de separação convencional de bens, o qual aplica-se de maneira oculta a sucessão do cônjuge, um ponto chama a atenção, pois não foi enfrentada pelos civilistas, caso o regime escolhido pelos companheiros na união estável fosse da comunhão universal, aplicaria cegamente o art. 1.790, do CC, ou seja, o sobrevivente só herdaria o que está prescrito em lei, não podendo ter direito à meação aos bens anteriores do que o casal construiu, na forma do art. 1.667, do CC, ou o debate da dissertação quanto a separação absoluta de bens é para demonstrar as desvantagens da sucessão do companheiro supérstite.

No campo jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem encampado o posicionamento de que o companheiro sobrevivente no regime de separação convencional de bens herdaria os bens do falecido, o que nada mais é do que o mero afastamento do art. 1.790, do CC, que trata do regime sucessório do companheiro em detrimento do regime sucessório do cônjuge.

INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITOS DA COMPANHEIRA À SUCESSÃO. HABILITAÇÃO. CABIMENTO. Comprovada a união estável, mesmo que a companheira não possua direito à meação, em decorrência de ter sido adotado o regime da separação obrigatória de bens, é herdeira relativamente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, devendo ser deferido o seu pedido de habilitação no inventário. Incidência do art. 1.790, inc. II, do CCB. Recurso provido¹⁶

Essa construção doutrinária e jurisprudencial, viola a cláusula de reserva de plenário, na forma do art. 97, da CRFB/88¹⁷, bem como a Súmula Vinculante 10¹⁸, do Supremo Tribunal

¹⁶ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Relator: Desembargador: Sergio Fernando Vasconcellos Chaves. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70057445777&as_q=+##main_res_juris>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 15 jun. 2015.



Federal, uma vez que deixa de aplicar o art. 1.790, do CC, ocultando a sua forma de afastamento da norma com fundamentos que destoam da hermenêutica jurídica.

Nessa ordem de ideias, qualquer Tribunal que trabalhe com essa interpretação estará legislando, uma vez que aplica uma norma em cotejo distinto, ou seja, o art. 1.829, I, do Código Civil, é aplicado ocultamente, quanto à sucessão do cônjuge supérstite com regime de separação convencional ao companheiro com mesmo regime.

Portanto, para que a leitura dos civilistas e do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul sejam aceitas, o art. 1.790, caput, do CC, deverá ser declarado inconstitucional perante o Supremo Tribunal Federal, pois utilizar interpretação para subverter a ordem jurídica é algo grave e intolerável no direito vigente.

3. APRESENTAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO A LUZ DO DIREITO CIVIL QUANTO À INCOMUNICABILIDADE DOS BENS APÓS A MORTE

Longe do tema ser pacificado em nível nacional, pois a matéria da concorrência do companheiro supérstite com os descendentes só está sendo analisada hodiernamente, uma vez que a possibilidade da escolha do regime de bens somente foi normatizada somente pela Lei 9.278 de 1996.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi a primeira Corte que interpretou o instituto de maneira avançada e adequada, pois utilizou todos os métodos da hermenêutica jurídica sem ferir o ordenamento constitucional.

Todos os acórdãos proferidos pelo Tribunal fluminense são decididos em sede de agravo de instrumento, pois na maioria das vezes os juízos *a quo* aplicam a ilegitimidade ativa do companheiro supérstite para figurar no inventário, julgando de forma terminativa para o



mesmo figurar na ação.

O primeiro acórdão foi lavrado pela relatoria do Desembargador Carlos Azeredo de Araújo, cujo teor foi ímpar, visto que enfrentou a incomunicabilidade total dos bens sob a ótica do próprio arts. 1.790, *caput*, e 1.725 do CC, entendendo que, quando houver contrato de convivência estipulando a separação convencional de bens o companheiro supérstite não teria direito hereditário.

O acórdão ainda teve como fundamento a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na escolha do regime de bens, uma vez que o convivente que aceitou o regime de separação total na união estável declarou os riscos de não participar da herança, portanto o ingresso da ação de inventário pelo convivente sobrevivente requerendo partilha dos bens particulares do falecido é considerada conduta contraditória, porque vai de encontro com a sua própria manifestação de vontade primitiva.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS QUE EXLUEM COMPANHEIRA DA SUCESSÃO DE ACORDO COM CLÁUSULA DE ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL QUE ESTABELECEU A INCOMUNICABILIDADE TOTAL DOS BENS ENTRE OS CONVIVENTES. MUITO EMBORA A AGRAVANTE ENTENDA POSSUIR DIREITO AOS BENS HAVIDOS NA CONSTÂNCIA DA RELAÇÃO DE COMPANHEIRISMO, A NATUREZA DESTA RECURSO NÃO PERMITE QUALQUER INDAGAÇÃO ACERCA DE VÍCIOS CAPAZES DE MACULAR ESPONTÂNEA E PÚBLICA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE QUANTO À INCOMUNICABILIDADE DOS BENS. RECURSO NÃO PROVIDO, ART.557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.¹⁹

É imperioso ressaltar que o citado acórdão, toca em um dos pontos mais interessantes da matéria, uma vez que a fundamentação teve por escopo colocar expressamente o art. 1.725, do CC, o qual expressa a existência de contrato escrito estipulando outro regime, qual seja o de separação absoluta de bens, retirando qualquer presunção de formação de bens comuns dos

¹⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 0051144-91.2012.8.19.0000. Relator: Desembargador: Carlos de Azeredo Araújo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E9FAF10B4E817A8A07480F7153B8DC33DEC4634F5D20>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

conviventes.

Seguindo a lógica da interpretação sistemática, a Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira decidiu o tema de maneira sucinta, sem adentrar em qualquer questão de ordem constitucional, apenas discorrendo que existindo escritura declaratória de separação absoluta de bens, a propriedade era exclusiva do falecido, portanto existirá a transmissão do bem pela herança para companheiro supérstite.²⁰

Após esse acórdão, a Desembargadora Patrícia Serra Vieira lavrou acórdão no sentido de que o companheiro não teria legitimidade para figurar no inventário, entretanto utilizou fundamentos da decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao direito hereditário do cônjuge.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Inventário. Decisão que indefere a habilitação da companheira do falecido, em razão de existência de escritura declaratória de união estável, com registro de opção pelo regime da separação total de bens. A vontade das partes e a liberdade contratual devem ser prestigiadas e enfatizadas, não sendo razoável que, após o falecimento de um dos companheiros, seja alterada a vontade comum pactuada. Interpretação lógica e sistemática dos artigos 1.829, inciso I, e 1.687 do Código Civil brasileiro. Atendimento aos princípios da confiança mútua, eticidade e/ou lealdade. Artigos 421 e 422 do CC. Inviável, nos termos estabelecidos na avença, a concorrência sucessória da companheira. É fenômeno incontestável que o Direito sucessório trabalhe com a projeção econômica do falecido. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte estadual. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.²¹

Ressalta-se que não só o voto da desembargadora, mas a maioria dos votos dos Tribunais estaduais quando fundamentam a ilegitimidade do companheiro supérstite com regime de separação convencional utilizam a jurisprudência da 3ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, julgada em 2009.

Cumprido destacar que o precedente do Superior Tribunal de Justiça quanto a

²⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 0023838-16.2013.8.19.0000. Relator: Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046C58667C0EB82153AAA74CF6B930DE11C5022E300645>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

²¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 0011875-11.2013.8.19.0000. Relator: Desembargadora Patrícia Serra Vieira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C1776EE27BA8E856FF06AD886BD6B79AC502265E4132>>. Acesso em: 15 jun. 2015.



ilegitimidade do cônjuge na sucessão do falecido se adequa muito mais ao instituto familiar da união estável do que no casamento, pois o casamento tem norma expressa de que o cônjuge é herdeiro necessário, segundo os termos do art. 1.845, do CC, portanto o fundamento da violação do contrato entre as partes, amolda-se perfeitamente nos contratos de convivência na união estável como suporte secundário de fundamentação.

O princípio da boa-fé objetiva se encontra muito mais latente na instituição familiar da união estável com regime de separação convencional de bens do que no casamento que estipula esse regime, uma vez que é o contrato que rege os efeitos patrimoniais entre as partes, persistindo até mesmo após a morte.

Nesse interim, a conduta do companheiro sobrevivente em requerer os bens que manifestou a vontade no sentido de individualizar as conquistas patrimoniais de ambos com a finalidade de não miscigenar os patrimônios adquiridos onerosamente, para que após a morte tenha outra conduta é no mínimo violadora da lealdade, eticidade e da confiança.

Portanto, prezando pelos princípios escorreitos do direito positivo e constitucional, a Corte fluminense manteve o respeito as ordens de vocação hereditária, não subvertendo em nenhum momento o direito hereditário do companheiro para que herdasse os bens particulares do falecido, sob pena de afastamento do art. 1.790, do CC, aplicando disfarçadamente o art. 1.829, I, do CC.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DOS REGIMES SUCESSÓRIOS DIFERENCIADOS NAS INSTITUIÇÕES FAMILIARES.

A Constituição Federal deixou claro que as pessoas poderão formar duas instituições familiares, quais sejam o casamento ou a união estável, entretanto demonstrou certa predileção para o casamento, pois o art. 226, §3º preceitua que “Para efeito da proteção do Estado, é

reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”²²

O Supremo Tribunal Federal, interpretando o dispositivo fixou em um primeiro momento a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo, o que por sua vez deflagrou a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, a qual determina a celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Por esse primeiro contato, nota-se que a igualdade em ambas as instituições não tem fundamento, pois o legislador não diferencia as instituições familiares, entretanto demonstra predileção ao casamento, o qual exige formalismo, dando muito mais segurança a ambas as partes do que a união estável.

A principal consequência da diferença de ambas as instituições não desagua no campo do direito de família, entretanto do direito sucessório, por isso existem vozes na doutrina que sustentam a inconstitucionalidade total do art. 1.790, do CC, aplicando o art. 1.829, do CC, sob o fundamento do princípio da igualdade.

Apesar da maioria dos membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família sustentarem a igualdade entre as instituições familiares, Rodrigo da Cunha Pereira demonstra que equipará-las em tudo será o fim da união estável.

Equiparar em tudo estas duas formas de família significa acabar com a união estável, interferir drasticamente no desejo das pessoas de poderem escolher uma forma de constituir família que não seja o casamento. Ainda bem que o companheiro/convivente não é herdeiro necessário nem herdeiro concorrente. Pelo menos restou uma forma de constituir família em que o indivíduo tem a liberdade de destinar os seus bens após a morte para quem bem entender.

Este tratamento dado pelo Código Civil de 2002 ao casamento e à união estável não significa superioridade de uma sobre a outra entidade familiar. Significa a saudável consideração das diferenças. O passo adiante no discurso da igualdade de direitos é exatamente esta consideração das diferenças. E na liberdade de escolha do diferente está a responsabilidade do sujeito por esta escolha.

Em outras palavras, e parafraseando Jaques Lacan, o sujeito é responsável pelas suas

²² BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

escolhas. Optar por constituir família pelo casamento tem vantagens ou desvantagens, assim como optar pela união estável traz vantagens e desvantagens. O que o Direito deve garantir é liberdade das pessoas de escolherem esta ou aquela forma de constituir família. Se não houver diferença entre estas duas formas, não haverá liberdade de escolha.²³

O próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem entendimento avançado sobre o tema, na decisão do Desembargador Paulo Sergio Prestes, cujo teor foi demonstrar a importância da diferença das instituições familiares, bem como não fixar a inconstitucionalidade na ordem vocação hereditária do companheiro.

O IDEAL DE ISONOMIA É A IGUALDADE MATERIAL QUE IMPÕE QUE AS DIFERENÇAS SEJAM CONSIDERADAS AO SEREM ESTABELECIDOS OS DIREITOS E OS EFEITOS DE CERTOS ATOS. CONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO DADO À COMPANHEIRA NA SUCESSÃO, QUE NÃO PODE SER DESCONSIDERADO PARA QUE SEJA DADO O TRATAMENTO DE ESPOSA. O ESTADO TEM O DEVER DE RESPEITAR A ESCOLHA DAS PESSOAS AO DECIDIREM CONSTITUIR FAMÍLIA POR MEIO DA UNIÃO ESTÁVEL, MAS TAMBÉM TEM O DEVER DE IMPOR QUE ESSAS PESSOAS SE SUJEITEM AOS EFEITOS DE SUAS ESCOLHAS QUE FORAM TOMADAS DE FORMA LIVRE E SEGUNDO OS SEUS IDEAIS DE FELICIDADE.²⁴

CONCLUSÃO

Qualquer tipo de interpretação jurisprudencial que subverta a ordem de vocação hereditária, mudando o sentido da leitura do artigo 1.790, do Código Civil em detrimento do artigo 1.829, I, e 1.845, do Código Civil, quanto ao direito sucessório do companheiro com regime de separação convencional de bens afronta a ordem normativa vigente.

O companheiro ao escolher o regime de separação convencional de bens através do contrato de união estável, firma por manifestação de vontade expressa que os patrimônios de ambos os conviventes não irão miscigenar durante a vida, muito menos após a morte.

Nessa ordem de ideias, os artigos 1.790 e 1.725, do Código Civil, são interpretados

²³ PEREIRA, Rodrigo Cunha. Concubinato e união estável. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 159.

²⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 0060945-65.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulor Sérgio Prestes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00039DA3B6997B0290C801C2ED8E407A9B74CCC403164C3D>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

sistematicamente no que tange ao regime de separação convencional de bens, não deixando dúvidas que ambos os companheiros em vida não formaram aquestos, portanto em caso de falecimento deles existirá uma cláusula de barreira que impedirá ao sobrevivente de herdar os bens do falecido.

Sendo assim, o companheiro supérstite não terá direitos aos bens do falecido caso tenha manifestado vontade conjuntamente para a estipulação do regime de separação convencional de bens pelo contrato de convivência, sob pena de violação do princípio da boa-fé objetiva, uma vez que ficará escrachado atitudes contraditórias, o que é vedado desde da criação do novo Código Civil, o qual se baseou pelo princípio da eticidade.

Destaca-se que não se pode olvidar de que, por certos critérios do legislador, que suplantam questões meramente jurídicas, levando em conta aspectos sociais e políticos envolvidos nos mais variados temas objeto de normatização, podem ser constituídas garantias para os diversos entes componentes da família, o que, de modo algum, consiste em discriminação, pelo quanto se percebe motivada a concessão de aludidas garantias, como de fato, em algumas situações isto se mostra absolutamente plausível.

Portanto, o legislador brasileiro diferenciou duas instituições familiares na própria Constituição Federal, quais sejam o casamento e a união estável, porém o tratamento distinto não significa a violação do princípio da igualdade, uma vez que cabe ao indivíduo fazer a escolha que lhe aprouver para a sua vida.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Direito de família*: curso de direito civil. São Paulo: Atlas. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em:



15 jun. 2015.

BRASIL. Lei 9.276, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Lei 10.406, 10 jan 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 12 maio 2015.

CAHALI, Franciso José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. v. 7. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Concubinato e união estável*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

UMA REFLEXÃO SOBRE A REGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL POR COMETIMENTO DE FALTA GRAVE E A VIOLAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Vanessa Bianchi Guedes Alonso

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Servidora Pública. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho.

Resumo: A regressão de regime é muito aplicada em casos concretos em que o condenado praticou falta grave no curso da sua execução de pena. O problema maior da regressão de regime se deve ao fato de que muitas vezes o apenado é regredido a regime mais severo do que aquele no qual fora condenado inicialmente por sentença transitada em julgado. Isso configura uma ofensa à segurança jurídica da sentença penal condenatória. A essência do trabalho é abordar as hipóteses legais em que ocorrerão regressões de regime, tendo foco maior a prática de faltas graves como ensejadoras de tais regressões, verificar a relevância da temática da regressão de regime a um regime no qual nunca fora condenado o apenado e apontar para o fato de que tais decisões de regressão de regime violam a segurança jurídica das decisões transitadas em julgado.

Palavras-chave: Direito Penal. Execução Penal. Regressão de Regime.

Sumário: Introdução. 1. Da regressão de regime 2. As hipóteses de regressão de regime prevista na Lei de Execução Penal. 3. Prática de falta grave como ensejadora de regressão de regime. 4. A coisa julgada de sentença penal condenatória. 5. A violação da segurança jurídica e da certeza jurídica pela regressão de regime quando implicar a aplicação de regime mais gravoso que de sua condenação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a regressão de regime na execução penal por cometimento de falta grave pelo apenado como hipótese violadora da segurança jurídica de sentença penal condenatória.

Procura-se demonstrar que a execução penal é uma parte do sistema penal cuja função principal é concretizar a aplicação da pena imposta ao réu em sentença penal, mesmo que esta não tenha transitado em julgado.



Para tanto serão abordadas algumas posições doutrinárias e jurisprudências a fim de destacar a relevância da regressão de regime como violadora da segurança jurídica. Durante a execução de pena o apenado terá direitos a serem gozados, como por exemplo, a progressão de regime e o livramento condicional. Além desses direitos, o condenado terá que observar deveres.

No primeiro capítulo, será abordado o que seria a regressão de regime dentro do sistema da execução penal.

No segundo capítulo, serão discutidas as hipóteses em que caberá a regressão de regime ao preso que praticar faltas graves, nas hipóteses do artigo 118 da Lei 7.210/84. O que ensejará o retorno do apenado a um regime mais gravoso do que aquele o qual estava cumprindo no momento da falta disciplinar.

No terceiro capítulo, terá como foco principal discutir a falta grave como principal ensejadora da regressão de regime na prática forense.

A proposta do quarto capítulo é discutir a questão da coisa julgada penal condenatória.

O quinto capítulo visa, após todas as questões debatidas nos capítulos anteriores, abordar a violação à segurança jurídica do caso julgado na sentença penal condenatória. Sendo esse um problema dos casos concretos atuais no judiciário. E para a análise desse tema foram utilizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, sendo realizada uma revisão doutrinária sobre o tema.

1. DA REGRESSÃO DE REGIME

O sistema de cumprimento de pena no Brasil é baseado no sistema progressivo, no qual o apenado terá o direito subjetivo público de progredir de regime quando tiver cumprido



o requisito objetivo que é o prazo determinado por lei e se tiver um bom comportamento carcerário, que é o requisito subjetivo.

Para ocorrer tal progressão no regime de cumprimento de pena é necessário que aquele que cumpre a pena atenda aos requisitos previstos na Lei de Execução Penal no seu art. 112, que configura requisito objetivo para a progressão de regime.

Mas para haver tal progressão de regime é necessário haver o mérito do condenado, ou seja, um bom comportamento disciplinar carcerário, que é tido como um requisito subjetivo para a obtenção da progressão de regime.

Caso o apenado atenda tanto ao requisito objetivo quanto ao requisito subjetivo ele terá direito subjetivo à progressão de regime.

Nesse sentido, expõe o autor Renato Marcão:

Se iniciado o cumprimento de pena no regime fechado, atendidos os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal (ou do art. 112 da LEP, c/c o §2º da Lei 8.072/90, em sendo o caso), o condenado *progredirá* para o regime semiaberto, e deste, em situação, ao regime aberto (observado disposto no art. 114 da LEP). Estando no aberto e presente uma das hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal, terá direito à obtenção do albergue domiciliar (pena no regime aberto a ser cumprida em residência particular). Iniciado o cumprimento da pena no regime semiaberto, *progredirá* ao aberto quando atendidos os requisitos legais.¹

Dessa forma, caso o condenado não tenha mérito carcerário ou enquadre-se em uma das hipóteses previstas no art. 118 da LEP haverá regressão de regime, o que acarretará para o apenado a ida para estabelecimento penal mais severo do que o que se encontrava. Com isso, a regressão irá determinar uma ordem inversa à progressão de regime.

Renato Marcão bem explica que:

Se por um lado o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena, autoriza a progressão até que alcance a liberdade definitiva, a ausência de mérito é causa determinante de sua regressão, que implicará a ordem inversa da progressão. Vale dizer: a regressão acarreta o ingresso no regime semiaberto, estando o condenado no aberto, ou no fechado, se na ocasião se encontrar no regime intermediário ou semiaberto.²

¹ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 193.

² Ibid.



Cabe destacar também que não será possível a regressão de regime por salto, exigindo-se uma ordem a ser seguida exceto no caso do art. 111 da LEP. Exitindo, portanto uma escala a ser seguida.

O autor, acima indicado, arguiu que o apenado sofrerá a regressão de regime por uma determinada causa por uma vez só, não podendo sofrer diversas vezes uma punição de regressão, pelo mesmo fato:

Para cada regressão deve haver uma causa justificadora, e não se pode, por um único motivo ou ainda que por vários, apuráveis de uma só vez, determinar a regressão do aberto para o semiaberto e logo em seguida, com o mesmo fundamento e pelas mesmas razões, impor nova regressão, agora para o regime fechado. Embora aqui não se possa falar em regressão por salto, haveria flagrante injustiça decorrente de bis in idem danoso ao condenado: uma única causa, ou mesmo mais de uma, aferível num único instante, estaria a ensejar dupla e subsequente punição.³

Com isso, delimita-se a forma como ocorrerá essa regressão de regime, ou seja, ela não poderá ser por salto, não podendo, portanto, regredir do aberto para o fechado, por exemplo, e não poderá ser regredido de regime uma vez pela prática de um fato.

2. AS HIPÓTESES DE REGRESSÃO DE REGIME PREVISTA NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Poderá ocorrer a regressão de regime nas hipóteses elencadas no art. 118 da LEP, essas hipóteses ocorrerão quando o condenado, no inciso I, praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; ou, no inciso II, sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

Na hipótese do inciso I do artigo 118 da LEP, em que o apenado sofrerá regressão de regime pela simples prática de crime definido como doloso. Segundo a jurisprudência

³ Ibid, p. 194.



dominante, não será necessário que o crime doloso tenha sido objeto de sentença condenatória transitada em julgado

Vale destacar que como a lei fala em cometimento de crime doloso, não ensejará a regressão de regime no caso do agente ter cometido no curso do cumprimento de pena um crime culposo ou contravenção penal.

O art. 118, inciso I fala ainda que a falta grave também ensejará a regressão de regime. A Lei 7.210/84 prevê no seu artigo 50 as hipóteses em que o apenado comete falta grave, conforme bem indica o texto abaixo transcrito:

Dispõe o art. 50 da Lei de Execução Penal que comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I- incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II- fugir; III- possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV- provocar acidente de trabalho; V- descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.⁴

A grande problemática da regressão de regime reside exatamente, nessa hipótese, ou seja, pelo cometimento de falta grave, pois a realidade das unidades prisionais brasileiras é marcada por algumas arbitrariedades cometidas contra o preso, que tem que submeter a essas circunstâncias para sobreviver dentro da cadeia.

A realidade carcerária é marcada diariamente por casos em que agentes penitenciários simulam situações para presos, como acusações vagas em procedimentos disciplinares de que o interno teria incitado ou participado de movimento para subverter a ordem, em que não se narra o que efetivamente o interno teria feito.

O problema, portanto, existe quando a lei é mal aplicada pelos operadores do direito, quando esses não possuem a sensibilidade de observar se a conduta relata no procedimento disciplinar realmente possui a natureza de grave. E, com isso, se realmente é caso de aplicar a regressão de regime.

⁴ Ibid, p. 195.



O inciso II do artigo 118 da LEP⁵ está em perfeita harmonia com a previsão do artigo 111 da LEP, já que este último determina que o regime será determinado pelo somatório ou unificação das penas, no caso de haver mais de uma condenação, e aquele determina que haverá regressão de regime quando o condenado sofrer condenação por crime anterior. Assim, se a pena ultrapassar a pena máxima admitida para aquele regime, de acordo com o artigo 33 do Código Penal, deverá o condenado regredir para o regime aplicável ao seu *quantum* de pena.

Aqui cabe ressaltar que nem sempre que houver nova condenação por crime anterior haverá a regressão de regime. Isso porque o somatório do que faltar da pena a ser cumprida e a nova pena imposta poderá estar no *quantum* de pena, dentro do parâmetro do artigo 33 do Código Penal, que possibilite que o réu permaneça no regime em que se encontra.⁶

O artigo 118 da LEP⁷, em seu §1º, prevê que o condenado pode ser regredido do regime aberto caso ele, além das hipóteses previstas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, quando puder fazê-lo, a multa cumulativamente imposta. Cabe destacar que tal situação de não pagar a multa cumulativamente imposta não irá mais gerar regressão de regime.

Isso porque com o advento da Lei n 9.268/1996, a multa passou a ser considerada como dívida de valor e como tal o seu inadimplemento pelo condenado não ensejará mais regressão de regime, mas sim será inscrito em dívida ativa da Fazenda Pública.

⁵ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

⁶ Ibid, p.197.

⁷ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 20 out. 2014



O §2º do artigo 118 da LEP⁸ ressalta ainda que, no caso de haver regressão de regime pelas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá o condenado ser ouvido previamente. Tal previsão legal garante o contraditório e a ampla defesa já que o apenado será submetido a regime mais gravoso.

Por último, o art. 146-C, parágrafo único, I da LEP⁹ prevê mais uma causa de regressão de regime que é a por violação do monitoramento eletrônico.

3. PRÁTICA DE FALTA GRAVE COMO ENSEJADORA DE REGRESSÃO DE REGIME

As hipóteses de falta grave estão previstas no art. 50 da Lei de Execução Penal, o qual prevê como falta grave: a incitação ou participação em movimento para subverter a ordem ou a disciplina; fuga; posse indevida de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocação de acidente de trabalho; descumprimento, no regime aberto, das condições impostas; inobservar os deveres os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 da Lei de Execução Penal; e possuir, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Após essa exposição das práticas ensejadoras da falta grave, cabe destacar que o condenado que praticar qualquer um desses atos elencados estará sujeito a um procedimento disciplinar para apurar a autoria e materialidade dos fatos.

E ao final se for caracterizada a autoria e materialidade do fato será aplicada uma sanção disciplinar e, além disso, o apenado terá seu comportamento carcerário rebaixado o que irá afetar um pleito de benefícios e direitos que o apenado possui.

⁸BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 20 out. 2014

⁹BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 20 out. 2014



Vale destacar que a Lei de Execução Penal ao referir-se à conduta de provocar acidente de trabalho, utilizou-se de maneira equivocada a palavra “acidente”, já que como bem explica Renato Marcão a expressão “acidente pressupõe acontecimento causal, infortúnio”, porém “só deve ser considerada falta grave a conduta dolosa”¹⁰.

O cometimento de tal falta impedirá, portanto, a reinserção do preso à sociedade, uma vez que esse não terá cumprido o requisito subjetivo necessário para concessão de qualquer benefício.

As faltas disciplinares praticadas pelo apenado, portanto, tem grande relevância para a obtenção de um benefício como o livramento condicional ou uma progressão de regime. Assim, mesmo que o preso cumpra o requisito objetivo deverá também deverá ter um bom comportamento carcerário, ou seja, cumprir um requisito subjetivo.

Vale destacar que a falta grave praticada pelo apenado além de ensejar a regressão de regime, no Estado do Rio de Janeiro ficará o preso impossibilitado de ter qualquer benefício concedido por um ano, por ausência do requisito subjetivo, já que ficará neste período a ficha disciplinar do apenado ficará por seis meses com comportamento negativo e mais seis meses com comportamento neutro, atendendo ao preceito previsto no art. 20 do Decreto Estadual 8.89796.

O apenado, além da regressão de regime e de ficar impossibilitado de obter um benefício no período de um ano após a prática da falta grave, no Estado do Rio de Janeiro, ainda terá a punição a perda dos dias remidos anteriormente, de acordo com o Enunciado nº 9 da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro.¹¹

Somando-se a isso, no Estado do Rio de Janeiro, também caso o apenado encontre-se no regime semiaberto, após a prática da falta grave, terá a imediata revogação dos

¹⁰ MARCÃO, op.cit., p.196.

¹¹ Enunciado nº 9 da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro: “A perda dos dias remidos alcança todo o período anterior à falta grave praticada.”



benefícios decorrentes desse regime na forma do Enunciado nº 18 da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro.¹²

Diante de todo exposto, constata-se que o preso terá, com a prática da falta grave, inúmeras punições pelo mesmo fato praticado. Isso viola um princípio basilar do Direito Penal do *ne bis in idem*.

O princípio do *ne bis in idem* vem consagrado, nos dias atuais, como um princípio geral do direito no qual se proíbe julgar um fato mais de uma vez pelo Estado. Os pilares desse princípio estão na proporcionalidade e na coisa julgada.

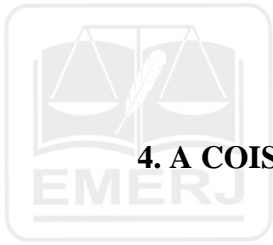
Esse princípio possui dois aspectos. Um aspecto processual e um aspecto material. No aspecto processual, impede-se que o sujeito sofra múltipla persecução penal, simultânea ou sucessivamente, pelos mesmos fatos. Esse aspecto relaciona-se com o conceito de coisa julgada, garantida constitucionalmente.

Porém, o aspecto que interessa, nesse caso, é seu aspecto material, no qual irá ser aplicado para possibilitar o respeito aos limites jurídico-constitucionais da acumulação de sanções penais e administrativas devido aos mesmos fatos e fundamentos, ainda que impostas em ordens sancionadoras diversas.¹³

Isso porque há, no caso de prática de falta grave, inúmeras punições ao apenado devido a prática de um só ato. Isso fere todo o sistema jurídico-penal, uma vez que é parametrizado pelo princípio do *ne bis in idem*, devendo haver um limite de aplicação de sanções àquele que durante o cumprimento de pena pratica falta grave.

¹² Enunciado nº 18 da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro: “O cometimento de falta grave pelo apenado em regime de semiliberdade enseja a imediata revogação dos benefícios decorrentes desse regime, ficando condicionada a decisão sobre a regressão do regime à prévia oitiva do apenado faltoso, nos precisos termos do art. 118, §2º, da LEP.”

¹³ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Ne bis in idem: limites jurídico-constitucionais à persecução penal*. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006, p. 150.



4. A COISA JULGADA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

A coisa julgada no processo penal caracterizar-se-á pela imutabilidade do fato real ocorrido no mundo fático e praticado pelo réu, tendo sido por ele julgado e condenado ou absolvido.

Com isso, o que transitará em julgado, na sentença penal, é o fato imputado ao autor na denúncia ou queixa. Não importando sobre a qualificação jurídica do fato, já que se houver alguma alteração topográfica do artigo que prevê o tipo penal no qual o réu foi condenado não acarretará um novo processo contra esse réu.

O doutrinador Paulo Rangel muito bem descreveu o significado no processo penal da coisa julgada e seu âmbito de atuação no trecho abaixo:

No processo penal o caso julgado irá recair sobre o fato real ocorrido no mundo dos homens. Não se trata da declaração da sentença sobre uma qualificação jurídica do fato, pois se assim fosse poderia o Estado acusar, novamente, o indivíduo já julgado, dando outro nome àquele fato que já foi objeto de julgamento. Talvez seja esta a razão através da qual alguns julgados tenham permitido a renovação de processo contra o mesmo réu, pelo mesmo fato. (...)

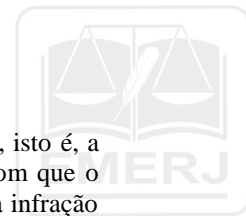
A primeira distinção que se deve fazer para a compreensão do problema é quanto à eficácia natural da sentença (efeitos) e à imutabilidade dessa eficácia (ou dos seus efeitos) que é o caso julgado, em si.

Eficácia toda sentença tem, ou seja, aptidão de produzir efeitos na ordem jurídica, criando, modificando ou extinguindo direitos. Todavia, a sentença penal condenatória (absolutória ou de declaração de extinção da punibilidade) tem efeitos próprios, diferentes da sentença civil, e aí reside a grande confusão do caso julgado no âmbito penal.¹⁴

A pena imposta em sentença penal condenatória será individualizada ao réu que fora acusado, aplicando-se o princípio da individualização da pena, prevista no artigo 5º, XLV, CRFB/88. E a coisa julgada incidirá na sentença sobre a declaração de existência do fato.

Mais uma vez o doutrinador Paulo Rangel destacou esses aspectos da coisa julgada, no trecho a seguir:

¹⁴ RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no Processo penal Brasileiro como instrumento de Garantia*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 160.



No Direito Penal, por exemplo, há o princípio da individualização da pena, isto é, a pena não passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, CR), fazendo com que o caso julgado mantenha-se intacto quanto à declaração sobre a existência da infração penal, ou seja, o que ficou declarado na sentença permanece inquestionável e intangível. O título executório é que sofrerá alterações de acordo com fatos supervenientes (durante o cumprimento da pena: a progressão de regime; o livramento condicional; o indulto etc), mas a declaração de certeza do crime não se altera, nem sofre modificações. (...)

O caso julgado penal tem efeito, única e exclusivamente, negativo: não se poderá, novamente, conhecer daquele mesmo fato da vida julgado e imputado ao mesmo indivíduo. É a diferença do caso julgado penal.¹⁵

Com isso, o autor destaca o que será afetado pela coisa julgada no processo penal, que será a declaração de tal existência do fato. O fato é que terá total relevância na sentença penal condenatória, pouco importando qual a capitulação dada para o fato imputado ao réu.

O autor afirmou ainda que o caso julgado terá o efeito negativo, ou seja, não caberá mais ser o autor do delito julgado novamente sobre o mesmo fato, mesmo que em outro processo deem ao mesmo fato capitulação diversa daquela em que o réu fora condenado.

Dessa maneira, a coisa julgada possui seus efeitos bem delineados na sentença penal, Esses efeitos da coisa julgada na sentença penal são: a imutabilidade e a imperatividade.

A imutabilidade gera a proibição de o caso ser julgado novamente por qualquer outro juízo de mesma instância ou de instância superior quando o julgado já tiver transitado em julgado. Caso esse efeito fosse violado haveria grande instabilidade nas relações, acarretando uma insegurança jurídica em toda a sociedade.

O outro efeito da coisa julgada é a imperatividade que nada mais do que a força dada a sentença pelo Estado para que ela seja respeitada por toda sociedade. Vale destacar que esse efeito da imperatividade é muito importante para a sentença penal condenatória, pois tal efeito possibilita que o réu cumpra tal pena imposta a ele.

¹⁵Ibid., p. 161.



A coisa julgada é baseada em três valores que são a certeza jurídica, a segurança jurídica e a justiça da decisão.¹⁶

A segurança jurídica, que é o ponto mais importante para a análise da situação problematizada que será discutida a diante, pode ser definida como o fato da sociedade ter um sentimento de que os direitos previstos nas normas jurídicas estão sendo cumpridas. Esse valor resguarda a sociedade de ser surpreendida com atos arbitrários e que violem as decisões judiciais já transitadas em julgado

Na fase de execução de pena, quando já há um título executivo judicial, e já existe o trânsito em julgado da decisão, tornando a sentença imodificável e imperativa, esta última deverá ser cumprida visando sempre preservar os valores da certeza jurídica e segurança jurídica.

Ocorre que há uma hipótese em que esses valores são desrespeitados, que é no cometimento de falta grave por apenado condenado a pena em regime inicial aberto ou semiaberto, e é regredido de regime, afrontando-se claramente a certeza e segurança jurídica.

5. A VIOLAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA CERTEZA JURÍDICA PELA REGRESSÃO DE REGIME QUANDO A REGRESSÃO IMPLICAR A APLICAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO QUE DE SUA CONDENAÇÃO

Conforme dito no capítulo anterior o sentença penal condenatória quando transitada em julgado terá como valores a serem aplicados: a certeza jurídica e a segurança jurídica.

A certeza irá afastar qualquer dúvida quanto à pena a ser cumprida pelo réu, e é uma realidade nos Estados Democráticos de Direito, como é o Estado Brasileiro. A segurança

¹⁶ Ibid., p. 149.



jurídica afastar da sociedade qualquer surpresa que cause prejuízo para a parte autora e viole os seus direitos.

Quanto à segurança jurídica, o autor Paulo Rangel¹⁷ bem expõe o seu significado e esclarece algumas questões sobre esse valor:

A segurança jurídica se traduz no sentimento que a sociedade tem de que seus direitos previstos na Constituição da República, caso da Brasil, serão respeitados a todo custo. Formalmente a segurança é assegurada pelo respeito aos princípios constitucionais, dentre eles o do caso julgado.(...)

A sociedade, hodierna, deve estar a salvo do que ficou conhecido na história como o “guarda da esquina”, evitando ser surpreendida com atos arbitrários que violem direitos adquiridos na vigência da lei anterior (direito exercitável e exigível à vontade de seu titular); que violem direitos já consagrados em atos juridicamente perfeitos (isto é, o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou); e, que violem decisões judiciais já acobertadas pelo manto do caso julgado material (a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário).¹⁸

Tais valores recaem sobre a sentença penal condenatória quando transita em julgado.

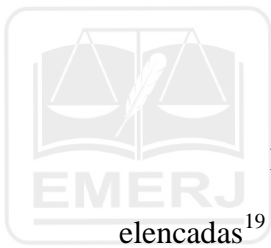
Na fase de execução penal, tais valores aplicados à sentença penal condenatória transitada em julgado, também serão relevantes no cumprimento de pena. Isso porque, durante o cumprimento de pena poderá o apenado cometer alguma falta disciplinar grave e ter decisão do juízo da Vara de Execução Penal de regressão de regime.

Ocorre que tal decisão de regressão de regime poderá violar, tanto a segurança jurídica quanto a certeza jurídica da sentença penal condenatória, no caso de haver regressão de regime ao qual o apenado não fora condenado inicialmente.

Um exemplo de tal situação é quando um réu é condenado em sentença transitada em julgado a uma pena de 1 ano e 6 meses em regime aberto, porém durante o cumprimento da pena no regime aberto ocorre a evasão do apenado de uma Casa de Albergado, pois ele deixa de se apresentar no local.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid., p. 150.



Essa falta grave gerará a regressão de regime, além de todas as outras punições já elencadas¹⁹ neste trabalho, e tal regressão será para o regime semiaberto, regime esse que nunca fora condenado.

Isso é violador da segurança jurídica, pois é uma punição que viola o regime imposto na pena aplicada ao réu de uma maneira que gera uma surpresa para o réu.

Tal decisão de regressão é arbitrária, nessas hipóteses, pois gera uma surpresa para o réu e viola uma decisão judicial já acobertada pela coisa julgada. Dessa forma entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 93.761/RS²⁰.

A reflexão que tal situação deve gerar é que se o Brasil é um Estado Democrático de Direito em que o direito de liberdade somente será restringido por decisão fundamentada, como ser aplicável a regressão de regime num caso como o exemplo dado.

Nas palavras de João Conde Correia, ele esclarece esse tipo de situação:

A busca de segurança passou a ser uma prioridade absoluta para os governos e para os cidadãos e, com isso, o mundo tornou-se menos seguro e menos livre. Os direitos fundamentais deixaram de ser compreendidos como direitos de defesa contra o Estado para passarem a ser vistos apenas como 'um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade.'²¹

Com isso, o Estado Brasileiro mostra-se mais preocupado em aplicar normas em casos como esses a fim de manter uma segurança da sociedade contra atos de infratores, porém, violam direitos do apenado.

Assim deveria ser pensado, nessas hipóteses em que há uma regressão de regime ao qual nunca fora condenado, de ser aplicada outra forma de punição e não a regressão de regime, pois se continuar como está haverá uma homologação de ato atentatório à segurança jurídica e certeza jurídica das decisões.

¹⁹ As outras punições aplicadas no caso de falta grave foram expostas no capítulo da prática de falta grave como ensejadora de regressão de regime.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 93.761. Relatora: Ministro Eros Grau.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893761%2EENUME%2E+OU+93761%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/npgtox1>>. Acesso em: 14 maio 2015.

²¹ CORREIA, João Conde. *O mito do caso julgado e a revisão propter nova*. Coimbra:Coimbra, 2010, p. 276.

CONCLUSÃO

A situação constante nas decisões judiciais de execução em que se regride o apenado a regime penal mais gravoso que o regime previsto na sua sentença penal condenatória fere a segurança jurídica que decorre da coisa julgada material.

E uma vez violada a segurança jurídica haverá uma ofensa aos princípios gerais do direito, tornando as relações jurídicas instáveis e conseqüentemente gerará a instabilidade na sociedade.

A regressão de regime aplicada ao apenado que nunca foi condenado naquele regime que fora regredido gerará para ele uma instabilidade muito grande. E tendo por base que o objetivo da pena é a punição e ressocialização, não deverá o juiz ao decidir pela regressão de regime apenas aplicar a norma, sem questionar se no caso concreto cabe a regressão de regime.

Isso porque, se o apenado foi condenado inicialmente ao regime semiaberto e comete falta grave por evasão no cumprimento da visita periódica ao lar e não cometeu novos delitos depois da evasão, não há necessidade de ser aplicada a regressão de regime.

Deverá a decisão de regressão de regime, nesse caso anterior, ser muito bem fundamentada, já que no caso concreto o apenado não teria causado nenhum risco a sociedade, sendo cabível a ele as sanções disciplinares administrativas e a contagem do prazo para sua progressão ser contado da data da falta grave.

Portanto, é violadora da segurança jurídica e da coisa julgada material a decisão de regressão de regime por cometimento de falta grave que enseja a aplicação de regime mais grave do que aquele imposto pela sentença penal condenatória transitada em julgado. Isso porque se não for revista tal situação, haverá a grave consequência da insegurança na sociedade que acarreta um Estado baseado no medo.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 93.761. Relatora: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893761%2ENUM%2E+OU+93761%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/npqtoxl>>. Acesso em: 14 maio 2015.

CORREIA, João Conde. *O mito do caso julgado e a revisão propter nova*. Coimbra:Coimbra, 2010.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no Processo penal Brasileiro como instrumento de Garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Ne bis in idem: limites jurídico-constitucionais à persecução penal*. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006.



POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE GÊNERO NO ASSENTO DE REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL, MESMO SEM A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO. RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DO RE 670422

Vanessa Vieira da Silva Cardoso de Lima Salles

Graduada pelo Centro Universitário da Cidade.
Advogada.

Resumo: A sociedade brasileira tem sido marcada por questões que envolvem o comportamento sexual, perquirições jurídicas, a ética e o consentimento da sociedade. Cada vez mais se percebe a evolução da sociedade, e com isso vem o transexualismo, em que a pessoa não se conforma com o seu sexo biológico por pensar que pertence ao sexo oposto. O transexual tem o direito de ter alterado o seu nome em seu registro civil de acordo com sua realidade. Nesse sentido a legislação é omissa e a jurisprudência vem exigindo a realização de cirurgia de mudança de sexo para conceder o direito do transexual ter seu registro civil alterado. A fim de orientar os magistrados vem a teoria Principlialistada bioética, a saber: Princípio do respeito à autonomia, Princípio da não maleficência, Princípio da beneficência e Princípio da justiça. A essência do trabalho é abordar esses temas, verificar sua relevância e apontar a desnecessidade de realização de cirurgia de redesignação de sexo para alteração do registro civil do transexual.

Palavras-chave: Direito Civil Constitucional. Transexual. Gênero. Mudança de Nome Sem Cirurgia. Registro Civil.

Sumário: Introdução. 1.Nome como Direito Fundamental da Personalidade e o seu Registro. 2. O Transexualismo E A Teoria Bioética Do Principlialismo. 3Desnecessidade de Realização de Cirurgia de Transgenitalização para Alteração nos Assentos do Registro Civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a possibilidade da desnecessidade de realização de cirurgia de transgenitalização para alteração nos assentos do registro civil, ao conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual e à possibilidade jurídica de se utilizar o termo transexual no registro civil.

Esse tema apresenta natureza constitucional, uma vez que expõe os limites da convivência entre os direitos fundamentais dos indivíduos, tais como, o direito à vida, o



direito da personalidade, à liberdade, à intimidade e a saúde, além dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos.

Para tanto, serão abordadas a teoria da bioética principialista, posições doutrinárias e jurisprudência a respeito do tema de modo a conseguir discutir se haveria a necessidade de realização da cirurgia de transgenitalização para alteração nos assentos no registro civil.

A sociedade brasileira tem sido marcada por questões que envolvem o comportamento sexual, perquirições jurídicas, a ética, o consentimento da sociedade, a divulgação maciça pela mídia e os estudos científicos. São os chamados desvios sexuais, portanto, tem pertinência sua observação, pois alcança os direitos da personalidade.

Observa-se uma desarmonia entre o sexo biológico e o sexo registral, causando alguns comportamentos conhecidos pela sociedade, dentre eles o transexualismo. O transexual deve ser respeitado, pois é sujeito de direito e, assim sendo, permanece a tutela de sua personalidade. Destarte, tem-se que o nome integra a personalidade do indivíduo, pois o identifica e o individualiza perante a sociedade.

Quando o ser humano tem seus direitos limitados e pretende obter o reconhecimento civil ou permissão para exercer determinado ato, pode ajuizar uma demanda judicial, pleiteando ao juiz que permita a praticar o ato que foi limitado por lei existente ou por costume ou por norma moral da sociedade.

Nesse sentido a jurisprudência é controvertida, pois com base em argumentos sólidos e coerentes, existem julgados concedendo o pedido do autor para incluir o nome registral de acordo com o sexo psicológico, por outro lado há aqueles julgados que exigem a realização de cirurgia de Redesignação de Sexo para que se obtenha a alteração do nome no registro civil.

Diante da controvérsia o Superior Tribunal Federal admitiu a repercussão geral sobre o tema no RE.670422, que está pendente de julgamento.



Inicia-se o primeiro capítulo do artigo apresentando o Nome como Direito Fundamental da Personalidade e seu Registro.

Segue-se, no segundo capítulo, a apresentação do transexualismo com a teoria Principlialistada bioética, a saber: Princípio do respeito à autonomia, Princípio da não maleficência, Princípio da beneficência e Princípio da justiça.

O terceiro capítulo destina-se a examinar há necessidade da realização de cirurgia de transgenitalização para alteração nos Assentos do Registro Civil.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. NOME COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE E O SEU REGISTRO

Nos termos do atual Código Civil e da Lei de Registro Público (Lei n. 6.015/73), o individuo possui direito ao nome desde o seu nascimento. O nome é o que diferencia e o individualiza na sociedade, é por ele que o ser humano será reconhecida em toda a sua existência.

Sobre o direito ao nome, Carlos Alberto Bittar¹, afirma que o bem jurídico a ser protegido é a identidade, analisada como um atributo inerente à personalidade humana. O direito ao nome é tão essencial que recebe proteção também os seus acessórios, tais como o pseudônimo, a alcunha e o hipocorístico, a este a designação carinhosa, geralmente pelos íntimos.

¹BITTAR apud CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. Anotações sobre o direito constitucional à própria identidade. In: LUCÇA, Newton De (Coord.); PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; NEVES, Mariana Barboza Baeta. *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2012, p.489.



Silvio Romero Beltrão² afirma para que se tenha uma identidade pessoal o ser humano dever ter um nome admitido juridicamente como direito da personalidade.

Nesse contexto, os direitos da personalidade diferem dos direitos fundamentais. O professor José de Melo Alexandrino³ ensina que os direitos da personalidade são “situações básicas do homem reconhecidas pela lei civil”. Já os direitos fundamentais possui status constitucional, por conta disso, goza de outro nível de reconhecimento pelo ordenamento jurídico. Ainda que em alguns casos se admita a sua incidência sobre o mesmo objeto, a diferença hierárquica determina a garantia mais graduada de proteção pelo ordenamento.

O fundamento de validade do direito da personalidade é a dignidade da pessoa humana, prevista como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CRFB/88⁴), haja vista que o pressuposto da dignidade é o reconhecimento do ser humano como pessoa.

O professor Gustavo Tepedino⁵ assegura que, independentemente das normas expressas garantidoras dos direitos da personalidade na Lei Civil, há uma “cláusula geral de tutela” que possibilita a proteção dos direitos da personalidade nos casos em que haja uma que uma violação ou uma ameaça de violação ponha em risco sua existência.

O atual ordenamento positivou o direito ao nome no capítulo dos direitos da personalidade no Código Civil⁶, por se tratar de um direito da personalidade, detém caráter a um só tempo público e privado.

² BELTRÃO, apud CRUZ, CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. Anotações sobre o direito constitucional à própria identidade. In: LUCCA, Newton De (Coord.); PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; NEVES, Mariana Barboza Baeta. *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2012, p.489.

³ ALEXANDRINO apud MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. In: _____; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p.363.

⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21 out.2014.

⁵ TEPEDINO, Gustavo apud MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. In: _____; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p.365.

⁶ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acessado em: 21 out.2014.



Diante de tais considerações se faz imperioso uma análise de como tal direito se materializa, para tanto, analisar-se-á o registro do nome.

O registro do nome nos cartórios competentes é de interesse público, pois o referido registro tem o fim despublicizar o nascimento, conferir a identidade do indivíduo e até mesmo a programação de políticas públicas⁷.

O ordenamento jurídico atribui a responsabilidade para escolher o nome do ser humano e registra-lo aos pais. A regra é que o nome seja imutável, o que aumenta a responsabilidade dos pais ao escolhê-lo, tendo em vista que a criança carregará o nome que lhe foi conferido o longo de sua vida.

No ordenamento jurídico brasileiro não há limitação da liberdade dos pais no que tange à escolha dos nomes dos filhos. Nos termos dos artigos 55, 63 e seu parágrafo único, da Lei n. 6015/73⁸, não será registrados prenomes suscetíveis de expor ao ridículo seus portadores. A referida norma também atribui à obrigação dos pais registrarem gêmeos com nomes diferentes. Do mesmo modo, a lei determina que irmãos nascidos em épocas diferentes tenham prenomes diferentes, ou, no caso de serem iguais, que possuam prenome duplo sendo o de um irmão diferente do outro. Não se enquadrando o nome nessa hipótese, estará por lei, permitido. Trata-se, pois de ampla liberdade quanto à escolha dos nomes próprios.

Como ficou demonstrado, em regra, o nome é imutável, entretanto, a existência de tal regra se refere à própria natureza do direito ao nome, qual seja a de garantir a identificação do sujeito e individualiza-lo dos demais⁹.

⁷MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. In: _____; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p.365.p.379.

⁸ BRASIL. Lei 6.015/73. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acessado em 21 out.2014.

⁹ MONTEIRO. op. cit., p.382.



No entanto, existem casos em que a manutenção do nome aviltaria os princípios que fizeram com que o atual ordenamento jurídico brasileiro o adotasse como direito da personalidade.

Preconizava a antiga redação do art. 58 da Lei 6.015/73 que o nome era imutável. Admitia-se a mudança somente por erro gráfico. Porém essa não era propriamente uma mudança de nome, era um registro imperfeito da vontade dos pais, pois o nome, como tal era o mesmo; o seu registro é que estava errado, era um erro material, portanto dispensava-se o procedimento judicial; pois o oficial do registro poderia alterá-lo de ofício, a requerimento dos interessados.¹⁰

A redação do aludido dispositivo foi alterada pela Lei nº 9.708, de 1998¹¹, e passou a permitir “a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

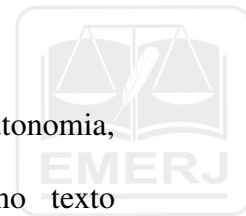
Salienta-se que a possibilidade de alteração não se restringe ao prenome, visto que quando se fala no nome fala-se no como conjunto, não apenas no nome próprio.

A fim de melhor compreensão de quando e em quais situações poderá ter lugar a alteração do nome, convém enumerar suas hipóteses de cabimento: Alteração por exposição ao ridículo; alteração em razão do casamento; alteração em razão da investigação de paternidade; transliteração e o registro de nomes estrangeiros; alteração fundada na lei de proteção à testemunha; e por fim, alteração em razão da mudança do gênero, questão objeto deste estudo que será analisada pormenorizadamente adiante.

2. O TRANSEXUALISMO E A TEORIA BIOÉTICA DO PRINCIPALISMO

¹⁰Ibid.

¹¹BRASIL. Lei 6.015/73. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm. Acessado em 21 out.2014.



Na teoria bioética do Princípioalismo são aplicados quatro Princípios: da autonomia, da beneficência, da não maleficência e da justiça, todos fundamentados no texto constitucional.

A doutora Maria Aglaé Tedesco Vilardo¹², em sua tese de doutorado denominada “Decisões Judiciais no campo da biotecnociência: a bioética como fonte de legitimação.” nos ensina que a autonomia é a manifestação de vontade livre e consciente, sem influencia de terceiros, para tomar uma decisão, no caso da cirurgia de redesignação de sexo, a pessoa deverá ser capaz de tomada de decisão a partir do recebimento da informação material sobre os efeitos da cirurgia em seu corpo, bem como a submissão ao tratamento hormonal, só assim poderá concordar ou não com o procedimento cirúrgico.

A pessoa que se considerada transexual recusa o seu sexo biológico por entender que é do sexo oposto. A adequação do sexo psicológico com o sexo biológico se constrói com o tempo, começa na infância, posteriormente a pessoa passa a se vestir conforme o sexo oposto e por fim o individuo passa a fazer uso de hormônios. Conforme as normas da ética médica, aquele que se propõe a mudar de sexo deverá ter no mínimo 21 anos de idade e terá que ter se submetido a dois anos de tratamento psicológico¹³.

No Manual de Desordens Mentais, a Associação Americana de Psiquiatria¹⁴, em 2012, mudou seu entendimento e começou a considerar a transexualidade, como disforia de gênero, ou seja, abandonou a ideia de que a transexualidade é uma doença. No Brasil, a Resolução nº 1652/2002¹⁵, do Conselho Federal de Medicina, previa a “ausência de outros

¹²VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. *Decisões judiciais no campo da biotecnociência: a bioética como fonte de legitimação*. 2014. 163 f. Tese (Doutorado em Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em regime de associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Fundação Oswaldo Cruz e da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2014.

¹³Ibid.

¹⁴DIAGNOSTIC and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5). Disponível em: <<http://www.dsm5.org/documents/gender%20dysphoria%20fact%20sheet.pdf>> Acesso em: 31 mar. 2015.

¹⁵ Resolução do CFM nº 1652, de 2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.



transtornos mentais” para realização da cirurgia. Atualmente, a Resolução nº 1955/ 2010¹⁶ do mesmo conselho, manteve a exigência, entretanto excluiu do seu texto a palavra “outros”.

Essa nova percepção da transexualidade, como disforia de gênero, afasta o estigma de desordem mental e considera uma angústia associada a essa condição. A Resolução reforça a plena capacidade do transexual, ao exigir expressamente em um de seus artigos que “deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido”¹⁷.

Foucault¹⁸, afirma, em sua obra “Ética, Sexualidade, Política” que há uma rejeição da sociedade em misturar dois sexos num só corpo ou transitar de um sexo para outro, em razão das teorias biológicas da sexualidade e das condições jurídicas impostas, de somente dois sexos distintos, pelo controle do Estado. Pondera, ainda, que o judiciário ao fazer a exigência de uma mutilação do corpo de outra pessoa corresponderia a uma violação do direito à intimidade, previsto na constituição, bem como o direito de não sofrer interferência no próprio corpo.

Na medida em que os magistrados comecem a afastar a exigência da mutilação masculina para transformação na genitália feminina, tendo em vista a recusa dos transexuais, corresponderia a quebra do ciclo de transformação albergado pela jurisprudência. Bourdieu pondera que “os habitus são inseparáveis das estruturas que as produzem e as reproduzem” e os dominados são importantes ao exigirem a resolução do fato se baseando nas particularidades que possuem e oferecem, por sua própria e exclusiva determinação, nunca pela de terceiros, mesmo que estes sejam os juízes de sua causa, principalmente na ausência de uma norma imperativa. Em uma sociedade plural, para que se possa atender os diferentes

¹⁶ Resolução do CFM nº 1955, de 2010. Disponível em:

<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 12 abr.2015.

¹⁷ VILARDO, op. cit., p. 166.

¹⁸ FOUCAULT apud VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. *Decisões judiciais no campo da biotecnociência: a bioética como fonte de legitimação*. 2014. 172-173 fls. Tese (Doutorado em Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em regime de associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Fundação Oswaldo Cruz e da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2014.



cidadãos e respeitando a autonomia de cada, as convenções da sociedade quanto ao binarismo sexual devem ser modificadas.¹⁹

Ao prosseguir em seus estudos a doutora Aglaé²⁰ analisa o Princípio da não maleficência que significa não infligir dano ou prejuízo intencionalmente. De todos é exigido uma conduta moral, qual seja, a abstenção de efetuar ação ou omissão que gere dano desnecessário ou provoque risco a outrem. O magistrado ao impor a realização da cirurgia para que se determine a mudança de nome, estaria infligindo um risco a pessoa em uma visão de sexualidade que só enxerga o sexo no seu aspecto biológico, e não atende a manifestação de vontade da pessoa que se considera transexual.

Em sua tese, Aglaé²¹, afirma que o Princípio da beneficência, não se deve causar mal a ninguém, em que pese não ser obrigatório fazer sempre o bem, a beneficência será obrigatória diante da existência de vínculo entre as partes, seja na relação de proximidade, seja em uma relação profissional. O magistrado ao tomar sua decisão deverá ter em mente os efeitos que serão produzidos perante os membros da sociedade, apontando este Princípio para ter ciência dos efeitos negativos e se tais efeitos poderão ser superados. Havendo fundado receio de que os efeitos negativos não serão superados, o magistrado deverá decidir em prol da sociedade.

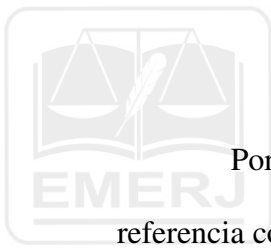
Segundo a doutora²², as pessoas que desejam mudar de sexo fundamentam seu pedido na adequação do sexo biológico com o sexo psicológico. É contraditório exigir a cirurgia de redesignação de sexo para poder aceitar o sexo psicológico, tendo em vista que se valora muito mais a aparência biológica em detrimento do sentimento da pessoa em relação ao seu corpo.

¹⁹VILARDO, op. cit., p.174.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., p.. 181 - 182.

²² Ibid.



Por fim ao analisar o princípio da Justiça, Aglaé afirma que se faz impositivo a referência constitucional do princípio da igualdade e da não discriminação.

A constituição federal prevê que o direito a saúde e ao cuidado é um direito de todos e dever do Estado, nesse sentido, o SUS promove regularmente o atendimento aos transexuais, disponibilizando serviço integral e observando o bem estar psicológico. em virtude do elevado numero de pessoas que procuram atendimento pelo SUS, nem todos podem ser atendidos ao mesmo tempo, devendo aguardar a oportunidade de realizar a cirurgia, o que pode demorar anos. Assim os benefícios que o Estado disponibiliza não são imediatos para todos. O atendimento cirúrgico, em função da grande demanda, são mais reduzidos do que o atendimento mais simples, como a utilização de hormônios, portanto, mais fácil de ser alcançado. Em que pese o desejo de muitos transexuais em realizar a cirurgia de redesignação de sexo, essa permanece fora do alcance da maioria dessas pessoas, portanto, sua exigência pelo poder judiciário, para que seja realizado a mudança de nome e gênero configuraria violação ao princípio constitucional da não discriminação.²³

Ademais, podemos observar que há discriminação quando da exigência da cirurgia de transgenitalização, pois para a pessoa que possui o sexo biológico feminino e o sexo psicológico masculino, há grandes riscos no procedimento cirúrgico, apresenta grandes problemas, visto que, a pessoa transexual faz a retirada de sua mama, ovários e útero, porém possui dificuldade para a realização da cirurgia de faloplastia.²⁴ Assim, como obstáculos que existem para a realização da cirurgia, sua exigência discrimina o sexo psicológico masculino.

A transformação do corpo com a cirurgia representa somente uma etapa do processo transexualizador a ser acolhida ou não pelo transexual, devendo o poder judiciário apenas determinar a adequação do nome e sexo no registro ao sexo declarado.

²³Ibid., p.192 – 193.

²⁴ Ibid.

3. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO PARA ALTERAÇÃO NOS ASSENTOS DO REGISTRO CIVIL

Para que a pessoa transexual possua uma vida com dignidade se faz necessário o reconhecimento da sua identidade sexual, sob o ponto de vista psicossocial, de modo a transparecer a sua verdade real por ele vivenciada e que se apresenta na sociedade, conferindo a retificação de seu registro civil.

A pessoa que não possui seus documentos de acordo com sua identidade de gênero, tem por aviltada a sua dignidade, pois é submetida frequentemente a aflições e sofrimentos.

Assim, resta configurado a hipótese do artigo 57, parágrafo único da Lei de Registros Públicos²⁵, por ser uma situação extraordinária de motivação que permite a retificação do registro civil por ordem judicial.

A jurisprudência no âmbito dos Tribunais de Justiça brasileiros é no sentido de conceder a retificação de registro civil nos casos de transexualismo. Por todos:

APELAÇÃO CÍVEL²⁶. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTERESSE PROCESSUAL EVIDENTE. SENTENÇA ANULADA. ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA JULGAMENTO DA AÇÃO PELO ÓRGÃO AD QUEM. TEORIA DA CAUSA MADURA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. USO DE APELIDO PÚBLICO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. CONSTRANGIMENTOS DIVERSOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PERMISSIVO DO ART. 58 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS. APELO PROVIDO. (TJBA. Apelação 0368330-41.2012.8.05.0001. Relatora Marcia Borges Faria. Comarca Salvador. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Data do julgamento: 22/10/2013. Data de registro: 23/10/2013).

²⁵BRASIL. Lei 6.015/73. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acessado em 21 out. 2014.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação 0368330-41.2012.8.05.0001. Relatora Marcia Borges Faria. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=97519&v1Captcha=jHetB>>. Acesso em: 12 abr. 2015.



APELAÇÃO CÍVEL²⁷. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. TROCA DE NOME E SEXO.

À equação do presente pertinente a averbação no assento de nascimento do (a) recorrente sua condição de transexual. Aplicação dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO EM PARTE, VENCIDO O RELATOR, DES. RUI PORTANOVA (TJRS. Apelação Cível 70041776642. Relator e Presidente DES. RUI PORTANOVA. Comarca de Porto Alegre. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Data do Julgamento: 30/06/2011. Data de registro: 05/07/2011).

Nesse sentido, cumpre destacar, que no REsp 1008398/SP²⁸, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de alteração do nome designativo de sexo, da pessoa que foi submetida a cirurgia de redesignação de sexo, tendo com um dos fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Salienta-se que a Resolução n.º 1.652/2002²⁹, do Conselho Federal de Medicina, explica que existem dificuldades técnicas para obtenção de bom resultado estético e funcional por meio de neofaloplastia, e autoriza a realização da intervenção cirúrgica apenas a título experimental.

Destarte, a presença da genitália masculina ou feminina não é essencial para a caracterização da identidade de gênero.

Ademais, seria de uma barbárie sem tamanho impor que a pessoa transexual realize uma cirurgia em fase experimental como *conditio sine qua non* para a alteração do prenome e do gênero.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Apelação Cível 70041776642 Relator DES. RUI PORTANOVA. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2012&codigo=260759>. Acesso em 28 abr. 2015.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1008398/SP. Relatora Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=6666092&tipo=5&nreg=200702733605&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20091118&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

²⁹ Resolução do CFM nº 1652, de 2002. Resolução do CFM nº 1652, de 2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.



Destaca-se que em 21/11/2012 a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado³⁰ (CDH) aprovou o Projeto de Lei do Senado n.º 658/2011, que reconhece os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais. Essa matéria atualmente está na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), aguardando a designação do relator.

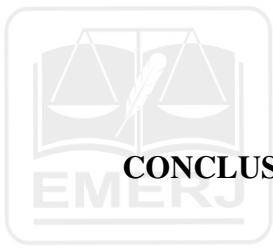
Acima referenciado, em seu art. 2º, o Projeto Legislativo propõe que toda pessoa possa requerer a adequação dos registros de seu nome ou sexo quando não coincidam com sua identidade de gênero. Já o art. 3º estabelece como requisitos para essa adequação documental que o nome ou o sexo consignado no Registro Civil do requerente estejam em discordância com a sua própria identidade de gênero e que essa discordância seja atestada por laudo técnico fornecido por profissional de qualquer das áreas médica, da psicologia ou da psiquiatria, sem que, em hipótese alguma, seja exigida cirurgia de redesignação sexual para a concessão da adequação documental, mas, se a pessoa já tiver realizado essa cirurgia, ela fica dispensada de apresentar os referidos laudos técnicos.

No que tange à possibilidade de retificação do nome, a Desembargadora relatora Marcia Borges Faria³¹, na Apelação 0368330-41.2012.8.05.0001, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, acima referenciada, entendeu que o reconhecimento do pedido de alteração de prenome não causa nenhum dano à sociedade, restringindo-se tão somente à garantia da dignidade de quem o pleiteia. Por fim, concluiu que a averbação da alteração do nome do indivíduo objetiva a segurança dos registros públicos e das relações jurídicas.

Assim sendo, não se deve impor sofrimento maior aquele que pretende efetuar a alteração do registro civil sem a realização de cirurgia de redesignação de sexo, nesse sentido caminha o poder legislativo, no sentido de reconhecer tal possibilidade.

³⁰ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n.º 658/2011. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=98732&tp=1>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

³¹ Faria, op.cit., p.11.



CONCLUSÃO

Dentre os direitos da personalidade, está o direito ao nome, que protege a identidade do indivíduo. A pessoa considerada transexual é aquela que recusa o seu sexo biológico, por entender que pertence ao sexo oposto, tal situação gera sofrimento a pessoa, haja vista que há uma desconformidade entre sua identidade real e a documental.

Para a sociedade trilhar um novo caminho, deve aplicar os princípios da bioética a fim de adequar o sexo psicológico com a identidade documental do transexual. A inserção do transexual para interagir de modo pleno da vida social e não ser mais objeto de discriminação por conta das suas diferenças começa com a aceitação de que não se trata de uma doença a ser clinicada, muito menos um distúrbio de personalidade, mas sim a capacidade de o indivíduo se renovar, se reinventar, dentro da sua normalidade na sociedade.

Com a evolução da sociedade, a transexualidade deve ser observada como um fato social, e esse novo fato não deve ser inferior, pois nesse caso seria uma doença, não se pode impor obstáculos intransponíveis à vida, restringindo as garantias soberanamente protegidas. Quanto mais o ser humano se reinventa, aumenta suas chances do novo ser considerado normal dentro da sociedade.

O magistrado desenvolve um importante papel dentro da sociedade, que é adequar a norma ao caso concreto e no caso de lacuna da lei, o magistrado deverá supri-la buscando a analogia e os costumes. No caso do transexual, há uma ausência de normatividade, assim sendo o magistrado não deve considerar o transexualismo uma anomalia que necessita de cirurgia para o reconhecimento do direito do indivíduo, mas deve considera-lo como um acontecimento cotidiano, adequando a norma com a realidade.

O magistrado deverá respeitar a autonomia do indivíduo, que consiste na capacidade de compreensão da pessoa após obter todas as informações materiais, sem a interferência de



terceiros, para tomar a decisão mais importante de sua vida. Também deverá ser observado o princípio da não maleficiência, ou seja, não se pode causar mal a ninguém.

É dever do magistrado, de acordo com a moralidade, evitar que ocorra danos irreparáveis ou riscos a integridade do outro, a beneficência advém de um Estado paternalista. O princípio da justiça deve abranger todos os membros da sociedade.

O sistema deve sofrer mudanças, deve deixar de ser apenas um repetidor de costumes, deve haver prestação do direito, deve aceitar as diferenças e diminuir as desigualdades entre as pessoas que compõem a sociedade.

Nesse diapasão, as normas do Ministério da Saúde regulamentam o processo de transexualização e atribui maior importância ao consentimento informado.

Da mesma forma, o legislador está em processo de evolução, propondo um projeto de lei que autoriza a pessoa a mudar seu nome no registro civil quando há desconformidade do sexo biológico com o sexo psicológico.

Insta ressaltar que a Lei de registro Público, nos artigos 55, parágrafo único e 58, traz a possibilidade para o transexual alterar o seu registro civil, adequando a sua realidade. Assim o magistrado, não deve impor a realização da cirurgia para conceder o direito, deve somente analisar os princípios da bioética, verificar se houve consentimento informado, sem a influência de terceiro e garantir o pleno exercício da cidadania e da dignidade do transexual, possibilitando a alteração do nome no registro civil.

É imperioso transcender os pensamentos e os ideais, para que nos termos da Constituição da República, possamos ter uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIA

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21 out.2014.



_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acessado em: 21 out.2014.

_____. Lei 6.015/73. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acessado em 21 out.2014.

_____. Projeto de Lei do Senado n.º 658/2011. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=98732&tp=1>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. Resolução do CFM n.º 1652, de 2002. Resolução do CFM n.º 1652, de 2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 12 abr.2015.

_____. Resolução do CFM n.º 1955, de 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 12 abr.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1008398/SP. Relatora Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=6666092&tipo=5&nreg=200702733605&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20091118&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

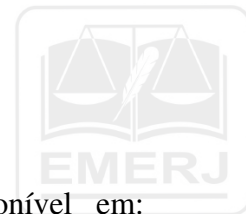
_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação 0368330-41.2012.8.05.0001. Relatora Marcia Borges Faria. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=97519&v1Captcha=jHetB>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Apelação Cível 70041776642 Relator DES. RUI PORTANOVA. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2012&codigo=260759>. Acesso em 28 abr. 2015.

ALEXANDRINO apud MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. In: _____; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

BELTRÃO, apud CRUZ, CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. Anotações sobre o direito constitucional à própria identidade. In: LUCCA, Newton De (Coord.); PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; NEVES, Mariana Barboza Baeta. *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2012.

BITTAR apud CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. Anotações sobre o direito constitucional à própria identidade. In: LUCCA, Newton De (Coord.); PFLUG, Samantha



DIAGNOSTIC and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5).Disponível em: <<http://www.dsm5.org/documents/gender%20dysphoria%20fact%20sheet.pdf>> Acesso em: 31 mar. 2015.

FOUCAULT apud VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. *Decisões judiciais no campo da biotecnociência: a bioética como fonte de legitimação*. 2014. Tese (Doutorado em Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em regime de associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Fundação Oswaldo Cruz e da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2014.

MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. In: _____; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Meyer; NEVES, Mariana Barboza Baeta. *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2012.

TEPEDINO, Gustavo apud MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. In: _____; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. *Decisões judiciais no campo da biotecnociência: a bioética como fonte de legitimação*. 2014. Tese (Doutorado em Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em regime de associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Fundação Oswaldo Cruz e da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2014.

JUROS: ESPÉCIES E CONTROVÉRSIAS

Victor Joseph Widholzer Varanda dos Santos

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: Os juros sempre tiveram grande importância nas economias ao ser o mecanismo utilizado para viabilizar o oferecimento de crédito no mercado. Não fosse sua existência, arduamente seria possível constituir a sociedade atual. Dado seu grande relevo, invariavelmente não de existir tormentosas questões a serem sanadas. Indaga-se se seria possível a sua limitação ou se seria razoável a sua incidência mensal acumulativa, o que se denomina “anatocismo”. No presente estudo serão demonstrados os princípios básicos atinentes ao instituto bem como a possibilidade ou não de se instituir a sua limitação no presente mercado.

Palavras-chave: Direito Civil. Juros. Limites de taxa. Capitalização mensal. Anatocismo. Possibilidade.

Sumário: Introdução. 1. Princípios básicos. 1.1 Juros moratórios. 1.2 Juros remuneratórios ou compensatórios. 1.3 Capitalização simples. 1.4 Capitalização composta. 2. Da possibilidade de limitação da taxa de juros. 3. Da possibilidade da capitalização mensal de juros. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade apresentar a discussão existente acerca de dois pontos atinentes ao instituto dos juros; da possibilidade de capitalização mensal e da possibilidade de limitação de sua taxa.

Matéria de suma importância atual, os juros são um instituto que remontam a longa data, muito distante da nossa realidade. Caminharam pelos anos junto com a sociedade, tendo primeiro aparecido muito antes de Cristo. Mesmo que inicialmente fosse regulado de forma muito insipiente já era possível constatar o princípio básico dos juros; remunerar aquele que empresta o bem em favor daqueles que o necessitam para as mais variadas atividades.

De uma forma lenta e gradual, passou-se a entender que os juros seriam essenciais à sociedade. No Brasil, a primeira legislação a respeito da usura foram as Ordenações Filipinas que vigoraram a partir de 1603, onde somente em 1808 é criado por D. João VI o primeiro banco da nação, o Banco do Brasil.

Em seguida vem a lume o Código Comercial de 1850, com viés claramente liberal, mantendo a livre estipulação da taxa de juros quando expressamente

convencionado, seguido pelo Código Beviláqua de 1916 mantendo uma ótica liberal muito similar.

Em 1933 surge a denominada Lei de Usura, tendo sido promulgada em período que se buscava apertar o cerco contra tal atividade, vez que abusos vinham sendo feitos desde a crise de 1929. As Constituições de 1934, 1937 e 1946 seguiram a mesma lógica da Lei de Usura, isto é, limitar as taxas de juros e vedar a capitalização em período inferior a um ano.

As Constituições de 1967 e 1969, em um período de expansão econômica, terminaram por retirar de seu texto qualquer previsão sobre juros e limitação. Somente em 1988, quando a atual Constituição Federal fora promulgada, em seu art. 192, parágrafo terceiro, limitou-se a taxa de juros a 12 % ao ano, determinado que seria crime de usura a estipulação em percentuais acima do limite constitucional. Dispositivo esse posteriormente declarado inconstitucional.

Como pode ser verificado neste breve introito, o instituto dos juros é algo em constante evolução e com o qual lidamos cotidianamente, sendo por lógico fruto de inúmeras discussões. Não faltam, portanto, razões para justificar o estudo aprofundado desse tema.

Dada a importância de noções introdutórias sobre a matéria, o primeiro capítulo servirá como exposição das espécies de juros bem como as modalidades de capitalização existentes no nosso sistema; simples e composta.

No segundo capítulo será exposta primeira questão que traz grandes discussões; a possibilidade ou não da limitação da taxa de juros remuneratórios.

Diante da segunda grande problemática, da possibilidade ou não da capitalização com prazo inferior a um ano - o chamado “anatocismo” – o terceiro capítulo tem como premissa a exposição de como os Tribunais atualmente enfrentam a matéria.

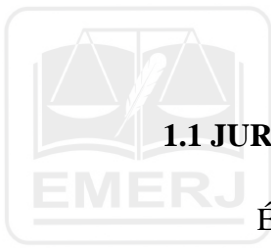
Por fim, na conclusão serão apresentadas as razões pela qual o autor entende qual sistema de limitação e remuneração deve prevalecer, tomando por base precedentes jurisprudenciais e constatações fáticas-sociais.

A metodologia utilizada será pautada pelos métodos: comparativo, análise de decisões e bibliográfico.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Como o objeto deste presente trabalho é o estudo acerca da possibilidade da capitalização mensal de juros, bem como de uma possível existência ou não de limites a taxas de juros, os conceitos são limitados à compreensão deste tema.

Em que pese a existência de institutos conexos aos juros; como é o caso da correção monetária, da cláusula penal, da multa contratual, da comissão de permanência, entre vários outros aplicáveis em contratos bancários, esses não se mostram essenciais para o deslinde da questão. Cabe destacar que este estudo não tem o condão de ser uma teoria geral acerca de todos os institutos existentes em contratos bancários, motivo este que nos faz trazer apenas ligeiros comentários, tão somente o essencial para o deslinde da controvérsia.



1.1 JUROS MORATÓRIOS

É o encargo devido se a parte devedora entrar em mora, isso é, em atraso. Para os juros moratórios os contratos bancários, como no mútuo, possuem um limite legal. De acordo com a Súmula 379 do STJ¹, nos contratos bancários não regidos por legislação específica os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês. Logo, é a regra quase idêntica ao do art. 406 do CC².

1.2 JUROS REMUNERATÓRIOS OU COMPENSATÓRIOS

São os juros devidos pela disponibilidade de dinheiro oferecido pela instituição financeira. É o pagamento devido pelo uso do dinheiro. Tais juros são, por evidente, independentes da mora, sendo pagos dentro das parcelas devidas. Para tais juros remuneratórios aplica-se a consagrada Súmula 596 do STF³ - instituições financeiras não estão sujeitas à Lei de Usura, isto é, de limitação de juros remuneratórios – e também a Súmula 382 do STJ⁴ – a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano não indicam abusividade -.

Os Tribunais terminaram por pacificar essa questão, pois estando diante de uma situação entre particulares, há de se aplicar aqui a limitação do percentual de 12% ao ano no mútuo, sob pena de se configurar crime, conforme preceitua o art. 1º do Decreto 22.626 de 1933 – Lei de Usura⁵.

Os juros remuneratórios subdividem-se em duas outras espécies; os juros remuneratórios legais - quando exigidos por determinação legal, bem como por ela imposta e limitada, como é o caso do limite legal de 12% dos juros remuneratórios impostos pela Lei de Usura – e os juros remuneratórios convencionais – aqueles fixados livremente pela manifestação da vontade nos contratos -.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 379: Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM. Acesso em: 11 de abril de 2015.

² BRASIL. Código Civil. Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 4 out. 2014.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 596: As disposições do decreto 22626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional. Disponível em: http://www.stf.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM. Acesso em: 11 de abril de 2015.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 382: A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM. Acesso em: 11 de abril de 2015.

⁵ BRASIL. Decreto 22.626. Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal. § 3º. A taxa de juros deve ser estipulada em escritura pública ou escrito particular, e não o sendo, entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6% ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm. Acesso em: 4 out. 2014.



Os juros remuneratórios, de uma forma geral, podem ser cobrados mediante dois sistemas; capitalização simples ou capitalização composta. Como possuem determinadas especificidades, a eles são devidos um tópico em separado.

1.3 CAPITALIZAÇÃO SIMPLES

Na capitalização simples, leva-se em consideração o valor histórico inicial da dívida, isto é, em cada parcela os juros incidirão tão somente sobre o valor nominal inicial emprestado.

Para fins de ilustração pensemos em um seguinte exemplo; tomados R\$100.000,00 emprestados a uma taxa de juros simples de 10% a.a. com prazo de pagamento em três anos, o valor total do pagamento deve ser de R\$130.000,00. O valor dos juros só é calculado a partir do montante inicialmente tomado.

1.4 CAPITALIZAÇÃO COMPOSTA

Os juros remuneratórios compostos, por outro lado, são mais complexos. Em verdade ocorre o que se denomina “juros sobre juros”. Soma-se a dívida original aos juros, onde as parcelas posteriores incidirão sobre o novo total. A base de cálculo sempre alarga, pois há de incidir o que já fora pago a título de juros antes. Tal prática é também denominada de *anatocismo*.

Como exemplo, é possível tomar um empréstimo de R\$100.000,00 a uma taxa de juros compostas de 10% a.a., com prazo de pagamento em três anos. O valor total da dívida, que sobre juros simples seria de R\$130.000,00, nos juros compostos serão de R\$133.100, pois os 10% incidiram cumulativamente sobre os juros já vencidos.

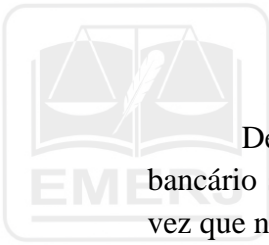
Cabe destacar que a Lei de Usura ainda veda a capitalização composta inferior a um ano, isto é, o anatocismo, mas para as instituições financeiras não se aplica tal limitação. Os motivos são; primeiro pela própria Súmula 596 do STF e em segundo, pois no ano de 2000 fora editada a MP 196.317 (posteriormente reeditada sobre o número 2.170-36/2001).

Tal Medida Provisória afirmou que a partir de sua data os bancos poderiam capitalizar juros em qualquer periodicidade, isto é, até mesmo de mês a mês. A Medida Provisória⁶ prevê então em outras palavras que a capitalização pode ser inferior a um ano, logo de mês a mês, desde que expressamente previsto no contrato.

Para os contratos bancários, como em financiamentos, por exemplo, não se aplica a antiga Súmula 121 do STF⁷ que vedava a capitalização de juros, ainda que convencionado. A Súmula, em que pese ser uma orientação jurisprudencial, não vincula e não tem poder normativo, motivo este que a Medida Provisória deve prevalecer.

⁶ BRASIL. Medida Provisória 2.170-36/2001: Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2170-36.htm. Acesso em: 11 de abril de 2015.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 121: É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada. Disponível em: http://www.stf.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM. Acesso em: 11 de abril de 2015.



Destaca-se que em qualquer outro tipo de contrato que não seja o mútuo bancário será ainda aplicável a súmula, isto é, permitida somente a capitalização anual vez que nem mesmo a Lei de Usura proíbe.

Pelo fato da Medida Provisória não ter efeitos retroativos, contratos firmados antes de sua vigência não só podem como devem ser revistos pelo mutuário prejudicado, vez que antes de tal data não era permitida a capitalização mensal de juros, tão somente a anual.

2. DA POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS

Como visto na parte histórica, a situação do limite da taxa de juros sofreu uma forte guinada com a redação original da CRFB/88. Em seu art. 192, p. terceiro, definiu-se que não poderiam ser pactuados juros superiores a 12%. Neste percentual já havia de ser incluída qualquer modalidade de taxa, sob pena de cometimento de crime de usura. Obviamente surgiu uma enorme discussão acerca de tal dispositivo, principalmente por ferir frontalmente os interesses das instituições financeiras.

Em uma das primeiras Ações Diretas de Constitucionalidade pós Constituição de 1988, a ADI 04/DF, o Supremo Tribunal Federal veio a entender que o dispositivo constitucional em tela não seria auto-aplicável, isto é, seria necessária uma norma complementar para regulamentar a matéria.

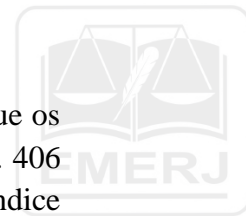
A razão encontrada para tal fora de que o *caput* do dispositivo constitucional que trata do Sistema Financeiro Nacional há de ser regulamentado por lei complementar, logo mesmo com a disposição expressa da taxa de juros de 12% a.a. no parágrafo terceiro, ainda assim seria necessária a lei complementar regulamentadora. Independentemente das razões que levaram a Corte a ter esta interpretação, assim ficou pacificado que era inaplicável o limite exposto na Constituição.

Em verdade, pode-se afirmar que pela mera leitura do já revogado dispositivo⁸ constitucional a falta de auto-aplicabilidade versaria tão somente sobre a punição/sanção do seu não cumprimento, mas como bem sabido, a interpretação às vezes pode ser um tanto elástica quando convém a determinados interesses.

Há de se destacar que a perspectiva social no período também era outra. Em períodos de inflação de 1.000% a.a. não pareceria razoável limitar a taxa de juros a 12% a.a., mas em períodos de estabilização de moeda não seria algo tão estranho a se considerar.

Ocorre que com a Emenda Constitucional 40 de 2003 esta discussão perdeu um pouco de sentido, vez que por emenda foram revogados todos os incisos e parágrafos do art. 192 da CRFB/88. Alterou-se por sinal até mesmo a redação do *caput*, ampliando a abrangência do Sistema Financeiro Nacional às cooperativas de crédito.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 192. § 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.



Temos neste ponto de lembrar que o CC 2002 em seu art. 591 determina que os juros para mútuos de fins econômicos não podem exceder aqueles previstos no art. 406 CC. Este último, por sua vez, limita a taxa de juros quando não compactuadas ao índice utilizado pelas dívidas perante a Fazenda Nacional, ou seja, 1% ao mês ou a taxa SELIC a depender da corrente a ser seguida.

Contudo, esses limites só se aplicam ao mútuo perante particulares, pessoas físicas, não sendo o caso de ser aplicado às instituições financeiras. Com a revogação do parágrafo terceiro do art. 192 da CRFB/88, ratificou-se o entendimento de que os juros perante tais instituições devem ser aqueles livremente pactuados pelo mercado financeiro.

Hoje, tomando-se por base as reiteradas decisões judiciais⁹, consolidou-se o entendimento que os juros perante as instituições financeiras devem ser livremente pactuados de acordo com média do mercado. Nesse sentido, vide a decisão do Supremo Tribunal de Justiça:

[...] 1. As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios que foi estipulada pela Lei de Usura (Decreto nº 22.626/1933), em consonância com a Súmula nº 596/STF, sendo também inaplicável o disposto no art. 591, c/c o art. 406, do Código Civil para esse fim, salvo nas hipóteses previstas em legislação específica. A redução dos juros dependerá de comprovação da onerosidade excessiva - capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - em cada caso concreto, tendo como parâmetro a taxa média de mercado para as operações equivalentes, de modo que a simples estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% (doze por cento) ao ano por si só não indica abusividade, nos termos da Súmula nº 382/STJ (REsp nº 1.061.530/RS).[...] ¹⁰

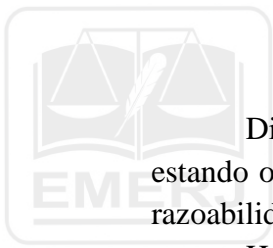
Essa liberdade traz benefícios, vez que como todo produto existente – e o dinheiro não deixa de ser um produto – uma das melhores formas de regular seu “preço” é pelo mercado.

Por outro lado, há de se considerar que nesta mesma ótica, muitos malefícios podem ocorrer. Cabendo tão somente ao mercado instituir um valor “médio” de juros, as instituições financeiras podem simplesmente se aproveitar desta situação e situar em valores demasiadamente altos, criando situações de abuso perante o indivíduo.

Tomando por base situações como essas, as Cortes Superiores criaram um entendimento, que agora já é pacificado, que é possível a revisão da taxa de juros pactuada desde que se consiga comprovar a abusividade. Surge agora uma outra dúvida, como provar se uma taxa é abusiva ou não, vez que não há limite?

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 296: Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM. Acesso em: 11 de abril de 2015.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1428230 / RS. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=juros+e+taxa+e+mercado&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>. Acesso em: 11 de abril de 2015.



Diz a jurisprudência que deve ser considerada a taxa média do mercado, e estando o contrato em valor demasiadamente superior, fará jus ao reajuste atendendo a razoabilidade.

Há de se destacar que não é a melhor solução para a matéria, contudo é um meio-termo e é assim que vem sendo decidido. Cabe destacar um precedente muito recente nestes exatos termos:

1. As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto n. 22.626/33), Súmula n. 596/STF e a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade (REsp n. 1.061.530/RS, representativo da controvérsia, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 10/3/2009).
2. A verificação de abusividade do percentual não se baseia no simples fato de ultrapassar a taxa média de mercado, devendo-se observar uma razoabilidade a partir desse patamar, de modo que a vantagem exagerada, justificadora da limitação judicial, deve ficar cabalmente demonstrada em cada situação. No caso é inexistente, pois a taxa pactuada nem sequer é superior à taxa média da época da contratação.
3. É cabível a capitalização dos juros, em periodicidade mensal, desde que pactuada para os contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000 - data da publicação da MP n. 2.170-36/2001. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para caracterizar a pactuação da capitalização mensal (REsp n.973.827/RS, representativo da controvérsia, Relatora para o acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 8/8/2012, DJe 24/9/2012).¹¹

Diante dessa situação atual pode-se indagar se existiria uma possibilidade de limitar as taxas de juros ofertadas no mercado, bem como no caso de resposta afirmativa, qual parâmetro poderia ser utilizado.

Alcio Manoel de Sousa Figueiredo, em sua obra¹², traz a possibilidade de limitar a taxa de juros das instituições financeiras usando uma interpretação expansiva do art. 406 do CC. A primeira seria a de utilizar o valor do *spread bancário*¹³, isto é, o custo que a instituição tem com o capital, somado à taxa SELIC.

A segunda possibilidade é muito similar, só que em vez de se utilizar a taxa SELIC usar-se-ia a taxa de 12% a.a. por analogia ao Enunciado 20 do Conselho de Justiça Federal¹⁴. Bem em verdade esta é a segunda corrente que se ampara na taxa de 1% ao mês encontrada no parágrafo primeiro do art. 161 do CTN¹⁵.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 548825 / MS. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=juros+remunerat%F3rios+aus%Eancia+de+abusividade&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

¹² FIGUEIREDO, op. cit., p. 77.

¹³ *Spread Bancário* é a diferença entre os juros que o banco cobra ao emprestar e a taxa que ele mesmo paga ao captar dinheiro. O valor do spread varia de acordo com cada operação, dependendo dos riscos envolvidos e, normalmente, é mais alto para pessoas físicas do que para as empresas.

¹⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 20 da I Jornada de Direito Civil: Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês. A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é



Em que pese a interessante, e aparentemente, justa solução, essa talvez não seja a melhor no atual sistema econômico. Não se pode olvidar, de fato, que as instituições financeiras oferecem um serviço, um produto ao mercado consumidor e simplesmente limitar a taxa de juros não seria o ideal para o mercado.

É evidente que os juros têm um papel elementar na restrição e liberação de crédito. Em economias com características de alta inflação, os juros podem fazer às vezes de remédio, freando o consumo e o conseqüentemente os preços. Razoável entender que caso limitados fossem, poderia ocorrer em um primeiro momento uma expansão na concessão, gerando não só aumento de preços e inadimplência, mas também trazendo um lado mais negativo na mesma medida.

No momento em que há inadimplência há restrição, as instituições com taxas limitadas certamente iriam limitar a concessão para somente aqueles que teriam quase absoluta certeza de serem bons pagadores. Dessa forma, mesmo com juros limitados a um teto baixo, simplesmente muitos que hoje possuem crédito – mesmo que a juros altos – deixariam de ter. Seria uma escolha da instituição, obrigada a lidar com taxas limitadas, sem margem para cobrir a todos, escolheria conceder somente para os excelentes pagadores.

Por esse raciocínio, há de se compreender que o panorama atual, longe do perfeito, não é de todo um mal com o qual não se possa conviver. Existentes abusos, esses serão sanados no caso concreto – como se viu acima –, no mais, ainda se mostra interessante manter as taxas de acordo com a disposição do mercado.

3. DA POSSIBILIDADE DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS

A segunda questão de maior relevo atualmente é a capitalização de juros com prazo inferior a um ano. Como visto anteriormente, a matéria começa a ser discutida com mais afinco a partir da Lei de Usura de 1933, motivo esse que torna válido um pequeno percurso histórico de como era o panorama antes desse diploma legal:

De 1850 a 1916, o Brasil teve um regime duplo quanto à possibilidade de capitalização dos juros. Esta era admitida sem qualquer restrição nas relações de direito civil por força da lei de 1832, que liberara a cobrança de juros, conforme pactuado entre as partes, mas o art. 253 do Código Comercial vedava a adoção dos juros compostos nas relações comerciais, exceto no caso de acumulação dos juros vencidos ao final de cada ano ao saldo devedor das contas correntes. Com o advento

juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em: 11 de Abril de 2015.

¹⁵ BRASIL. Código Tributário Nacional. Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

do Código Civil de 1916, a duplicidade de regime ficou ainda mais gritante, pois o art. 1.262 admitia a capitalização explicitamente e sem qualquer ressalva. Esse diploma valia para a generalidade das relações jurídicas, exceto aquelas caracterizadas como mútuos mercantis, que continuavam subordinadas ao Código Comercial de 1850.¹⁶

Antes do então afamado Decreto existiam dois regimes jurídicos; o dos contratos civis, com possibilidade de capitalização quando expressamente compactuado; e os contratos comerciais/mercantis onde era vedada a capitalização. Esse panorama se altera em 1933 com a adoção de um regime jurídico geral, quando o Decreto 22.626 vem a unificar o tratamento da matéria.

A partir daquele momento, mediante a redação do art. 4º do Decreto¹⁷, fora expressamente vedada a capitalização em prazo inferior a um ano, fossem contratos civis, fossem contratos comerciais/mercantis. Há de se destacar que não se vedava a capitalização anual, mas tão somente a mensal.

As razões para tal imposição eram das mais diversas, mas destaca-se, principalmente, o período pós-crise de 1929, onde o governo Vargas tentou limitar a ação de abusos cometidos por usurários em um momento onde o país ainda se recuperava de uma delicada situação econômica.

Fixou-se então, pelo menos naquele momento, que até mesmo as instituições financeiras estavam limitadas pela capitalização anual, não podendo prever nem expressamente no contrato a capitalização mensal. Forte nesse sentido o Supremo Tribunal Federal edita em 1963 a - agora antiga - Súmula 121: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

Contudo, em 1964, o panorama vem a ser alterado. É editada a Lei 4.595 regulamentando o Sistema Financeiro Nacional, atribuindo agora ao Conselho Monetário Nacional a limitação da taxa de juros bem como a remuneração das operações e dos serviços bancários e financeiros.

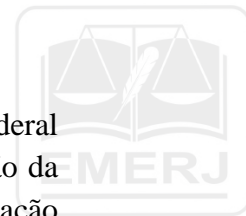
A partir de então as instituições financeiras começam a defender que não estavam mais circunscritas ao Decreto 22.626, uma vez que agora existia lei específica regulamentando o Sistema Financeiro Nacional. Por lógico isto causou grande celeuma, afinal, estariam as instituições financeiras liberadas a capitalizar mensalmente?

Em 1976 o Supremo Tribunal Federal novamente veio a se pronunciar e entendeu que as disposições da Lei de Usura não mais se aplicariam as instituições financeiras, e a fim de pacificar a matéria editou a Súmula 596.¹⁸

¹⁶ OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. *Moeda, Juros e Instituições Financeiras*. Regime Jurídico. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 431.

¹⁷ BRASIL. Decreto 22.626. Art. 4º. E proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Súmula 596: As disposições do Decreto 22.626, de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM. Acesso em: 11 de abril de 2015.



Como tudo que envolve essa matéria é controverso, o Supremo Tribunal Federal apresentou entendimentos diversos, onde a Súmula 596 só seria aplicável à questão da limitação da taxa de juros do art. 1º da Lei de Usura, mas não em relação à capitalização mensal, ficando assim com entendimento conforme com a antiga Súmula 121. Marcos Cavalcante de Oliveira colaciona precedente que demonstra esta disparidade:

[...] é de se considerar que a regra do art. 4º do Dec. Nº 22.626/33 não foi revogado pela Lei nº 4.595, de 31.12.64, consoante se acha assentado na jurisprudência desta Corte.

...

Finalmente, é oportuno frisar que a Súmula nº 596 se refere ao art. 1º do Decreto nº22.626/33, não conflitado com o verbete da Súmula nº 121, que se apoia no art. 4º do mesmo diploma.

Vê-se, diante do exposto, que continua de pé a Súmula nº 121.[...] ¹⁹

Essa divergência se manteve até a edição da malfada - e muito criticada - Medida Provisória 1.937-17 de 30 de março de 2000, reeditada sucessivamente até ser substituída pela Medida Provisória 2.170-36 de 23 de agosto de 2001. Nessa última, ficou expresso em seu art. 5º o seguinte: “Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.”

De imediato a Medida Provisória foi execrada por alguns pontos: inexistência de urgência para que o Presidente da República viesse a editá-la; a matéria “juros” teria de ser veiculada em lei complementar e não em Medida Provisória para posteriormente ser convertida em lei ordinária; e que a capitalização seria uma prática contrária à defesa do consumidor.

Mais uma vez as inovações legislativas trazem curiosas surpresas. No ápice da discussão acerca da validade de tal Medida Provisória vem a lume a Emenda Constitucional 32 de 11 de Setembro de 2001. Por esta emenda todas as Medidas Provisórias que não tivessem sido votadas pelo Congresso até aquele momento - e a MP 2.170-36 não tinha sido - converter-se-iam em leis ordinárias de imediato²⁰. Este, por sinal, foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Com relação à capitalização, a 2ª Seção, ao apreciar o REsp n. 602.068/RS, entendeu que somente nos contratos firmados após 31.03.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17, revigorada pela MP n. 2.170-36, em vigência graças ao art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, é admissível a capitalização dos juros em período inferior a um ano. In casu, o contrato sob exame foi firmado posteriormente às normas referenciadas.

¹⁹ OLIVEIRA. op. cit. p. 437.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.



Dessa forma, legítima a capitalização dos juros remuneratórios, como pactuada²¹

Entretanto, ainda assim se continuou a discutir a validade da MP 2.170-36. Era combatida sob dois prismas; primeiro pela inconstitucionalidade formal, pois a MP ao tratar de “juros” não tinha relevância e urgência, afrontando o art. 62 da CRFB/88 e, segundo, pela inconstitucionalidade material, onde se assevera que seria vedada a capitalização inferior a um ano.

Quanto à inconstitucionalidade formal a matéria foi debatida recentemente – fevereiro de 2015 - perante o Supremo Tribunal Federal no RE 592.377, onde se decidiu que não há vício de forma na MP 2.170-36. Em poucas palavras; decidiu a Corte que como passado longo período após a edição do diploma legal, não poderia agora no presente ser avaliado o que era urgente e relevante quinze anos atrás. A revista eletrônica Consultor Jurídico colocou a palavra de alguns ministros:

Sobre a urgência, Zavascki preferiu optar pela “conveniência” de não se interferir numa situação que vigora há 15 anos. Segundo ele, o Supremo não poderia se “transportar para o passado” e dizer que aquela medida provisória é nula porque não era urgente. O ministro Luiz Fux apontou que o Supremo tem retomado um balanço entre o controle judicial e o interesse legislativo. Nesse caso, votou para que o tribunal entenda a favor da lei e pela legitimidade do interesse legislativo. “A interferência judicial pode ter consequências nefastas”, disse em Plenário. [...]

Para o presidente do Supremo, ministro Ricardo Lewandowski, esses dados “talvez sejam” indicativos da “complexidade do tema”. Acrescentou que a MP, com a redação atual, vige desde 2001 sem qualquer manifestação do Congresso — o que pode ser interpretado como uma aceitação da atitude do Executivo, segundo o presidente. E a Emenda Constitucional 32, também de 2001, que altera o artigo 62 da Constitucional, diz que as MPs editadas até a data da promulgação da Emenda (12 de setembro de 2001) “continuam em vigor” até que outra MP a revogue ou até “deliberação definitiva do Congresso Nacional”.²²

Quanto à inconstitucionalidade material da MP 2.170-36 fora interposta a ADI 2.316 que se encontra parada no próprio Supremo Tribunal Federal desde o ano de 2004. Há de se convir que não é nem um pouco democrática a forma com a qual a Corte lida com tão relevante questão.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 592.377 explicitamente destacou que não se estava julgando a materialidade da MP, isto é, se é possível a capitalização mensal ou não, apontando que a matéria estava ainda suspensa e o reconhecimento da ausência de vício de formalidade não influenciaria no deslinde daquela ADI.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 728.362 RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22874716/agravo-de-instrumento-ai-728362-rs-stf>.> Acesso em: 3 de abril 2015.

²²CANÁRIO, Pedro. Supremo autoriza capitalização de juros em empréstimos bancários. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-04/supremo-autoriza-capitalizacao-juros-emprestimos-bancarios>.> Acesso em: 3 de abril de 2015.

Algumas críticas merecem ser feitas à Corte por tal postura. Primeiro pela solução que deu quanto à ausência de vício formal. Simplesmente deixou quinze anos se passarem para comodamente afirmar que não é possível voltar ao passado e influir no que era ou não urgente no período da edição.

Em segundo lugar, o modo como está confrontando a ADI 2.316 que fora proposta no ano de 2000, estando suspensa imotivadamente desde então. Faz-se pensar se não será tomada a mesma decisão, de que o tempo estratificou a matéria e agora a praxe em contratos bancários é a capitalização mensal, não havendo motivo para prever o contrário.

Contudo, é válido destacar o entendimento do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acerca dessa matéria. Entendeu o Órgão na Arguição de Inconstitucionalidade nº. 0034422-60.2004.8.19.0000, julgada em 2004, que a MP estava eivada tanto de vício formal, pela ausência de urgência na sua matéria, quanto de vício material, por afronta ao direito constitucional da proteção do consumidor.

[...] A medida provisória em foco não esclarece qual seria a necessidade de se alterar, com urgência, uma disposição legal vigente há 70 anos, tempo suficiente para ser revogada sem o uso de medida provisória. Ademais, é patente a inconstitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória Nº 2.170-36/2001; por ofensa ao inciso XXXII do artigo 5º da Constituição da República [...] Ademais, de se reconhecer só a inconstitucionalidade material, mas, também, a formal, na medida em que, segundo o artigo 192 § 3º da Constituição da República, a norma combatida está reservada a lei complementar, sendo, por conseguinte, insuscetível de ser disciplinada pela via da medida provisória. Por tais considerações, julga-se procedente a presente Arguição para acolher a inconstitucionalidade do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36/2001.²³

Tomando esse precedente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem entendendo, por sua maioria, que a MP 2.170 seria inconstitucional, existindo é claro posições discordantes vez que a decisão do Órgão não é vinculativa.

Deve-se ter cautela, contudo. Tal entendimento deve ser agora ponderado, uma vez que o Supremo Tribunal Federal examinou a matéria recentemente quanto ao vício formal, logo é de se aguardar que seja temperado o posicionamento do Órgão Especial. Por sinal, cabe destacar que existem julgados divergentes no próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

[...]. Em relação à prática de anatocismo, cabe lembrar que o egrégio Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento, inclusive no julgamento do REsp 973827, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), de que é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da Medida Provisória 1.963-17/2000 (em vigor

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Arguição de Inconstitucionalidade 0034422-60.2004.8.19.0000 (2004.017.00005). Relator: Des. Jose Carlos Schmidt Murta Ribeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=200401700005&CNJ=0034422-60.2004.8.19.0000>> Acesso em: 3 de abril 2015.



como Medida Provisória 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada.
[.]

Válida a menção que a decisão acima foi no sentido de adotar precedentes firmados do Superior Tribunal de Justiça que seguiram a mesma linha atual de raciocínio esposado pelo STF. Isso posto, demonstra-se que é possível desde logo uma alteração no entendimento do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro.

CONCLUSÃO

Como visto neste presente estudo, a matéria atualmente encontra-se próximo de ser pacificada. No que tange à limitação da taxa de juros, em que pese forte resistência de parcela da doutrina, os Tribunais e a própria praxe do mercado aparentemente já se impuseram. Os juros são de livre estipulação desde que respeitado o valor médio do mercado, onde existindo abuso, será sanado judicialmente.

Fora abordado que a limitação da taxa de juros é uma utopia, ao menos em uma economia como a do Brasil. Com relativa instabilidade não se mostra razoável mediante lei criar um limite, e como se no passado isso não se mostrou eficiente, certamente não se mostraria mais benéfico agora, onde se cada vez mais o crédito é necessário.

Quanto à segunda indagação do estudo, da possibilidade da capitalização mensal de juros, ao longo do tempo a questão também foi se pacificando, seja por interesse do lado mais forte – instituições financeiras –, seja pelas decisões das Cortes Superiores.

Bem verdade que há ainda uma remota possibilidade de ao se julgar a ADI 2.316 de 2000 esta seja declarada inconstitucional, tomando por base afronta a proteção ao direito do consumidor, entre outros fundamentos que possam vir a ser usados.

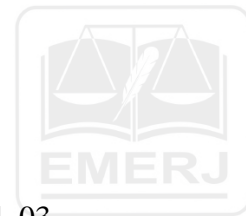
Contudo, pelo panorama até agora exposto, essa chance parece cada vez mais remota. Como as Cortes Superiores não se têm demonstradas estranhas à possibilidade da capitalização mensal, inclusive assim dando a entender pelo recente RE 592.377, parece que o panorama atual será solidificado.

Pelo bem ou pelo mal, este é o panorama que hoje subsiste. Por mais que se almeje uma situação mais benéfica ao consumidor do produto das instituições financeiras, tal aspiração está cada vez mais distante. Demonstra-se assim, ao menos em uma visão eminentemente jurídica, que sempre na existência de interesses econômicos, esses terminam por prevalecer sobre os jurídicos.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.



_____. Decreto 22.626/33. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 548825 / MS. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=juros+remunerat%F3rios+aus%EAncia+de+abusi+vidade&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1428230 / RS. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=juros+e+taxa+e+mercado&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>. Acesso em: 11 de abril de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 728.362 RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22874716/agravo-de-instrumento-ai-728362-rs-stf>>. Acesso em: 3 de abril 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Arguição de Inconstitucionalidade 0034422-60.2004.8.19.0000 (2004.017.00005). Relator: Des. Jose Carlos Schmidt Murta Ribeiro. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=200401700005&CNJ=0034422-60.2004.8.19.0000>>. Acesso em: 3 de abril 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0140581-77.2011.8.19.0001. Relator: Des. Juarez Fernandes Folhes. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201400123226&CNJ=0140581-77.2011.8.19.0001>>. Acesso em: 3 de abril 2015

CANÁRIO, Pedro. *Supremo autoriza capitalização de juros em empréstimos bancários*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-04/supremo-autoriza-capitalizacao-juros-emprestimos-bancarios>>. Acesso em: 3 de abril de 2015.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Juros Bancários: limites e possibilidades*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. *Moeda, Juros e Instituições Financeiras*. Regime Jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo de. *Limite Constitucional dos Juros Bancários*. Campinas: LZN, 2001.



O DELEGADO DE POLÍCIA COMO PRIMEIRO FISCAL DO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO ATRAVÉS DA ANÁLISE DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

Vinicius Miranda de Moraes.

Graduado pela Universidade Federal Fluminense.
Delegado de Polícia.

Resumo: O trabalho enfoca a temática da necessidade de uma releitura do art. 310, parágrafo único, dando-se uma interpretação prospectiva, visando evitar o encarceramento de pessoas que não cometeram infração penal – considerando como crime um fato típico, ilícito e culpável. Procura-se demonstrar que uma interpretação literal do citado artigo não encontra respaldo na Constituição da República, no direito material e é absolutamente divorciada com a realidade pátria.

Palavras- Chave: Prisão em flagrante. Delegado Garantidor dos Direitos Fundamentais. Excludente de ilicitude. Excludente de culpabilidade. Conceito analítico de crime.

Sumário: Introdução. O art. 310 do CPP à luz da CR/88. O conceito analítico de crime. Exercício regular de um direito no cotidiano. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a debater um ponto divergente na doutrina pátria, e dar um passo adiante – que pode apresentar consequências práticas gravíssimas, isto é, a análise das causas excludentes de ilicitude pelo Delegado de Polícia quando da lavratura do auto de prisão em flagrante e estender o estudo as causas excludentes da culpabilidade.

Em um primeiro momento, pretende-se fazer uma análise do texto da Constituição da República de 1988, dando-se ênfase ao valor da dignidade da pessoa humana, vez que a dogmática constitucional principiológica deve prevalecer sobre a letra fria da lei, no caso o artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, diploma legal elaborado em 1941.

Ademais, será destacado que em um sistema no qual a liberdade se impõe, como regra, afastar a possibilidade da análise das causas justificantes e exculpantes do responsável



pela lavratura do auto de prisão, é impor a um cidadão amparado por uma norma de direito material as mazelas, indevidas, do cárcere.

Será, ainda, demonstrado que afastar o Delegado de Polícia da análise das causas excludentes de ilicitude, bem como das causas excludentes da culpabilidade, é absolutamente incompatível com a realidade. Para tanto, será evidenciado, por casos concretos, que essa análise já ocorre no dia a dia, sem qualquer questionamento em sentido contrário.

Nesse diapasão, será estudado, também, o conceito analítico ou estratificado de crime, ora se crime é um fato típico, ilícito e culposo – restando alguma divergência, apenas quanto ao terceiro elemento –, como ser lavrado o auto de prisão em flagrante de alguém que não praticou um ato ilícito, ou seja, não praticou crime.

Corroborando todo o entendimento acima iniciado, há de se destacar também a questão referente aos menores de idade, cuja análise se faz necessária e se encontra dentro do estudo foge a simples análise da tipicidade penal.

Por fim, será exposto que há propostas legislativas visando a correção da lei adjetiva, amoldando-a aos valores emanados pela Constituição da República de 1988 (CRFB/88).

De se ver que a pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica e descritiva para corroborar o entendimento que a análise das causas excludentes da ilicitude pelo Delegado de Direito, nada mais é que efetivar a Constituição, garantindo um direito fundamental do cidadão, a liberdade.

1. A ILEGITIMIDADE DE JUÍZO ACRÍTICO DE PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO À LUZ DA CRFB/88

Em qualquer estudo minimamente científico sobre o ordenamento jurídico de um Estado, faz-se necessário, em um primeiro momento, analisar e destacar os valores que modelam e dirigem o próprio Estado.



Na seara penalista essa necessidade ganha, ainda, maior relevo, tendo em vista as interferências drásticas do Direito Penal na liberdade do ser humano.

Sendo certo que a noção de liberdade pessoal resta intimamente ligada com a conceituação da dignidade humana perante aquela sociedade, tornar-se essencial buscar o posicionamento desse conceito no ordenamento pátrio.

Com base em mera interpretação literal se percebe que o constituinte originário, já em seu artigo primeiro, esclarece que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos, pilar de sustentação, a dignidade da pessoa humana.

Ter o valor da dignidade da pessoa humana como base de todo ordenamento impõe a todos o dever de reconhecer o homem como o vetor central do ordenamento. No trato do Direito Penal surge o dever de se ponderar qualquer intervenção, administrativa, judicial ou legislativa, que venha a interferir na esfera da liberdade do homem, só havendo a intervenção estatal quando realmente necessária.

Nesse diapasão, tem-se que de uma simples análise do texto da Constituição da República de 1988¹, em especial do seu artigo 5º, extrai-se sua natureza garantista, isto é, percebe-se que o legislador ordinário procurou proteger o ser humano dos desmandos dos detentores do poder, criando uma série de garantias, veiculadas por princípios e normas que visam conter o poder estatal.

Destaca-se o princípio da presunção de inocência, esculpido no art. 5º, inc. LVII da CRFB/88.² Dos seus efeitos se salienta, aqui, uma limitação teleológica à aplicação das prisões cautelares, pois prisão cautelar deve sempre ser interpretada como exceção em nosso sistema, não podendo jamais se transmudar em antecipação da pena, vez que retiraria a liberdade de um ser humano em um juízo de mera cognição sumária, sem que se exercesse o

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.

² Ibid.



direito ao contraditório e a ampla defesa, corolários lógicos do princípio da presunção de inocência.

Logo, tendo a Constituição um papel construtivo, ativo, no desenvolvimento do processo hermenêutico, é obrigatório interpretar todo o ordenamento jurídico pátrio à luz da CRFB/88.

Nesse contexto, traz-se aqui a questão referente à exegese do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que dispõe:

Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.³

Interpretando o citado dispositivo legal, doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci⁴ passaram a defender que o Delegado de Polícia, assim que tomar conhecimento do fato delituoso, sempre deve lavrar o auto de prisão em flagrante, restringindo-se apenas ao juízo de tipicidade, sem analisar sequer as causas excludentes de ilicitude. Nas suas palavras: “[...] confirmado o fato, a autoridade policial deve lavrar, sempre, o auto de prisão em flagrante tão- logo tome conhecimento da detenção ocorrida, realizando apenas o juízo de tipicidade, sem adentrar as demais excludentes do crime”.⁵

Defendendo esse posicionamento temos, ainda, Renato Brasileiro Lima⁶, Fauzi Hassan Choukr⁷, entre outros.

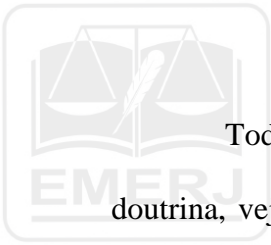
³ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 716.

⁵ Ibid.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013. p. 896.

⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 632.



Todavia, cumpre destacar que a posição acima referida não é uníssona em nossa doutrina, vejamos, por todos, a posição de Fernando Capez⁸: “Evidentemente, a autoridade policial não precisa prender em flagrante vítima de estupro ou roubo que, claramente, em situação de legítima defesa, matou seu agressor”.

Noutras palavras, por imperiosa exigência da consciência jurídica, o autor reconhece a legalidade da apreciação da ilicitude pelo o Delegado de Polícia por ocasião da apreciação da prisão captura do conduzido.

Nesse ponto, abre-se um parêntese para lembrar que em se adotando a teoria dos elementos negativos do tipo, de Edmund Mezger⁹, a posição acima referida torna-se absolutamente incongruente, conforme já amplamente demonstrado por Castello Branco:

Simplificando: a concepção de tipo total de injusto traz a discussão da análise da ilicitude para o ventre do tipo penal. A ilicitude existe, se, enquanto ilicitude tipificada. Assim, para a aferição da tipicidade do comportamento seria insuficiente a análise do tipo objetivo, sendo indispensável a análise dos elementos negativos do tipo penal, que seriam as causas de exclusão da ilicitude. Ora, nunca se protestou contra o delegado de polícia tipificar a conduta. Na ótica da teoria da Ratio Essendi, para a tipificação da conduta é fundamental a análise das causas de exclusão da ilicitude, que estão pregadas ao tipo penal, sendo, portanto, elementos negativos do tipo.¹⁰

Retornando a linha de raciocínio inicialmente proposta – adotando-se o conceito analítico de crime, com base na teoria da Ratio Cognoscendi – em uma análise puramente constitucional e principiológica já se verifica a incompatibilidade do texto legal com os princípios limitadores do poder punitivo estatal.

Não haveria qualquer lógica – em um ordenamento que a Constituição impõe como valor máximo a dignidade da pessoa humana, em que qualquer medida restritiva da liberdade

⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 334.

⁹ MEZGER apud BALDAN, Edson Luis. *Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8225>>. Acesso em: 13 out. 2008.

¹⁰ CASTELLO BRANCO, Paulo Braga. *A análise da antijuridicidade da conduta pelo delegado de polícia, sob a perspectiva da teoria dos elementos negativos do tipo penal*. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24487/a-analise-da-antijuridicidade-da-conduta-pelo-delegado-de-policia-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-elementos-negativos-do-tipo-penal>>. Acesso em: 29 mar. 2015.



deve ser vista como exceção – que uma pessoa seja presa quando está praticando uma conduta amparada por uma causa justificante que afasta a ilicitude dessa conduta.

Importante destacar nesse ponto que o Código de Processo Penal foi elaborado em 1941, durante a vigência da Era Vargas, regime de nítida inspiração fascista. Já a Constituição vigente foi elaborada na retomada do Estado Democrático de Direito, o que demonstra, por si só, o seu maior apreço pelos direitos humanos.

Nesse ponto, traz-se o importante ensinamento de Lopes Júnior e Gloeckner:

[...] no atual estágio do desenvolvimento processual penal brasileiro, os princípios constitucionais emergem como verdadeiros filtros de controle sobre as normas (na maioria das vezes, regras) infraconstitucionais, mormente aquelas disciplinadas pelo Código de Processo Penal brasileiro, verdadeiro monumento facista [...].¹¹

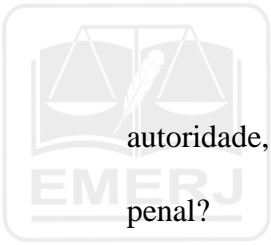
Deve-se ratificar que o direito a liberdade é corolário direto e lógico do dogma da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, unifica todos os direitos fundamentais, sendo na verdade o epicentro axiológico de todo ordenamento. Traduz a concepção do homem como a fonte de toda ordem jurídica, o fim que justifica e legitima o Estado.

O direito fundamental de liberdade de locomoção resta consagrado no inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição da República¹², nos seguintes termos: “[...] ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em lei”.

Ora, se a Constituição possui como seu valor máximo a dignidade da pessoa humana e essa mesma Constituição, excepcionalmente, autoriza que um cidadão seja privado de sua liberdade quando em situação de flagrante delito. Seria razoável supor que a constituição retirasse da autoridade competente para lavratura do flagrante a possibilidade dessa

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.



autoridade, o Delegado de Polícia, apreciar se a conduta praticada de fato constitui um ilícito penal?

É preciso ter claro que a própria Constituição da República impôs a indispensável análise de todas as etapas do conceito operacional de crime. A Carta Magna não se referiu à expressão “delito” numa acepção leiga ou atécnica do termo. Ao revés a constituição condicionou a existência do flagrante ao “delito” justamente para impor uma garantia ao acusado no momento da captura por um fato aparentemente delituoso.

Destarte, partindo da premissa que o conceito de crime é sequencial e cada etapa do fato punível apresenta nexos de dependência com a etapa anterior, está-se diante de um poderoso mecanismo de controle de poder punitivo.

Assim, sendo certo que a limitação do direito à liberdade constitui uma exceção e até em virtude de sua hierarquia constitucional, impõe-se uma releitura de qualquer dispositivo legal, em especial daqueles produzidos antes da Carta Magna, que visam impor as mazelas do cárcere.

A atual realidade social impõe uma interpretação voltada aos princípios e valores emanados da Carta Magna, deve o aplicador do direito fazer uma alteração do contexto, mesmo sem que seja alterado o texto constitucional, trata-se do fenômeno conhecido como mutação constitucional.

2. A NECESSIDADE DA ANÁLISE DE TODOS OS ELEMENTOS DO CRIME - TIPLICIDADE, ILICITUDE E CULPABILIDADE - PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Após demonstrado que a interpretação dada por Guilherme Nucci¹³, entre outros, não encontra respaldo no texto constitucional, deve-se analisar esse posicionamento à luz da norma substantiva.

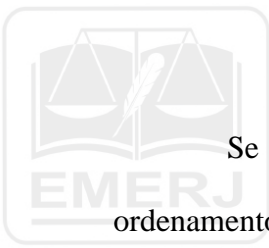
Utilizando o conceito analítico ou estratificado de crime se constata que um fato para ser considerado como crime necessita ser típico - fato humano descrito abstratamente na lei como infração a uma norma penal – ilícito – conduta de contrariedade entre a conduta humana e a lei – e culpável, juízo de reprovação. Nesse momento resta desnecessário entrar nas divergências referentes à inclusão, ou não, da culpabilidade e da punibilidade como elementos desse conceito.

Logo, só há crime havendo a conjunção dos referidos elementos – tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Por conseguinte, afirmar que o Delegado de Polícia deve se ater apenas a um juízo de tipicidade fere qualquer raciocínio lógico, uma vez que, significa dizer que a pessoa responsável pela a primeira intervenção penal do Estado está proibida de verificar se há um crime!

Defender a prisão em flagrante para uma pessoa que praticou uma conduta que não é contrária ao ordenamento é um sofisma, pois nada mais é do que impor uma prisão a alguém que simplesmente não cometeu um crime.

Do próprio conceito de antijuridicidade ou ilicitude – juízo de contrariedade do fato com o ordenamento jurídico – já se extrai, por lógica, o dever do operador do direito verificar a ausência de qualquer das causas de exclusão, isso é, do estado de necessidade, da legítima defesa, do exercício regular de um direito, do estrito cumprimento de um dever legal e, ainda, das causas supralegais.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 716.



Se a prisão, por si só, já deve ser vista como exceção, admiti-la quando o ordenamento tutela a conduta praticada se demonstra não só um erro, mas como um verdadeiro absurdo.

A legislação impõe que o Delegado de Polícia faça não somente a relação de subsunção entre o fato concreto e um tipo penal, mas também que verifique se quando o ato ocorreu o indivíduo estava abrangido por uma causa excludente de ilicitude e, ainda, se há, ou não, um juízo de reprovabilidade, isto é, faz-se necessário o estudo da culpabilidade.

Poder-se-ia considerar que essa afirmação seria descabida, visto que nem o próprio parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal¹⁴ traz essa possibilidade ao Juiz de Direito. Entretanto, não pode o operador do direito se limitar ao texto frio da lei, negligenciado princípios ou até mesmo o restante do ordenamento.

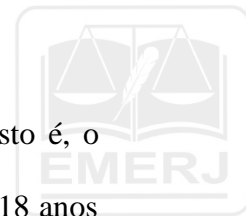
Destarte, evidenciando esse entendimento, há a situação dos menores infratores. Retornando ao estudo do conceito estratificado de crime, lembra-se que, pela teoria tripartite, um fato para ser crime deve ser típico, ilícito e culpável.

Culpabilidade seria o juízo de reprovação do injusto penal, juízo esse que pela teoria finalista, adotada pelo Código Penal Pátrio¹⁵, é composta de elementos puramente normativos, quais sejam: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

O Código Penal, no estudo da imputabilidade, em regra, adota o sistema biopsicológico exigindo que a causa geradora esteja prevista em lei e que, além disso, atue efetivamente no momento da ação delituosa, retirando do agente a capacidade de entendimento e vontade.

¹⁴ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.

¹⁵ BRASIL. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.



Todavia, em relação à menoridade foi adotado o sistema biológico puro, isto é, o menor de 18 anos é penalmente inimputável apenas pelo fato de não ter completado 18 anos de vida, não havendo que se indagar se a pouca idade influenciou na sua capacidade de compreensão e autodeterminação.

Ora, em uma situação de flagrante delito, envolvendo menor de idade, a legislação permite que o Delegado de Polícia adentre ao estudo da culpabilidade para apurar a conduta do menor, ou deve o Delegado apenas fazer um juízo de tipicidade? A resposta é cristalina e encontra respaldo, entre outras, nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, Regras de Beijing, em especial o item 10.2, que diz: “O juiz ou qualquer outro funcionário ou organismo competente deverá examinar imediatamente a possibilidade de libertar o menor”.¹⁶

Salienta-se que a análise da culpabilidade é imposta pela Constituição da República¹⁷, bem como pela Lei 8069/90¹⁸, vez que o menor de idade não comete crime, propriamente dito, mas sim, ato infracional.

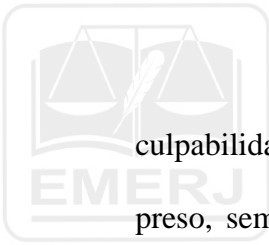
A análise das causas dirimentes no momento da lavratura do flagrante traz consequências drásticas ao menor, pois, por exemplo, em casos de ato infracional sem violência ou grave ameaça à pessoa cabe ao Delegado de Polícia – se entender em um juízo de discricionariedade entender não se tratar de um ato grave ou de repercussão social – lavrar boletim de ocorrência circunstanciado, botando o menor em liberdade, mediante termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação perante o órgão com atribuição.

Logo, mais uma vez, resta evidenciado que se não houver o estudo, cuidadoso sobre a inimputabilidade do autor da infração penal, inimputabilidade que se encontra dentro da

¹⁶ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing)*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-NOVO-regrasBeijing.html>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.



culpabilidade, conforme já exaustivamente demonstrado, o adolescente infrator poderia ser preso, sem, sequer, direito à fiança, vez que não aplicaríamos o Estatuto da Criança e do Adolescente que permite a liberdade, imediata do menor, mediante mero termo de compromisso.

Logo, resta evidente que se impõe ao Delegado de Polícia a análise da culpabilidade.

3. O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES CONSENTIDAS PELO ORDENAMENTO EM FACE DA APLICAÇÃO LITERAL DO ART. 310, PARAGRAFO ÚNICO, DO CPP

Não bastasse a análise da Carta Magna e do direito material, deve-se, ainda, se analisar as questões práticas do posicionamento contrário à análise das causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade pelo Delegado de Polícia.

No cotidiano há inúmeras condutas que, em uma análise superficial, são típicas, mas na verdade essas condutas são aprovadas ou legitimadas pelo ordenamento, trata-se do que a doutrina chama de exercício regular de um direito – cause excludente de ilicitude.

Ora, prevalecendo o entendimento encampado pelo doutrinador Nucci¹⁹, é dever de todo Delegado de Polícia, tendo ciência de um ato cirúrgico, interromper ato e prender em flagrante médico que realizava o procedimento.

Tal fato se repetiria ao se assistir a uma luta de boxe ou MMA, visto que o Delegado teria que interromper a contenda - vez que teríamos lesões corporais recíprocas, o que violaria, em tese, o preceito primário estabelecido no artigo 129 do Código Penal²⁰ - e prender em flagrante os atletas que, na realidade, estavam exercendo a sua profissão, ou seja, estavam abarcados pela excludente do exercício legal de um direito.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 716.

²⁰ BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.



E, ainda, teria que ir ao cárcere o policial que reagindo à injusta agressão contra a sua vida venha a alvejar o opositor.

Afinal, se não cabe a análise da exclusão de ilicitude ao Delegado de Polícia, esse passa a ter o dever de lavrar o flagrante em todos esses casos, o que, evidentemente, gera, no mínimo, indignação.

Na seara legislativa, o poder-dever de o Delegado de Polícia analisar a situação fática em cognição sumária, mas plena, isso é, analisando todo conceito de crime, resta reforçada pela recente Lei 12.830/2013²¹, senão vejamos:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. [...] § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.²²

Observa-se que há vários projetos visando adequar o texto legal às ideias aqui defendidas, dentro os quais destacamos o Projeto do Novo Código de Processo Penal, em seu art. 552, §6º²³, prevê: “[...] o delegado de polícia, vislumbrando a presença de qualquer causa excludente da ilicitude, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da adoção das diligências investigatórias cabíveis”.

E, ainda, o não menos importante projeto de Lei n. 1843/2011²⁴, esse visa a alterar o atual Código de Processo Penal, acrescentando um parágrafo quarto ao art. 304, do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, permitindo que o Delegado de Polícia aprecie a

²¹ BRASIL. *Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.

²² Ibid.

²³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 8045/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

²⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1843/2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512488>>. Acesso em: 29 mar. 2015.



existência de causas excludentes de antijuridicidade, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Observa-se, ainda, que a comunidade jurídica não se encontra passiva diante do tema tratado, conforme se percebe no enunciado n. 6 do Primeiro Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo:

Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa.²⁵

Nesse mesmo diapasão, o enunciado n. 11 do Primeiro Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro: “O Delegado de Polícia, no exame fático-jurídico do estado flagrancial, pode, mediante decisão fundamentada, afastar a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante do reconhecimento de causa excludente de ilicitude, sem prejuízo de eventual controle externo”.²⁶

E, ainda, em uma posição mais de vanguarda, no contexto da tese defendida nesse artigo, o enunciado n. 12 do Primeiro Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro: “O Delegado de Polícia poderá deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, através de decisão fundamentada, se reconhecer a existência manifesta de uma causa de exclusão da culpabilidade, sem prejuízo de eventual controle externo”.²⁷

Por fim, faz-se necessário apresentar a posição da Corte Constitucional do Brasil, posição essa destacada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC

²⁵ SEMINÁRIO INTEGRADO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA DA UNIÃO E DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1. *Enunciado n. 6*. Disponível em: <http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16079>. Acesso em: 29 mar. 2015.

²⁶ CONGRESSO JURÍDICO DOS DELEGADOS DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 1. *Enunciado n. 11*. Disponível em: <<http://editorajc.com.br/congressodelpol/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

²⁷ CONGRESSO JURÍDICO DOS DELEGADOS DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 1. *Enunciado n. 11*. Disponível em: <<http://editorajc.com.br/congressodelpol/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.



84548/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 21.6.2012, no voto do eminente Ministro Celso de Melo:
“O Delegado de Polícia é o primeiro garantidor da legalidade e da justiça”.²⁸

CONCLUSÃO

Resta destacar que a melhor interpretação para o art. 310, parágrafo único, do Código Processual Penal, é aquela que não extrai da sua leitura um impedimento para que o Delegado de Polícia, em fase pré-processual, aprecie as causas de justificação e exculpação, mas sim, a interpretação que vê nesse dispositivo legal o poder dever do Juiz de Direito, em um segundo juízo de valor - após a apreciação plena na fase pré-processual e entendendo a autoridade com atribuição nessa fase, o Delegado de Polícia, pela existência de crime – conceder liberdade provisória para os agentes que praticaram o fato, abarcados em tese, pelas causas discriminantes ou eximentes.

Uma interpretação prospectiva, que vise à realização dos valores constitucionais, impõe ao Delegado de Polícia - autoridade com atribuição constitucional para comandar a primeira fase da persecução penal – o poder dever de uma análise completa do fato apresentado, vez que o Delegado de Polícia se tornou, após a CRFB/88, o primeiro garantidor dos direitos fundamentais.

Essencial destacar que a análise das causas excludentes de ilicitude, e de culpabilidade, não visa afastar a análise dos fatos pelo Poder Judiciário ou do controle externo pelo Ministério Público. O que se defende – e se mostra essencial, com base em um ideal de justiça social – é que não seja lavrado o auto de prisão em flagrante, encarcerando um indivíduo que em um primeiro momento, em um juízo de cognição sumária se encontra respaldado pelo ordenamento jurídico.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 84548/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <http://www.amdepol.org/noticias_ver.php?not_id=798>. Acesso em: 29 mar. 2015.



Caberá ao Delegado de Polícia documentar o fato e, após juízo de discricionariedade, instaurar inquérito policial, dando, em qualquer hipótese, ciência ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.

Por todo o exposto, resta claro que de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, o Delegado de Polícia é a autoridade responsável não só pela análise da legalidade da prisão, mas, sobretudo, da observância de todos os direitos fundamentais do preso, devendo coibir qualquer prisão abusiva.

Tal postura é a única que encontra respaldo nos valores constitucionais, em especial ao valor da dignidade da pessoa humana, base de todo o ordenamento pátrio, conforme visto exhaustivamente.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing)*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-NOVO-regrasBeijing.html>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

BALDAN, Edson Luis. *Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8225>>. Acesso em: 13 out. 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. *Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.



BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 84548/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <http://www.amdepol.org/noticias_ver.php?not_id=798>. Acesso em: 29 mar. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1843/2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512488>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. *Projeto de Lei nº 8045/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTELLO BRANCO, Paulo Braga. *A análise da antijuridicidade da conduta pelo delegado de polícia, sob a perspectiva da teoria dos elementos negativos do tipo penal*. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24487/a-analise-da-antijuridicidade-da-conduta-pelo-delegado-de-policia-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-elementos-negativos-do-tipo-penal>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONGRESSO JURÍDICO DOS DELEGADOS DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 1. *Enunciado n. 11*. Disponível em: <<http://editorajc.com.br/congressodelpol/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. *Enunciado n. 12*. Disponível em: <<http://editorajc.com.br/congressodelpol/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6.ed. São Pauço: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SEMINÁRIO INTEGRADO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA DA UNIÃO E DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1. *Enunciado n. 6*. Disponível em: <http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16079>. Acesso em: 29 mar. 2015.



Os novos limites do poder discricionário nos regimes de parceria voluntária entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, sob a ótica da lei nº 13.019/2014.

Wanesca Murta Gurgel

Graduada pela Universidade Estácio de Sá

Resumo: As relações de parceria entre o Poder Público e as Entidades Privadas sem fins lucrativos remontam séculos e, sempre voltadas para a consecução de atividades de caráter coletivo e com a primazia no interesse público. Entretanto, não havia, ainda, uma regulamentação clara que pudesse incrementar e assegurar para as partes envolvidas e para a sociedade civil que os contratos ou acordos estavam, de fato, sendo cumpridos, faltando, muitas vezes, o controle administrativo necessário. Em virtude disso, a edição da Lei n. 13019/2014, avança como verdadeiro marco regulatório, um anseio de toda a comunidade envolvida. Sendo, assim, o artigo objetiva traçar os novos limites do poder discricionário nos regimes de parceria voluntária entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, sob a ótica da Lei nº 13.019/2014 que estabeleceu o regime jurídico desta forma de relação público-privada.

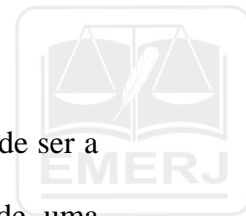
Palavras-Chave: Direito Administrativo. Poder discricionário. Limites. Regime de parceria. Terceiro setor. Regime jurídico. Inovações. Lei nº13. 019/2014.

Sumário: Introdução. 1. Alterações introduzidas pela lei nº 13019/2014. 2- Poder discricionário e controle da Administração Pública. 3 – Os novos mecanismos de controle e o aumento da restrição do poder discricionário: avanços trazidos pela Lei 13019/2014. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO:

O presente artigo científico buscará traçar os novos limites do poder discricionário nos regimes de parceria voluntária entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, sob a ótica da Lei nº 13.019/2014 que estabeleceu o regime jurídico desta forma de relação público-privada.

Tais relações, apesar de terem ganhado força apenas nos últimos anos, já se desenvolvem no Brasil, ao longo de três décadas, na esteira de movimentos que já se sedimentaram em vários países com o pós-guerra. Esta proposta vem caminhando na direção da transformação do Brasil de Estado-prestador para Estado-regulador. Esta nova concepção



determina que a Administração Pública não precisa e não deve sustentar os desgastes de ser a única a levar à concretização dos mais variados serviços públicos de reclamo de uma sociedade cada vez mais complexa e diversificada. Deste modo, há uma concentração por parte do ente estatal na tarefa de regular e fiscalizar a consecução dos serviços, com o objetivo de criar um modelo mais eficiente de prestação de serviços aos seus administrados.

Neste contexto, surgem as OSCIP - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, e que, qualificadas pelo Poder Público como tal, desempenham atividades de interesse público com este em regime de parceria. A lei que originalmente previu este instituto em nosso ordenamento foi a Lei nº 9.790¹ de 23 de março de 1999. Tal norma além de criar a figura das OSCIP também disciplinou os principais requisitos para a qualificação destas organizações e o desempenho de suas funções em regime de parceria firmado com a Administração Pública.

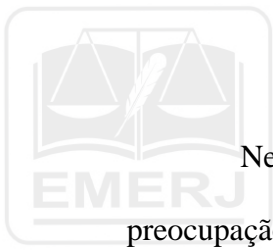
Entretanto, a norma em comento não traçou maiores orientações acerca do regime jurídico pertinente ao citado termo de parceria entabulado pelos parceiros, sobretudo no tocante às transferências de recursos públicos que da parceria podem advir, o que acabou por suscitar muitas questões controvertidas e algumas desconfianças quanto à lisura e à probidade dos atos dos administradores públicos que atuam no repasse de verbas para estas entidades.

Agora, com a edição de Lei nº 13.019 em 31 de julho de 2014, conhecida como o marco regulatório do terceiro setor, a discussão ganha novos contornos, já que a *novel* lei trouxe uma regulamentação mais rígida sobre tais parcerias.

Para tanto, a presente pesquisa traçará quais foram as principais inovações trazidas pela Lei nº 13.019/2014² que tiveram impacto na atividade do administrador público.

¹BRASIL. Lei 9790/99, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em 14 de fev de 2015.

²_____. Lei 13.019, de 30 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.



Neste escopo, pode-se inferir que são várias as alterações trazidas, dada a preocupação do legislador desta carta com o aumento da transparência nas atividades dessas organizações, sobretudo, no que tange à aplicação de verbas públicas recebidas. Algumas inovações são o "chamamento público" que possibilitará que as organizações sociais apresentem propostas para firmar as parcerias.

Contudo, a lei apostou como solução para alcançar esta ideal num recrudescimento de comportamento da Administração Pública, como exemplo, podemos mencionar a exigência de que a Organização já atue no segmento há mais de três anos, a comprovação de capacitação prévia operacional, na forma da lei, além de aferição regular da situação contábil das parceiras, requisitos não apresentados pela lei de regência anterior.

Com isso, será apontado, ainda, no presente artigo de que forma essa maior regulamentação trazida pela Lei nº 13.019/2014 restringiu o poder discricionário dos administradores públicos no âmbito de suas parcerias antes conferido aos regimes de parceria e se tal modificação será eficaz do ponto de vista de garantia ao princípio da probidade administrativa.

Por fim, concluirá pelo de avanço advindo pelas alterações desta lei para o fomento de novas parcerias entre Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil.

Assim, o presente trabalho se propõe a delinear quais foram as inovações trazidas pela Lei nº 13.019/2014³, que ficou conhecida pelos membros das comunidades envolvidas como o “marco regulatório do terceiro setor”, e de que forma o regime jurídico implementado pela lei *novel* interferirá na atividade da Administração Pública, notadamente no que tange à limitação do poder discricionário dos administradores.

³ BRASIL. Lei 13.019, de 30 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.



1 – PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 13.019/2014

A Constituição Federal de 1988⁴ dispõe, em vários artigos esparsos, a possibilidade de Estado e Iniciativa Privada buscarem parcerias para a consecução de atividades de interesse público. Pode exemplificar tal postura constitucional o art. 199, § 1º quando diz que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

No plano infraconstitucional, em busca de corrigir distorções antigas, nas relações travadas entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, a Lei n. 13.019/2014⁵, pretende ser um novo marco entre as parcerias da Administração Pública com a Sociedade Civil. Até então, estas parcerias eram tratadas por leis esparsas. Assim, ainda que tais leis não tenham sido revogadas, a falta de uniformização que concentrasse as principais características e objetivos do terceiro setor, preparou o terreno para que a Lei n. 13.019/14⁶ viesse, finalmente, regular a matéria.

Importante ressaltar que foram inúmeras as alterações trazidas pela Lei n. 13.019/2014 no que concerne ao tratamento jurídico dado a este tipo de parceria. A primeira delas remonta ao seu âmbito de aplicação: diferentemente das leis esparsas anteriores, a Lei n. 13.019/2014 é lei de espectro nacional. Com isso, concretizou-se o anseio das Organizações envolvidas em criar uma padronização entre as inúmeras parcerias firmadas em todo País.

O referido diploma apresentou conceitos. Logo, para efeito da referida lei, considera-se Organização da Sociedade Civil – OSC toda pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores,

⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1º de set de 2014.

⁵ _____. Lei 13.019, de 30 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.



empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva.

Outro ponto a ser elencado é que a nova lei extingue a possibilidade dos convênios entre a Administração Pública e Entidades sem fins Lucrativos. Tais convênios haviam sido criados com a finalidade de descentralizar a atividade administrativa entre seus diversos órgãos, sem a interferência da iniciativa privada. Por este modo, as regras admitidas nesses convênios não se amoldavam nas relações entre iniciativa privada e Administração Pública.

Em substituição, surgem na nova Lei⁷ duas figuras para gerir as relações entre Administração Pública e entidades sem fins lucrativos: o Termo de Colaboração e o Termo de Fomento. Tais instrumentos apenas reforçam a intenção da Poder Público de incentivar a parceria e o fomento.

Como conceito de parceria no âmbito da administração pública pode se dizer que se trata de instrumento de ação pública que visa fornecer a repartição de responsabilidades, a sinergia de ações, recursos e a gestão de pessoas em prol do interesse público.

A formalização de tais parcerias, a partir da Lei n. 13019/2014 se concretizará pelo chamado Termo de Colaboração que pode ser definido como o instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública está com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pela administração pública, sem prejuízo das

⁷ BRASIL. Lei 13.019, de 30 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.



definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria (art.2º, VII), tem sua aplicabilidade ditada no art.16⁸:

Desta forma, se a proposição do trabalho for de iniciativa da Administração Pública, com a transferência voluntária de recursos, deverá ser firmado entre ela e a Organização da Sociedade Civil um Termo de Colaboração que preverá os planos de trabalho propostos pela Administração Pública a serem executados em mútua colaboração entre as partes envolvidas no termo.

Por sua vez, a possibilidade do desenvolvimento de atividades de fomento exercidas pela Administração Pública tem seu assento constitucional no art.174, § 2º⁹, que preceitua que como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, bem como apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

Assim, a previsão expressa do chamado Termo de Fomento disciplinada no art.17¹⁰ da Lei 13.019/2014, apenas legifera entendimento consagrado pelo Constituinte originário, sendo certo que a única diferença do termo de fomento para o termo de colaboração é quanto a iniciativa, uma vez que o termo de parceria advém de proposta de trabalho da Administração Pública e o termo de fomento de propostas advindas das próprias Organizações Cívicas.

Nesse ponto, resta oportuno ressaltar que a criação dos institutos do Termo de Colaboração e do Termo de Fomento não implica na extinção do Contrato de Gestão e do

⁸ BRASIL. Art. 16 da Lei 13.019, de 30 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.

⁹ _____ . Constituição Federal de 1988. Art.174, § 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1º de set de 2014.

¹⁰ _____ . Art. 17 da Lei 13.019, de 30 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.



Termo de Parceria. Isso quer dizer que remanescem no âmbito das parcerias entre o Poder Público e a Sociedade as figuras das Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de interesse Público, previstas, respectivamente, na Lei n. 9.637/1998¹¹ e na Lei n. 9.790/99¹².

Como características comuns a ambas as formas de parcerias, e introduzido pela Lei n. 13019/2014¹³ está a seleção das Organizações Parceiras por meio de Chamamento Público.

Aliás, tal instituto conta como outra inovação trazida por essa Legislação e pode ser definido como procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O Chamamento ao Público funcionará como forma de seleção das Organizações da Sociedade Civil, em qualquer das formas de parceria previstas.

A previsão do Chamamento Público visa garantir a publicidade indispensável quanto ao interesse da Administração Pública em firmar parcerias, por meio da publicação de editais (art.26). Desse modo se viabilizará um maior controle das parcerias firmadas nesse cenário e, ainda, contará com a participação de um maior número de Organizações interessadas, o que, sem dúvida, pode enriquecer o processo seletivo.

Semelhante aos casos de dispensa e inexigibilidade de procedimento licitatório, previstos na Lei n. 8.666/93¹⁴, a Lei em comento também trouxe situações em que o Chamamento ao Público poderá ser dispensado ou será inexigível.

¹¹BRASIL. Lei 9.637/1998, de 15 de maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm

¹²_____. Lei 9790/99, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm

¹³_____. Lei 13.019, de 30 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.



Aliás, não por outro motivo, a própria Lei veda aplicação da Lei n.8.666/93 para as relações de fomento e de colaboração, salvo nos casos expressamente previstos.

Ainda relacionado com o Chamamento Público, outro incremento criado foi com a inclusão de um requisito temporal para a candidatura das Organizações Cívicas que almejam firmar parceria com a Administração Pública. A partir da vigência dessa Lei, apenas as Pessoas Jurídicas que comprovem, no mínimo, 03 (três) anos de existência, comprovada mediante documentação expedida pela Receita Federal do Brasil, poderão participar do processo seletivo.

Tal exigência acabou por alterar o art.1º da Lei n. 9.790/99¹⁵, estendendo o tempo mínimo de 03 (três) anos de funcionamento regular como requisito para a qualificação da Organização Civil como OSCIP. Atente-se que o mesmo não ocorreu com a lei que trata das OS, a Lei n. 9.637/98¹⁶.

Há ainda requisitos de ordem técnica e a exigência de experiência prévia na realização do trabalho proposto ou aceito pela OSC. Nada mais razoável. Todos os requisitos estão distribuídos no art. 25, inciso II.

Outro aspecto a ser abordado, trazido nessa Lei é que, diferentemente das Leis n. 9.637/98¹⁷ e n. 9.790/99¹⁸, não há a necessidade de qualificação das Pessoas Jurídicas como OSC para fins de eventual parceria com a Administração Pública.

Com efeito, as leis acima citadas, que tratam das Organizações das Sociais -OS e das OSCIP exigem que a Pessoa Jurídica de Direito Privado se qualifique como tal para eventual termo de parceria ou contrato de Gestão com o Poder Público.

¹⁴ BRASIL. Lei 8666/93 de 21 de Junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm.

¹⁵BRASIL. Lei 9790/99, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em 14 de fev de 2015.

¹⁶Lei 9.637/1998, de 15 de maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm. Acesso em 14 de fev de 2015.

¹⁷BRASIL. Lei 9.637/1998, de 15 de maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm. Acesso em 14 de fev de 2015.

¹⁸Lei 9790/99, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em 14 de fev de 2015.



A nova Lei não estipula a necessidade de qualificação especial como requisito para as parcerias a serem firmadas. Em contrapartida, há uma série de requisitos a serem cumpridos pela Organização Civil que vencer o certame público para que se concretize o termo de colaboração ou termo de fomento. (Art.33 a Art. 38).

A lei também inovou ao incluir as situações em que as OSC estariam impedidas de celebrar qualquer modalidade de parceria no seu art.39.

Adiante, foi igualmente vanguardista ao dispor a possibilidade de sanções administrativas às Entidades parceiras (art.77); responsabilidade pela execução e emissão de parecer técnico que conclua indevidamente pela capacidade operacional e técnica de OSC para a execução de determinada parceria, estabelecendo, inclusive, a possibilidade de sanção administrativa, civil e penal (art.75); a responsabilidade da pessoa que atestar ou o responsável pelo parecer que concluir pela realização de determinada atividade ou pelo cumprimento de meta estabelecida em plano de trabalho (art.76).

Nessa esteira, a lei houve por alterar a Lei n. 8.429/1992¹⁹, Lei de Improbidade Administrativa, no seu art. 10 para alterar seus incisos VII e XVI.

Com a alteração, houve a inclusão como ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário aquele tendente a frustrar a licitude de processo seletivo para a celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, bem como o ato de facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

O último ponto a relevar está relacionado com Prestação de Contas. A Lei em análise também ousou a prever um capítulo inteiro dedicado ao tema (Capítulo IV).

¹⁹ BRASIL. Lei 8429/92, de 02 de junho de 1992. BRASIL. Lei 9790/99, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em 14 de fev de 2015.



Estabeleceu as normas gerais a serem seguidas pelos parceiros no que concerne à Prestação de Contas (art. 63 até art.68); determinou os prazos a serem seguidos pela Organização Civil para tais esclarecimentos contábeis (art. 69 a art. 72).

Esse ponto, em especial, é de grande relevância e novidade, tendo em vista que as leis que até então tratavam do tema nada diziam sobre a obrigatoriedade das Entidades parceiras em prestar contas do regular uso de numerário público em suas atividades.

2 – O PODER DISCRICIONÁRIO E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

No Estado Democrático de Direito, que repousa seus alicerces na legalidade, todos os poderes que a Administração Pública exerce devem ser limitados pela lei, a fim de que sejam contornados os excessos e desvios pelo Administrador Público.

Essa regulação pode ser total ou parcial. Atingir ou não todos os aspectos da atuação administrativa. Caso a lei não deixe espaços para a atuação do Administrador, estaremos diante do chamado Poder Vinculado. Por outro lado, caso a lei deixe certa margem de liberdade de decisão ao seu agente, tem-se atuação de forma discricionária.

Na definição de José dos Santos Carvalho Filho²⁰, Poder Discricionário pode ser é conceituado como:

[...] a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade [...];

Diante disso, é verdade afirmar que o poder discricionário permeará várias atividades administrativas. Com efeito, as relações de cunho interno primaram por uma unidade de regras mais condizente com o poder vinculado, a fim de garantir que princípios

²⁰ CARVALHO. Filho, José dos Santos / *Manual de Direito Administrativo* – 27. ed. Rio de Janeiro, Atlas: 2014.



constitucionais administrativos, como legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência sejam mantidos.

Todavia, nas relações entre desiguais, ou seja, entre Administração Pública e o setor privado, urge que princípios de direito privado também possam, no que couberem, integrar a comunhão de interesses.

Nessa toada, o poder discricionário se mostra como ferramenta capaz de aproximar o Administrador Público do Administrador Privado, para que as parcerias aconteçam sempre em observância a conveniência e oportunidade.

Com outras palavras, não há como se negar a importância de se invocar o poder discricionário do Administrador para que as parcerias entre Poder Público e Organizações Sociais possam prosperar.

Em contrapartida, quanto mais livre passa a ser a atuação do Administrador, maior deve ser o controle de suas atividades, a fim de se garantir que a finalidade de interesse público de suas decisões está sendo observada.

Por conceito clássico de controle, podemos citar o conceito de Odete Medauar²¹ que apresenta algumas afirmações clássicas no tocante ao controle, como a de que "todo aquele que atua em nome de outro deve prestar contas de sua atuação: não há ação coletiva sem controle. Tais assertivas são válidas também para a Administração Pública."

Assim, quer se asseverar que aos detentores de poder público se exige a correta manipulação da coisa pública, mais precisamente do dinheiro público.

Classicamente, esse controle é garantido com a edição de leis que regulem a atuação do administrador público, conferindo ao ente instrumentos de controle.

²¹ MEDAUAR. Odete/ *Controle da Administração Pública*. 3. Ed. Rio de Janeiro. Revistas dos Tribunais: 2014. P.36.



Por essa razão, as relações do chamado terceiro setor, participadas pelo Poder público e a iniciativa privada sempre foram alvo de críticas e desconfiança pela população no que dizia respeito ao controle das verbas públicas transferidas para as instituições sem fins lucrativos que atuassem na prestação de interesse público.

Isso porque, não havia leis que regulassem de forma clara e objetiva as formas de contratações e as transferências de recursos públicos às entidades sem fins lucrativos, deixando muitas situações praticas ao alvedrio de leis esparsas e incompletas a regulamentação.

Desta forma, a edição da Lei n. 13019/2014 veio ao encontro desse panorama como verdadeiro marco regulatório que proporcionará, em médio prazo, uma maior transparência, moralidade e eficiência nas atividades prestadas pelas entidades da sociedade que participam do terceiro setor.

3- OS NOVOS MECANISMOS DE CONTROLE E O AUMENTO DA RESTRIÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO: AVANÇOS TRAZIDOS PELA LEI N. 13.019/14

No ambiente das parcerias entre as Organizações Cívicas e a Administração Pública a discricionariedade sempre foi a tônica. Não por outro motivo, tais relações sempre foram alvos de crítica e desconfiança pela sociedade.

Nessa esteira, pode-se dizer que a Lei n.13019/14²² trouxe diversos mecanismos, como o chamamento público, plano de trabalho e a prestação de contas, que tem por objetivo a redução do campo de atuação discricionário do Administrador Público e o aumento do controle de transferências de verbas públicas.

²² BRASIL. Lei 13.019, de 30 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.



Em comparação com a legislação esparsa que ainda trata do tema, a Lei em questão foi precursora no que concerne à fiscalização, transparência e publicidade, tendo em conta o fato de que os termos de fomento e de parceria preveem a transferência de recursos públicos.

As restrições ao poder discricionário do administrador estão espalhadas pela Lei analisada. Observa-se, inicialmente, que a contratação que somente poderá ocorrer por meio da celebração de termo de cooperação ou fomento. Tais documentos contêm cláusulas essenciais apresentadas numa extensa lista. As despesas também estão exaustivamente estabelecidas pela Lei.

Há ainda a obrigatoriedade do Administrador Público de realizar procedimentos de fiscalização das parcerias antes do término de suas vigências, inclusive por meio de visita *in loco*, para fins de monitoramento e avaliação do cumprimento do objeto, na forma do regulamento.

Tais instrumentos estão intimamente relacionados com a intenção do legislador de aumentar o controle da Administração Pública sobre as parceiras privadas, o que se mostra um grande avanço no âmbito dessas relações, conferindo grandes vantagens no que se refere a gastos públicos.

A restrição ao poder discricionário na atuação do Administrador Público está intimamente ligada com uma maior reprovabilidade quanto aos atos que não observem os ditames legais. Tal situação foi contemplada no marco regulatório, ao prever sanções administrativas, civis e penais para a inobservância de seus ditames.

O ponto nodal da discussão fica acerca da diferença criada entre as OSCIP e as OS no que diz respeito à aplicação ou não dessa Lei nas relações entre aquelas e a Administração Pública.

Quanto ao tema proposto, as relações entre OSCIP e a Administração Pública, importante dizer que a Lei em comento será aplicada no que couber, aos Termos de Parceria



celebrado no âmbito da Lei n.9.790/99²³, isso significa dizer que, as regras aqui comentadas, que importam em redução considerável do âmbito de atuação discricionária do Administrador Público, deverão ser respeitadas nos novos Termos de Parceria que serão pactuados com as OSCIP.

Essa alteração não é sensível, e já pode ser confirmada pela nova redação do art.1º da Lei n. 9.790/99, modificada pelo art.85 da Lei n. 13019/2014, com a seguinte redação:“Art. 1o Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei”.

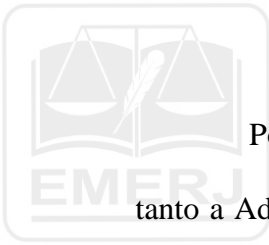
Observa-se que a qualificação de Pessoas Jurídicas em Organizações da Sociedade Civil demandará da comprovação de, dentre outros requisitos, constituição e funcionamento regular há, no mínimo, 03 (três anos), condição temporal que não era exigida antes da edição da Lei n.13019/14²⁴.

Esse é mais um requisito que visa à redução do poder de escolha do Administrador Público das Organizações Cíveis que irão celebrar parceria com o Poder Público, demonstrando o interesse da legislação em aumentar o rigor no momento da indicação de qual Entidade irá celebrar termos de fomento e parceria com a Administração Pública, garantindo que tais Organizações, efetivamente, possuam a qualificação necessária para desenvolver as atividades de interesse público previstas em seus Estatutos.

Também foi acrescentada a necessidade de periódicas prestações de contas relativas à execução do Termo de Parceria perante o Órgão Estatal, a fim de que se fiscalize a correta aplicação dos recursos públicos recebidos em prol do objeto social da Entidade parceira.

²³ BRASIL. Lei 9790/99, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em 1º de set de 2014.

²⁴ BRASIL. Lei 13.019, de 30 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.



Pode se dizer que a prestação de contas se mostra como a maior demonstração de que tanto a Administração Pública quanto às Organizações Sociais deverão primar pelo bom uso das verbas públicas transferidas, sendo certo que estas devem ser integralmente empregadas na atividade de interesse público desenvolvida pela entidade, sob pena de responsabilidade pessoal do Gestor da Entidade, do Administrador Público, rescisão dos termos e impossibilidade de novas parcerias.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico buscou traçar os novos limites do poder discricionário nos regimes de parceria voluntária entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, sob a ótica da Lei nº 13.019/2014 que estabeleceu o regime jurídico desta forma de relação público-privada.

Diante de todo o exposto no trabalho, percebeu-se que, apesar das relações de parceria entre o Poder Público e as Entidades Privadas sem fins lucrativos existirem há muitos anos, sempre voltadas para a consecução de atividades de caráter coletivo e com a primazia no interesse público, não havia, contudo, uma regulamentação clara que pudesse incrementar e assegurar para as partes envolvidas e para a sociedade civil que os contratos ou acordos estavam, de fato, sendo cumpridos, faltando, muitas vezes, o controle administrativo necessário.

Em virtude disso, a edição da Lei n. 13019/2014, avança como verdadeiro marco regulatório, um anseio de toda a comunidade envolvida, pois somente a eficiente concretude dos mecanismos previstos nessa Lei, conferirá uma maior segurança aos novos parceiros e a Administração Pública e servindo, ainda, para garantir o uso correto dos gastos públicos decorrentes das transferências de verbas públicas para as Entidades Parcerias, conferindo uma maior transparência e lisura nessas relações.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1º de set de 2014.

_____. Lei de 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.

_____. Lei 13.019, de 30 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.

_____. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3100.htm. Acesso em: 1º de set de 2014.

_____. Lei 9.637/1998, de 15 de maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm. Acesso em 14 de fev de 2015.

_____. Lei 9790/99, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em 14 de fev de 2015.

_____. Lei 8429/92, de 02 de junho de 1992. BRASIL. Lei 9790/99, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em 14 de fev de 2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal, Revista de Direito Público da Economia n. 1, jan./mar.2003.

MEDAUAR. Odete/ Controle da Administração Pública. 3. Ed. Rio de Janeiro. Revistas dos Tribunais: 2014.

CARVALHO. Filho, José dos Santos / Manual de Direito Administrativo – 27. ed. Rio de Janeiro, Atlas: 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende/Curso de Direito Administrativo, 3. ed., São Paulo: Método, 2015.



ACESSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR E VIR DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E COM BAIXA MOBILIDADE

Yanne Valle Menezes

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

Resumo: A acessibilidade é um direito fundamental previsto na Constituição, na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e em diversos diplomas infraconstitucionais. A liberdade de locomoção de pessoas com deficiência e com baixa mobilidade somente é assegurada se garantida a acessibilidade. A diversidade de diplomas legais não é suficiente para dar efetividade a esse direito. O Poder Judiciário atua em ações coletivas e individuais de forma a tentar compensar a falta de prioridade sobre o assunto nas políticas públicas. A desconsideração da administração pública no que tange à acessibilidade revela-se de forma patente no estado de conservação das calçadas brasileiras, que impedem a locomoção mais básica das pessoas. A essência do trabalho é trazer ao conhecimento a existência do direito à acessibilidade e demonstrar como o seu desprestígio acaba por afetar o direito de ir e vir das pessoas, em especial das pessoas com deficiência e com baixa mobilidade

Palavras-chave: Direito constitucional. Direitos humanos. Acessibilidade. Direito de ir e vir.

Sumário: Introdução. 1. Acessibilidade – um direito constitucional. 2. Acessibilidade e o Judiciário. 3. Calçadas sem acessibilidade: uma barreira à efetividade dos direitos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Acessibilidade, em seu sentido relacionado aos direitos humanos, é termo pouco conhecido pela população em geral e debatido de forma restrita no mundo jurídico. No entanto, como se demonstrará, é um direito fundamental e tem reflexos imediatos em uma das conquistas mais prestigiadas pelo homem: o direito de ir e vir.

A liberdade é valor fundamental assegurado no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa máxima, decorre a liberdade de locomoção, pela qual o indivíduo tem o direito de se locomover pelo território sem a arbitrária intervenção do Estado, bem como tem o direito de ir, vir e permanecer.

Há de se observar, no entanto, que parcela significativa da população nacional tem dificuldade para se locomover, pelo simples avanço da idade ou por dificuldades decorrentes



de algumas deficiências físicas temporárias ou permanentes. O respeito ao direito de ir e vir dessas pessoas passa pela efetiva proteção ao direito fundamental à acessibilidade.

A acessibilidade tem o escopo de garantir o direito de locomoção de todo e qualquer cidadão, com condições e possibilidades para utilização, com segurança e autonomia, de edificações públicas, privadas e particulares. Necessário se torna, portanto, analisar o conceito de acessibilidade e perquirir a respeito do seu *status* no ordenamento jurídico brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro adota diversos diplomas legais que conferem proteção ao direito de ir e vir de pessoas com dificuldade de locomoção. A efetividade dessa proteção, entretanto, pode ser questionada, visto que barreiras são encontradas a todo tempo, o que, na prática, evidencia que a acessibilidade não está garantida.

A forma pela qual o Estado deve garantir a liberdade de locomoção para esses indivíduos não pode se dar simplesmente pela igualdade formal. Isto é, não basta o Estado se abster de impedir o trânsito das pessoas, necessária sua atuação de forma positiva para garantir a acessibilidade.

Diante da igualdade material conferida pela Constituição, é relevante perceber como o Poder Judiciário tem atuado para dar efetividade a esse direito fundamental, o que será feito por meio da análise das demandas postas em juízos, dos mecanismos jurídicos utilizados e do posicionamento que a jurisprudência vem adotando.

Feito um panorama da proteção conferida à acessibilidade no ordenamento jurídico, em especial no que tange à legislação e à atuação do Judiciário, por meio de pesquisa documental e bibliográfica, com análise de conteúdo e abordagem qualitativa, não poderia olvidar o estudo de caso das calçadas brasileiras.

As vias públicas são as primeiras barreiras que as pessoas com deficiência e com baixa mobilidade enfrentam ao se colocar para o exterior de suas casas. Quando existentes, a maioria das calçadas não são acessíveis para circulação dessas pessoas. Será feita análise do regime



jurídico das calçadas, demonstrando como o modelo adotado gera reflexos na liberdade de locomoção.

Constata-se que, muitas vezes, o direito de ir e vir só existe nas palavras do papel, a efetividade desse direito, por meio da acessibilidade, não avança dos diplomas legais para a realidade. É dever do Estado e da sociedade garantir esse salto de qualidade para que limitações físicas, que podem acometer qualquer pessoa em algum período da vida, não se tornem verdadeiras barreiras ao exercício de seus direitos fundamentais.

1. ACESSIBILIDADE – UM DIREITO CONSTITUCIONAL

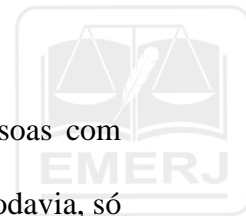
Como resposta às atrocidades ocorridas na segunda guerra mundial, houve, a partir de 1945, uma significativa evolução na proteção dos direitos humanos. A comunidade internacional se organizou para tentar conferir maior proteção aos direitos básicos dos seres humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos marcou esse período e serviu como inspiração para inúmeros diplomas legais posteriores.

Logo em seu Artigo I, a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”¹.

O princípio da igualdade também é contemplado expressamente no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988². A igualdade constitucional deve ser garantida em seu aspecto formal e material, lição das mais básicas para qualquer operador do direito. Assim, diante das peculiaridades na locomoção das pessoas com deficiência ou com baixa mobilidade, há a necessidade de um tratamento diferenciado para se garantir a igualdade material.

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2014.



Por mais que a sociedade e o Estado pareçam se esquecer disto, as pessoas com dificuldade de locomoção têm direito de ir e vir como qualquer pessoa. Seu direito, todavia, só é efetivo quando garantida a acessibilidade, que é definida pelo art. 2º, I, da Lei n. 10.098/00³ da seguinte forma:

Art. 2º Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições:

I – acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;

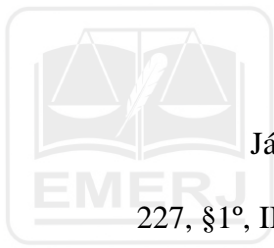
No entanto, o Senado Federal aprovou no dia 10 de junho de 2015 o Substitutivo da Câmara n. 4, de 2015 ao Projeto de Lei do Senado n. 6, de 2003, que seguiu para a sanção presidencial. Esse projeto traz o que vem sendo denominado de Estatuto da Pessoa com Deficiência e altera o dispositivo acima mencionado em seu art. 112. Aquele passará a ter a seguinte redação quando sancionado pela Presidente da República:

I – acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes, da informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;⁴

Visto a definição dada pela lei à acessibilidade, devemos notar que a Constituição Federal não foi insensível à dificuldade de locomoção de parcela significativa da população brasileira. No Título III, que versa sobre a organização do Estado, em seu art. 23, II, atribui competência comum aos entes federativos para proteção e garantia das pessoas com deficiência. Em seu art. 24, XIV, atribui competência concorrente para legislar sobre proteção e integração social das pessoas com deficiência.

³ BRASIL. Lei n. 10.098 de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110098.htm>. Acesso em: 13 out. 2014

⁴ BRASIL. Substitutivo da Câmara n. 4, de 2015 ao Projeto de Lei do Senado n. 6, de 2003. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=162026&tp=1>>. Acesso em: 17 jun. 2015.



Já no Título VIII, que versa sobre a ordem social, a Constituição Federal, em seu art. 227, §1º, II e §2º⁵, versa da seguinte maneira:

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

No Título IX, das disposições constitucionais gerais, a Constituição Federal ainda afirma o seguinte no art. 244: “A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, §2º”.

Os dispositivos constitucionais mencionados não deixam dúvidas acerca da existência do direito constitucional à acessibilidade. Além da Constituição, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo reconhecem a importância da acessibilidade para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais⁶. Cabe aqui notar que a mencionada Convenção tem *status* constitucional, uma vez que foi aprovada na forma do art. 5º, §3º, da CRFB/88.

No âmbito infraconstitucional, é possível citar diversos diplomas legais, como a Lei n. 7.853/89, Lei n. 8.899/94, Lei n. 10.098/00, Lei n. 11.126/05, Decreto n. 7612/11, Decreto 914/93, Decreto 5.296/04, dentre outros.

Esse direito fundamental, portanto, tem o escopo de garantir vida de forma independente e exercício dos direitos de cidadania e participação social das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida⁷. Em outras palavras, a acessibilidade visa dar

⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2014

⁶ BRASIL. Decreto n. 6949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em 13 out.2014.

⁷ BRASIL. Substitutivo da Câmara n. 4, de 2015 ao Projeto de Lei do Senado n. 6, de 2003. Art. 53. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=162026&tp=1>>. Acesso em: 17 jun. 2015.



condições e possibilidades de acesso ao meio físico, ao transporte, à informação e à comunicação⁸. É oportunizar a utilização de edificações públicas e privadas, com segurança e autonomia.

No entanto, apesar de haver vasta proteção legal à acessibilidade e ao direito de ir e vir das pessoas com deficiência e com baixa mobilidade, na prática, não há a efetividade desejada.

Embora se reconheça que houve um avanço em relação ao passado, esse avanço ainda é tímido, o que gera violação aos direitos constitucionais dessas pessoas. Locomover-se nas cidades brasileiras quando se tem alguma deficiência se torna um desafio com obstáculos a todos os lados. Calçada cheia de buracos, sem a adequada sinalização no chão, telefones públicos no meio do caminho, ausência de rampas a impedir passagem de cadeiras de rodas, etc.

Não basta o reconhecimento do direito na legislação. Há de se tomar consciência que as mudanças na acessibilidade, em ambiente público ou privado, não é um favor que se faz a pessoas com deficiência e mobilidade reduzida; é um direito dessas pessoas e de toda sociedade e como tal deve ser exigido. As construções e adaptações para tornar os espaços urbanos acessíveis é um dever de toda sociedade, imposta pela constituição; não pode sua eficácia ficar restrita ao texto dos diplomas legais.

2. ACESSIBILIDADE E O JUDICIÁRIO

Segundo o que dispõe o art. 1º, §2º, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁹, conceitua-se pessoa com deficiência “aquelas que têm impedimentos de longo

⁸ BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Art. 9º, inciso I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

⁹ BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.



prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

Por sua vez, pessoa com mobilidade reduzida pode ser conceituada como “aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora ou percepção incluindo pessoa idosa, gestante, lactante e pessoa com criança de colo e pessoa obesa”¹⁰.

Os conceitos, portanto, são bastante amplos, podendo qualquer pessoa ao longo da vida vir a se enquadrar neles. Assim, o direito ao acesso deve ser igualmente garantido de forma ampla, não se restringindo ao ingresso em veículos ou em prédios, por exemplo, mas também à sua plena utilização¹¹.

A acessibilidade viabiliza a cidadania, pois, em seu viés de mobilidade pessoal, permite que o indivíduo circule pelos espaços urbanos. Tal condição é essencial para que outros direitos sejam garantidos, como educação, lazer, cultura, trabalho, que, em regra, são exercidos fora de casa.

A possibilidade de circulação evita que as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida fiquem isoladas em seus lares, diante das inúmeras dificuldades que se apresentam ao colocar-se para o mundo exterior.

Obstáculos à plena acessibilidade muitas vezes não são notados pelas pessoas que não apresentam dificuldade de locomoção. É uma calçada esburacada a dificultar a passagem de uma cadeira de rodas, a falta de rebaixamento em lugares para travessia, a falta de sinalização

¹⁰ BRASIL. Substitutivo da Câmara n. 4, de 2015 ao Projeto de Lei do Senado n. 6, de 2003. Art. 3º, IX. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=162026&tp=1>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes... [et al.] *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2178



no calçamento para pessoas com deficiência visual se guiarem, o transporte coletivo sem a devida acessibilidade, os prédios públicos e particulares sem entradas adequadas, etc.

Há necessidade imperiosa de participação de pessoas com deficiência e com baixa mobilidade na elaboração de políticas públicas, pois são aptas a apontar erros que poderiam passar despercebidos, em projetos particulares e públicos, que podem até ser “adaptados”, mas que, na verdade, não respeitam a acessibilidade.

Garantir a acessibilidade não é dever apenas do poder público. A sociedade como um todo também tem esse dever. O direito ao acesso se estende, por exemplo, às edificações privadas de uso coletivo. Dessa maneira, ao particular também é imposto o dever de obedecer às regras de acessibilidade em suas construções. Diante disso, é possível lançar mão dos mecanismos legais para garantir o direito subjetivo à acessibilidade.

Quando se trata de criança ou adolescente com deficiência ou com mobilidade reduzida, a acessibilidade torna-se ainda mais premente e é dever da família, da sociedade e do Estado. O direito da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento tem absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Constituição Federal¹².

A criança não pode esperar uma política de adaptação da cidade a longo prazo para que possa dela usufruir. O seu direito tem que ser garantido agora, no presente. A absoluta prioridade é previsão constitucional e em conjunto com a doutrina da proteção integral garante a preferência inclusive na destinação de recursos públicos, conforme o art. 4º, “d”, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³.

É essencial para o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente com deficiência ou com baixa mobilidade assegurar a acessibilidade, em todos os seus sentidos: acesso aos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos meios de

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2014

¹³ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 16 mar.2015.



comunicação. Essa garantia possibilita o desenvolvimento de um adulto cidadão, com direitos e deveres resguardados.

Como visto, há diplomas legislativos a proteger a acessibilidade e a incipiente compreensão de sua importância, contudo, a sua efetividade encontra restrições na prática. Nesse ponto, entra a atuação do Poder Judiciário, pois bem garantiu a Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV¹⁴, a inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito.

O Judiciário, todavia, deve ser provocado a atuar, pois deve respeito, em regra, ao princípio da inércia de jurisdição e não atua de ofício. Dessa forma, para que esse Poder proteja o direito à acessibilidade, ele necessita de uma prévia provocação, que pode se dar por meio de ações individuais ou ações coletivas.

Por um lado, o indivíduo tem o seu direito de acesso protegido pela legislação e pode buscar proteção judicial com ações de obrigação de fazer e não fazer e com ações de cunho indenizatório. Por outro lado, o Ministério Público e a Defensoria Pública exercem, em paralelo às atuações individuais, a defesa do direito à acessibilidade, especialmente, por meio de ações coletivas, em que podem buscar tanto a condenação de entes e órgãos públicos, quanto a condenação de particulares.

O Ministério Público, por exemplo, como fiscal da lei, pode exigir a conformação de obras públicas com regras de acessibilidade da ABNT e a destinação de verbas públicas a projetos adequados a acessibilidade, com auxílio dos Tribunais de Contas nas fiscalizações.

O Judiciário tem agido no sentido de dar efetividade aos dispositivos legais, impondo obrigações ao particular e aos entes e órgãos públicos. Pode-se exemplificar a questão com ação recorrente no Judiciário acerca do direito de acessibilidade no transporte público. Condenações de empresas de ônibus impondo obrigação de adequar sua frota às normas de acessibilidade são

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2014



frequentes, bem como condenações de entes públicos pela omissão na fiscalização, por se tratar o transporte público de concessão pública.

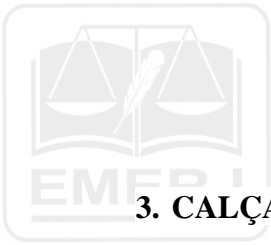
Além de decisões direcionadas às esferas públicas, é possível verificar que a acessibilidade é imposta da mesma forma aos particulares, que infelizmente resistem em se adequar à realidade contemporânea. A título de ilustração, pode-se citar decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação n. 0028142-26.2011.8.19.0001¹⁵ que condenou condomínio edilício a instalar rampa de acesso às suas dependências, pois estava a violar o direito de ir e vir de morador com capacidade de locomoção reduzida.

Há, ainda, outros instrumentos jurídicos utilizados na garantia e defesa desse direito perante o Poder Judiciário, tal como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Visto ter sido a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência aprovada na forma do art. 5º, §3º da Constituição¹⁶, esta junta-se à Constituição para formar o bloco de constitucionalidade, sendo norma constitucional a formar o paradigma de constitucionalidade. Desse modo, lei ou ato normativo que violem dispositivos tanto da Constituição quanto da Convenção podem ser objeto de ADI e ADC perante o Supremo Tribunal Federal.

Acresce-se ainda outros mecanismos legais, tal como mandado de segurança, ação civil pública, ação popular e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que podem ser usados para proteger e dar eficácia à acessibilidade na esfera judicial. Assim, o Poder Judiciário atua de diferentes formas para garantir a acessibilidade, impondo o cumprimento desse direito a todos, particular, poder público e terceiro setor. É seu papel assegurar que os direitos tenham efetividade, afastando violações insidiosas.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0028142-26.2011.8.19.0001. Relator: Desembargador Guaraci de Campos Vianna. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EDC94681D9D9A99A505186D3E4BDE9089CC403222630>>. Acesso em: 31 mar.2015.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2014



3. CALÇADAS SEM ACESSIBILIDADE: UMA BARREIRA À EFETIVIDADE DOS DIREITOS

Como visto anteriormente, é certo a existência do direito à acessibilidade em todas as suas vertentes, ou seja, acesso ao meio físico, ao transporte, à comunicação e à informação. A garantia desse direito passa pela identificação e eliminação de barreiras que impeçam o efetivo exercício dos direitos das pessoas. É a exigência de atuação positiva do Estado a garantir a igualdade material.

A própria Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, na alínea “e” de seu preâmbulo, reconhece que “a deficiência resulta da interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”¹⁷.

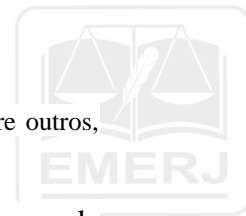
Veja que a Convenção diz que a deficiência resulta da interação entre pessoas e barreiras. Estas existem em grande quantidade, mas podem ser muitas vezes eliminadas para possibilitar a igualdade entre as pessoas na interação com o ambiente. Segundo a Lei 10.098/00, em seu art. 2º, II, barreira é “qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas”¹⁸.

Esse dispositivo será igualmente alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que pende de sanção presidencial, e passará a conceituar barreira da seguinte forma:

[...] qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação,

¹⁷ BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110098.htm>. Acesso em 16 mar. 2015.



ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificas em: [...] ¹⁹

Tendo em mente a definição de barreira, pode-se verificar que as calçadas em grande parte dos municípios do Brasil se apresentam de forma inacessível ao público com dificuldade de locomoção, de forma a impedir seu direito de ir e vir, enquadrando-se como verdadeiras barreiras arquitetônicas urbanísticas.

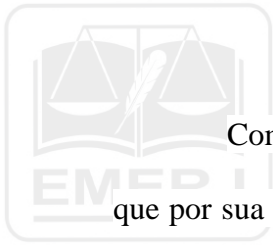
No dia a dia, a constatação que as calçadas são barreiras é percebida na padronização deficiente, nos buracos, nos postes no meio do passeio público, na falta de rebaixamento e de sinalização adequada, nos telefones públicos sem sinalização para deficientes visuais, no espaço insuficiente para passagem de cadeira de rodas ou carrinhos, na falta de iluminação adequada, nos vendedores ambulantes a ocupar o espaço, dentre outros.

O passeio público é essencial, boa parte dos deslocamentos urbanos são feitos a pé, não por meio de transporte público, e atividades rotineiras impõem o uso das calçadas. As barreiras encontradas nas calçadas brasileiras dificultam a circulação de pessoas com deficiência e com baixa mobilidade, o que gera muitas vezes um encarceramento em seus próprios lares.

A acessibilidade deve ser garantida tanto pelo particular, quanto pelo poder público. No entanto, diante da calamidade dos passeios públicos (calçadas) brasileiros, cabe analisar a normatividade dessa matéria e a sua responsabilidade.

O Código de Trânsito Brasileiro traz expressamente, em seu Anexo I, o conceito de calçada, qual seja, “CALÇADA - parte da via, normalmente segregada e em nível diferente, não destinada à circulação de veículos, reservada ao trânsito de pedestres e, quando possível, à implantação de mobiliário urbano, sinalização, vegetação e outros fins”.

¹⁹ BRASIL. Substitutivo da Câmara n. 4, de 2015 ao Projeto de Lei do Senado n. 6, de 2003. Art. 112. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=162026&tp=1>>. Acesso em: 17 jun. 2015.



Com o texto da lei, cabe notar que a calçada é parte integrante da via pública (a rua), que por sua vez é bem público na forma do art. 99, I, do Código Civil de 2002²⁰, como se lê abaixo:

Art. 99. São bens públicos:
I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
[...]

A calçada, portanto, é bem público, mais precisamente, bem público pertencente ao município, de acordo com os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho²¹:

Os Municípios não foram contemplados com a partilha constitucional de bens públicos. Todavia, é claro que há vários desses bens que lhe pertencem. Como regra, as ruas, praças, jardins públicos, os logradouros públicos pertencem ao Município. [...]

Sendo bem público, incide a norma constitucional do art. 23, I²², segundo a qual é competência comum dos entes da federação conservar o patrimônio público. No entanto, apesar de haver esse dever constitucional, o que se vê na prática é uma delegação ao particular da obrigação de construir e manter as calçadas.

Em sua maioria, os municípios estão mais preocupados com a construção e manutenção da parte da via pública destinada à passagem de carros do que a parte destinada à circulação de pedestres. O poder público relega sua obrigação aos particulares com imóveis adjacentes à via pública e fiscaliza de forma deficitária.

As calçadas são de importância vital para a mobilidade urbana das pessoas, sem condições mínimas de acessibilidade, a calçada é uma barreira ao direito de ir e vir das pessoas. O poder público deveria tomar para si próprio a responsabilidade de construir, manter e conservar as calçadas, assim como já faz com a parte da via onde os carros transitam.

²⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25 ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.587, de 3 jan. 2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1128.

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2014

A transferência para o particular dessa obrigação conduz a uma inevitável falta de acesso pleno nos passeios públicos. Note, ainda que o particular efetivamente cumpra com o dever de construção e manutenção da calçada, cada indivíduo faria a obra em um momento diferente, gerando descontinuidades e diferentes estados de manutenção em cada uma das partes da via.

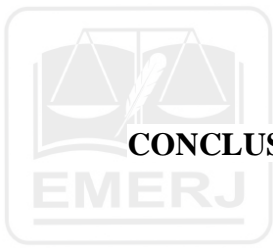
A fiscalização do poder público é ineficaz para compelir os proprietários a realizar a construção e manutenção do passeio público. Muitos deles atuam somente com o intuito de evitar eventuais processos judiciais a impor indenizações por quedas em calçadas adjacentes a suas propriedades.

A atuação do poder público nos moldes do que ocorre na maior parte das cidades brasileiras está a violar o direito à acessibilidade e o direito de ir e vir das pessoas, especialmente das pessoas com deficiência e com baixa mobilidade. A adequação das vias públicas atenderia a toda sociedade, que anseia por andar com segurança e tranquilidade pelas ruas.

Uma vez que a omissão do poder público gera inevitável violação a direitos fundamentais, notável é a atuação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte que propôs ação civil pública em face do município de Natal²³. Por meio dessa ação coletiva, o Ministério Público demandou a adequação das calçadas de forma a se tornarem acessíveis a pessoas com deficiência e com baixa mobilidade.

Na inércia da administração pública, se faz necessário que a sociedade, o Ministério Público, as Defensorias atuem de forma a garantir o essencial, mas pouco difundido, direito à acessibilidade. Garantir o direito de ir e vir é garantir a dignidade da pessoa, garantir a dignidade de uma parcela da população é garantir uma sociedade mais justa e humana.

²³BRASIL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Ação Civil Pública, Petição Inicial. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2560427.PDF>. Acesso em 30 mar. 2015.



O direito à acessibilidade está garantido na Constituição e foi até mesmo elevado a princípio pela Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, com status constitucional²⁴. Somente por meio da acessibilidade há isonomia material para as pessoas com deficiência e com baixa mobilidade, pois sua ausência restringe ou inviabiliza o direito de ir e vir.

Apesar de ser um caminho necessário, a mera edição de diversos diplomas legais não basta para dar efetividade a esse direito. No ordenamento jurídico brasileiro, há inúmeras normas a proteger a acessibilidade. A necessidade de arcabouço legal tão prolífero revela um descumprimento desse direito constitucional de forma contumaz pela sociedade e pelo poder público, ou no mínimo um avanço demasiadamente lento na prática da acessibilidade.

Diante desse panorama, o Judiciário e os órgãos essenciais à justiça vêm sendo acionados para dar efetividade à acessibilidade. As condenações em obrigações de fazer e indenizações impostas tanto a particulares como ao poder público se proliferam em ações judiciais. No entanto, a esfera judicial é um mero paliativo, uma vez que a acessibilidade ainda não é encarada de forma primordial nos espaços urbanos, de forma a garantir o direito de ir e vir.

O desprestígio para com a acessibilidade e a conseqüente violação ao direito de ir e vir podem ser notados de forma evidente pelas condições das calçadas nas cidades brasileiras. A comparação com as calçadas dos países desenvolvidos é inevitável, onde a acessibilidade do espaço urbano é mais respeitada.

A transferência da responsabilidade pela construção e pela manutenção do passeio público, aliada a uma fiscalização deficitária, gera um estado deplorável das calçadas a impedir

²⁴ BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Art. 3º, alínea “f”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.



a locomoção mais básica das pessoas. O poder público assume a responsabilidade por asfaltar a parte da via destinada aos carros, mas descuida da parte destinada às pessoas, ou seja, a circulação dos carros é assegurada, mas a dos pedestres é sistematicamente negligenciada.

A existência de leis e a atuação do Judiciário não foram até o momento suficientes para conferir efetividade à acessibilidade, que tem o condão de permitir o exercício de diversos direitos fundamentais. A informação e a educação maciça sobre o tema podem mudar o panorama, de forma a se entender em definitivo que acessibilidade não é um direito do outro, é um direito de todos por uma sociedade mais justa e digna. Dar efetividade à acessibilidade não é um favor, mas um direito e assim deve ser exigido.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Luiza Cavalcanti. *A natureza jurídica das calçadas urbanas e a responsabilidade primária dos Municípios quanto à sua feitura, manutenção e adaptação para fins de acessibilidade*. Disponível em: < <http://www.mobilize.org.br/estudos/82/a-natureza-juridica-das-calçadas-urbanas-e-a-responsabilidade-primaria-dos-municipios.html>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

BRASIL. 1º Relatório nacional da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – 2008-2010. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_30.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2014.

_____. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Decreto n. 6949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 13 abr. 2015



_____. Decreto n. 7.612, de 17 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015

_____. Decreto n. 7.823, de 9 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7823.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015

_____. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18899.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110098.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

_____. Lei n. 11.126, de 27 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11126.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Ação Civil Pública, Petição Inicial. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal!/PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2560427.PDF>. Acesso em 30 mar. 2015.

_____. Projeto de Lei n. 7.699-A de 2006 do Senado Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=432201&filename=PL+7699/2006>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Substitutivo da Câmara n. 4, de 2015 ao Projeto de Lei do Senado n. 6, de 2003. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=162026&tp=1>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0028142-26.2011.8.19.0001. Relator: Desembargador Guaraci de Campos Vianna. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EDC94681D9D9A99A505186D3E4BDE9089CC403222630>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes... [et al.] *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25 ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.587, de 3 jan. 2012. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Luiz Henrique. *Acessibilidade para pessoas portadoras de deficiências: requisito da legalidade, legitimidade e economicidade das edificações públicas*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9167/acessibilidadeparapessoasportadorasdedeficiencias>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. atual. até a EC n. 71/12. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, Guilherme Peña de. *Constituição da República Federativa do Brasil e legislação correlata*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

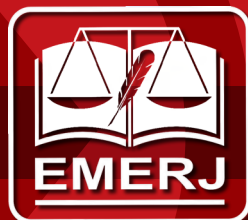
NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Aparecida Carina Alves de; SILVA, Renato da. *Eliminando barreiras: a distância entre a interpretação da Lei 10098 e a realidade da acessibilidade*. Disponível em: <http://www.filologia.org.br/xvi_cnlf/tomo_1/044.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2015.

RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090

www.emerj.tjrj.jus.br